

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1127

(Ano XIV)

(07/12/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1127



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1127 (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 751 fls.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



TSE e monitoramento das redes sociais: se houvesse respeito às leis no Brasil...
Eduardo Luiz Santos Cabette, 10.

ARTIGOS

A área de preservação permanente

Rayson Andrade Teixeira, 14.

Uma análise acerca das conquistas e desafios do deficiente auditivo no mercado de trabalho

Naum Sena Flexa, 28.

A Audiência de custódia na prisão domiciliar e a ineficácia da persecução

Rainara Sousa Lima, 41.

Atrofia muscular espinhal: a judicialização da saúde no Brasil

Larine de Carvalho Sousa e Marynna Hyanna da Silva Melo, 56.

As implicações do ativismo judicial na aplicação de penas e progressão de regime em casos de crimes hediondos

Kevehllyson Azevedo do Nascimento, 67.

A possibilidade do uso de arma de fogo pela guarda municipal e seus impactos na segurança pública

Leonardo Borges Correa, 85.

A importância dos cartórios na desjudicialização de procedimentos

Joalis Silva dos Santos, 102.

Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os riscos de condenação

Andrey Lucas de Souza Queiroz, 114.

As consequências jurídicas do assédio moral no ambiente de trabalho e a responsabilização do empregador por danos morais

Joel Pereira Lopes, 127.

Filiação socioafetiva e gestação por substituição: Aspectos jurídicos relevantes da gestação por substituição e seus reflexos na filiação socioafetivo

Maria Aparecida Rodrigues Viana, 141.

A crescente contratação de MEIS frente a consolidação de leis trabalhistas

Otavio Fernandes Muniz, 153.

Reforma trabalhista, direitos fundamentais e a prevalência do princípio do não retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro

Elane Ferreira Farias, 166.

A elevada carga tributária brasileira, seus efeitos de evasão e elisão fiscal e a alteração do atual sistema tributário nacional

Beni Natã de Sousa Menezes, 180.

Neuropsicologia em face (interface) ao direito penal: A culpabilidade de um psicopata

Aurea Rodrigues Donato, 195.

Os crimes contra a honra no ambiente virtual e o anonimato

Anderton Matheus Aquino dos Santos, 211.

Uma análise do impacto da violência doméstica sobre a mulher que exerce trabalho home office

Aline Larrisa Godinho Sousa, 221.

Aplicação da qualificadora do feminicídio em benefício das mulheres transexuais

Raul Vitor de Sousa Silva e Ticiane Carvalho Ribeiro da Silva, 234.

Abandono afetivo: reparação pecuniária pela omissão de cuidados

Lays Rocha Celestino, 252.

A quebra de paradigmas da família tradicional em fase da pluralidade familiar

Jéssica Danielly de Souza Campello, 269.

Os aspectos jurídicos da partilha de bens na dissolução da união estável

Paula Talita Maia da Cunha, 284.

Aplicação da lei de guarda compartilhada e as medidas protetivas em caso de violência doméstica

Karla Renata Moura de Souza, 297.

Flexibilização das normas trabalhistas e o impacto no trabalhador urbano durante a pandemia da covid-19

Vitoria Oliveira Lopes, 310.

A constitucionalização do direito civil: a aplicação das normas constitucionais às relações privadas

Jean Soares Rodrigues, Iasmine de Amorim Cavalcanti e Vanessa Maciel de Lima Holanda, 323.

União estável: direito do companheiro (a) diante dos direitos sucessórios na sucessão legítima e a tutela do Supremo Tribunal Federal à frente da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002

Giselle Medeiros da Silva, 351.

A importância da contabilidade para as empresas sem fins lucrativos do terceiro setor

Raiane Machado da Silva, Gean Marcos G. D. Neres de Sousa e Lucas Oliveira Castilho, 365.

O dever jurídico do afeto e a responsabilização pela omissão paterna

Kécia Lima da Silva, 378.

Do auxílio doença ao benefício por incapacidade temporária: alterações legislativas do benefício por incapacidade laboral do segurado do regime geral de previdência social

Jairo Bonfim Nazareno Filho, 390.

Filiação socioafetiva e registro de menores

Renata Vieira Feitoza, 406.

Processo estrutural e políticas públicas: uma análise a partir do caso Petrópolis/RJ

Karl Marwin Silva Teixeira, 418.

Aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de drogas - Lei 11.343/2006

Armando Maurillo Torres Junior, 443.

Implicações jurídicas da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Amazonas energia no ordenamento legislativo do Estado.

Ytallo Byancco Soares da Silva, 456.

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e a proteção do consumidor contra prejuízos e abusos no comércio eletrônico

Lucas Gabriel dos Santos Souza, 467.

Direitos trabalhistas e a regulamentação dos novos modelos de trabalho: o fenômeno da uberização no Brasil

Enzo Vinicius Luz Teixeira, 482.

A Constitucionalidade da prisão temporária

Daiane Maziero Nogueira, 493.

Crimes cibernéticos: a complexidade das investigações. A análise das dificuldades das investigações aos crimes cibernéticos a luz do Marco civil da internet

Nayara Sthefany da Silva Otapiassis, 503.

Reparação por dano moral em face dos mentalmente incapazes

Marcos Luiz Nery Filho, 520.

A relativização do estupro de vulnerável

Leonardo Vicente de Carvalho, 537.

Pandemia da covid-19 no Brasil: a (in) eficiência do líder de estado mediante a crise sanitária

Victor Hugo Nascimento dos Santos, 545.

Acordo de não persecução penal, os sentidos da confissão e a possibilidade de violação ao princípio da inocência

Kenned Anderson Marques Coelho, 558.

Covid-19: pandemia e seus reflexos nos contratos de trabalho introduzidos pelas medidas provisórias nº 927/2020 e 936/2020

Maria Caroline de Sousa Vanderleiz, 575.

Legítima defesa na atividade do policial militar do Amazonas

André Luís Marques das Chagas, 610.

A Taxa Selic e sua interação com a inflação no Brasil

Alvaro Eduardo da Silva, Lucas Mateus Tosti e Mateus Rodrigues da Silva, 623.

A reforma psiquiátrica e a violação dos direitos humanos em hospitais psiquiátricos

Laina da Silva e Silva, 632.

Crimes ambientais: a perícia ambiental como ferramenta de investigação

Carlos Eduardo Tavares Orosco, 650.

O uso excessivo das medidas cautelares pessoais na central de inquéritos de Teresina- Piauí no ano de 2021 frente aos princípios da liberdade e da presunção de inocência

Arian Lima Monte e Webson dos Santos Souza, 662.

Contabilidade rural e sua importância para pequenos produtores rurais em uma cidade do interior do estado de São Paulo

Izabelli Maria da Silva, Eduardo Vinicius Coiado, Vitor Aparecido Coiado, 685.

O feminicídio em tempos de pandemia da covid-19 na comarca de Teresina-PI no período de 2019 a 2021

Mariana Guimarães Araújo Souza e Danielly Moura Lima, 698.

A existência de flagrante preparado na apreensão de drogas realizada por agente disfarçado

Ludmila Santos de Oliveira, 716.

Envelhecimento e previdência social no Brasil

Larissa Pedrosa Castelo Branco, 737.

TSE E MONITORAMENTO DAS REDES SOCIAIS: SE HOUVESSE RESPEITO ÀS LEIS NO BRASIL...

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

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

1- A NOTÍCIA

Foi veiculada na imprensa a notícia de que o Tribunal Superior Eleitoral contratou a empresa “Partners Comunicação Integrada” para fins de monitoramento das redes sociais brasileiras. O contrato seria no valor de R\$ 250 mil reais por prazo de 12 meses, totalizando mensalmente um gasto de R\$ 20,8 mil reais. 1

Segundo consta, os serviços incluem:

monitoramento online e em tempo real da presença digital do TSE e de temas de interesse da Justiça Eleitoral em redes sociais, com a entrega de alertas em tempo real (por app, email, SMS ou WhatsApp), relatórios analíticos diário, semanal e mensal com análise quantitativa e qualitativa e elaboração de plano mensal de ação estratégica para atuação em redes sociais. 2

Resta nítido que a partir de agora as redes sociais no Brasil não são livres, mas submetidas a uma vigilância constante sob o pretexto de assegurar a legalidade, democracia, ou seja, lá qual palavra de ordem esteja em voga no momento a fim de sustentar a perpetuação de um estado de exceção.

2-SOBRE A CONTRATAÇÃO

1 MARTINS, Laís. TSE finalmente contrata empresa para monitorar redes sociais. Disponível em <https://www.terra.com.br/byte/tse-finalmente-contrata-empresa-para-monitorar-redes-sociais,9fc6e27073212713f9d77cdc9ec82e22ga6l8rrw.html> , acesso em 28.11.2022.

2 Op. Cit.

Embora se afirme que a empresa enfocada já teve contratos antecedentes com o TSE, bem como que tem contratos vigentes com o Ministério das Comunicações, o Ministério da Educação e o Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 3 há a informação de que

em 2013, o jornal *Correio Braziliense* informou que Marcelo Estrela Fiche e seu adjunto, Humberto Alencar, que ocupavam a chefia da Assessoria Técnica e Administrativa do Ministério da Fazenda na época do governo de Dilma Rousseff (PT), teriam recebido propina da empresa Partnersnet Comunicação Empresarial. Segundo as denúncias, a empresa teria posto funcionários fantasmas na folha de pagamentos do ministério. Alencar e Fiche, ex-chefe de gabinete do ex-ministro Guido Mantega, foram exonerados de seus cargos em dezembro de 2013, sob a acusação de receberem propina no valor de R\$ 60 mil. A Partners, que já recebeu ao menos R\$ 40 milhões em contratos com o governo federal desde 2012, tem sede em Belo Horizonte (MG) e escritório em Brasília (DF). 4

Considerando que a contratação se deu por meio de processo licitatório público 5 é de se imaginar que a empresa esteja regularizada, bem como que seus representantes para os contratos que já mantém e que vem agora a manter com a União, estejam com as certidões criminais, civis, fiscais etc. todas em dia, algo que somente se poderá saber mediante vista dos respectivos procedimentos administrativos. A notícia do envolvimento da empresa em corrupção no ano de 2013 acende um alerta, mas não significa que tenha havido condenação de algum envolvido. Obviamente, em havendo irregularidades impeditivas da contratação e sendo esta feita sem desclassificação necessária da empresa envolvida, poderia haver até mesmo crime da Lei de Licitações (Lei 14.133/21) no decorrer do procedimento.

3-PATENTES VIOLAÇÕES DA LEGISLAÇÃO E CONSTITUIÇÃO COM O MONITORAMENTO DAS REDES SOCIAIS

No Brasil há direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos tais como os de expressão, pensamento, informação, consciência, religião, imprensa, reunião, trabalho etc. Assim sendo não há previsão legal de qualquer órgão de censura ou mesmo controle das comunicações em rede social, publicações, textos, interações etc., e se houvesse ou se pretensamente se cogitasse disso, seria inconstitucional. Assim sendo, a própria iniciativa de monitorar as redes sociais já nasce ilegítima, ilegal e inconstitucional.

Poder-se-ia alegar que o intento é de evitar crimes eleitorais ou outras infrações na redes sociais, o que seria uma exceção. Isso jamais pode prosperar. O **Tribunal** Superior Eleitoral (grifo nosso) é um órgão do **Poder Judiciário** com competências jurisdicionais "ratione materiae" (em

3 Op. Cit.

4 ABDO, Camila. TSE contrata empresa para monitorar redes sociais. Disponível em <https://revistaoeste.com/politica/tse-contrata-empresa-para-monitorar-redes-sociais/>, acesso em 28.11.2022.

5 MARTINS, Laís. Op. Cit.

razão da matéria – eleitoral), bem como atribuições de natureza administrativa ligadas ao processo eleitoral (v.g. emissão e controle de títulos de eleitor, organização das eleições, fiscalização, registro de Partidos Políticos, registro de candidatos etc.). Não obstante, não detém o TSE, o TRE ou os Juízes Eleitorais de primeiro grau atribuição de investigação criminal, a qual é adstrita às Polícias Judiciárias (Civil e Federal) e ao Ministério Público, mesmo em crimes eleitorais. As Ações de Investigação Eleitoral não se referem a um poder de investigação geral, mas atrelado à provocação de terceiros. Todos os componentes desses órgãos judiciais são **magistrados** e não podem exercer investigação, sob pena de violação patente do Sistema Acusatório.

Ainda que assim não fosse, o monitoramento geral e diuturno das redes sociais não poderia ser levado a termo nem mesmo por órgãos legitimados para a prática de atos de investigação ou de coleta de informações de inteligência. Monitorar indiscriminadamente redes sociais configuraria o que se chama de “fishing expedition”, “pesca probatória” ou “investigação prospectiva ou por prospecção”.

Conforme leciona Rosa:

Fishing expedition, ou pescaria probatória, é a procura especulativa, no ambiente físico **ou digital**, sem “causa provável”, alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém (grifo nosso). 6

E o mesmo autor dá como exemplo dessa prática abjeta proibida no Direito Moderno exatamente se referindo a casos de “investigações criminais dissimuladas de fiscalizações de órgãos públicos (Receita Federal, controladorias, Tribunais de Contas, órgãos públicos etc.)”. 7 Certamente podemos incluir nessa lista final de Rosa o Tribunal Superior Eleitoral, ao institucionalizar uma modalidade de “investigação prospectiva” ou “pesca probatória” por meio do monitoramento das redes sociais, sem um alvo definido, sem justa causa, sem um objeto definido de investigação, apenas uma rede jogada aleatoriamente para verificar o que retorna. Essa espécie de procedimento é vedada até mesmo aos órgãos dotados de legitimidade legal e constitucional para investigar, o que dizer de um órgão do Poder Judiciário que, ao reverso, é proibido de praticar atos investigatórios, bem como é regido pelo “Princípio da Inércia”, somente podendo agir por provocação de interessados, da Polícia ou do Ministério Público?

Significa dizer que qualquer informação coletada mediante esses monitoramentos espúrios será prova ilícita, bem como qualquer prova que advenha desses atos será ilícita por derivação, segundo a chamada “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” (“Fruits of the poisonous tree doctrine” – artigo 157 e seu § 1º, CPP).

4-CONCLUSÃO

6 ROSA, Alexandre Morais da. A Prática de *Fishing Expedition* no Processo Penal. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>, acesso em 28.11.2022.

7 Op. Cit.

O monitoramento das redes sociais brasileiras pelo TSE é eivado de inconstitucionalidade e ilegalidade, de forma que quaisquer dados obtidos são inservíveis para fins de instrução probatória seja de procedimentos criminais, civis ou administrativos, inclusive eleitorais.

Sequer a cogitação de uma ideia dessas já seria algo assustador, mas acaba essa aberração se concretizando sob os olhos de todos porque há tempos se permitiu que inquéritos ilegais e inconstitucionais como o das “Fake News” e o dos chamados “Atos Antidemocráticos” (afora outros apêndices) tivessem andamento e contassem com a corroboração do nosso mais alto tribunal e a inércia do nosso Senado em sua função fiscalizatória de freios e contrapesos. Assim, vamos caminhando de ilegalidade em ilegalidade, de abuso em abuso, numa não tão lenta conformação de um Estado Policial ao estilo dos totalitarismos históricos e contemporâneos.

5-REFERÊNCIAS

ABDO, Camila. TSE contrata empresa para monitorar redes sociais. Disponível em <https://revistaeste.com/politica/tse-contrata-empresa-para-monitorar-redes-sociais/> , acesso em 28.11.2022.

MARTINS, Laís. TSE finalmente contrata empresa para monitorar redes sociais. Disponível em <https://www.terra.com.br/byte/tse-finalmente-contrata-empresa-para-monitorar-redes-sociais,9fc6e27073212713f9d77cdc9ec82e22ga6l8rrw.html> , acesso em 28.11.2022.

ROSA, Alexandre Morais da. A Prática de *Fishing Expedition* no Processo Penal. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal> , acesso em 28.11.2022.

A ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

RAYSON ANDRADE TEIXEIRA:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Fametro

RESUMO: O direito ao meio ambiente é uma garantia prevista na Constituição Federal Brasileira, na qual ressalta que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é atribuído como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, onde impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. No entanto, ressalta-se que o que se observa diariamente são atitudes totalmente diferentes do esperado, pois ações de degradação ao meio ambiente vêm sendo realizadas de maneira recorrentes, principalmente em Áreas de Preservação Permanente, as quais são locais com a função de assegurar o bem-estar humano, os recursos hídricos, a biodiversidade e outros. Averigua as barreiras impostas que dificultam a fiscalização e aplicação das Leis, principalmente em Area de Preservação Permanente, para que possam ser revisadas e postas em práticas da maneira correta. Sendo assim, para que seja feita uma fundamentação coerente, que versem sobre a responsabilidade de cada entidade e da sociedade em si com objetivo de sanar duvidas e buscar soluções plausíveis para que seja feito a aplicabilidade correta das Leis, a pesquisa bibliográfica será o ponto principal, bem como as doutrinas e decisões dos órgãos competentes que abordem o tema e estejam disponíveis.

Palavras-chave: Preservação Permanente. Proteção. Meio Ambiente. Fiscalização.

ABSTRACT: The right to the environment is a guarantee provided for in the Brazilian Federal Constitution, in which it emphasizes that the ecologically balanced environment is attributed as a common use of the people and essential to the healthy quality of life, where the public power and the collective are imposed the duty to defend and preserve it. However, it is emphasized that what is observed daily are totally different attitudes from what is expected, because actions of degradation to the environment have been carried out in a recurrent way, especially in Permanent Preservation Areas, which are places with the function of ensuring human well-being, water resources, biodiversity and others. It investigates the barriers imposed that hinder the supervision and application of laws, especially in the Area of Permanent Preservation, so that they can be reviewed and put into practices in the correct way. Thus, in order to make a coherent basis, which see stems from the responsibility of each entity and society itself in order to answer doubts and seek plausible solutions to make the correct applicability of the Laws, bibliographic research will be the main point, as well as the doctrines and decisions of the competent bodies that address the theme and are available.

KEYWORDS: Permanent Preservation. Protection. Environment. Surveillance.

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente tem sido um grande campo de atuação para os geógrafos e um constante objeto de estudo para a sociedade de consumo, porque o desenvolvimento sustentável é o modelo de desenvolvimento a que muitos países aspiram.

A preocupação com o meio ambiente e com toda a terra é uma realidade para os atuais dias. Questões como aquecimento global, impactos humanos, degradação do meio ambiente natural, processos ecológicos, biodiversidade, sustentabilidade e cidadania ambiental são discutidas não apenas na academia, mas também em diversos setores da sociedade, incluindo analfabetos e a mídia todos os dias.

Hoje, os maiores problemas ambientais aqui e em outras partes do mundo encontram-se principalmente nas áreas urbanas de grande concentração populacional, ambiente de vida moderna por excelência. No Brasil, cerca de 1/3 da população do país está concentrada em aproximadamente 12 regiões metropolitanas.

Atualmente existem várias regulamentações de caráter ambiental, considerando-se como marco a Lei 4.771 de 15 de setembro de 1965, que instituiu o novo Código Florestal Brasileiro. A partir da criação do Conselho Nacional do Meio Ambiente/CONAMA, instituído pela Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto 99.274/90, nasceu um órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente/SISNAMA. Com a Constituição Brasileira de 1988, com especificidades de caráter ambiental, há 21 anos, em 22 de fevereiro de 1989, houve a promulgação da Lei nº. 7.735, que criou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.

A partir dessas questões e muitas outras, surgiu o conceito de área de preservação permanente, no qual veio com proteção extremamente rígida, inicialmente oficializada em 1965 com a promulgação da Lei 4.771, que instituiu o novo Código Florestal.

No presente artigo é levantado o problema: “quais as barreiras colocadas que dificultam a não aplicação das Leis de forma correta?”, e buscando como hipóteses a falta de especialistas, equipamentos e a falha na fiscalização para aplicação das leis nas áreas de preservações permanentes. Dessa forma, a pesquisa bibliográfica será o ponto principal, bem como as doutrinas e decisões dos órgãos competentes que abordem o tema e estejam disponíveis.

2 DO CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

Segundo o artigo 3º da Lei nº 6.938/1981, intitulado Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, meio ambiente define-se como “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A missão primeira do conceito é proteger as formas de vida e seu *habitat*, neste incluídos, à evidência, os espaços físicos ocupados pelo homem (núcleos urbanos ou rurais).

Segundo Frontini (1997, p. 397):

as condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica são fatores que determinam as circunstâncias em que todas as formas de vida se manifestam. Em decorrência desses fatores, se eles forem favoráveis, o ambiente servirá de meio a que nele se abrigue e seja regida

a vida, em todas as suas formas. Se tais fatores forem adversos, não estarão presentes meios a que o ambiente abrigue e permita a regência da vida.

Nesse sentido, o termo meio ambiente apresenta diversos conceitos e pode ser analisado sob diversos prismas, entre eles os mais conhecidos são: os aspectos naturais, como fauna e flora, espaço urbano e outros.

2.1 Legislação Ambiental e sua evolução

Os primeiros passos e atos que foram voltados à proteção de áreas e recursos naturais brasileiros surgiram no período colonial, um conhecido exemplo praticado é o “Regimento do Pau-Brasil”, que foi editado em 1605 e a Carta Régia de 13 de março de 1797.

Segundo Silva, Marques e Sambuichi (2016, p. 40):

O “Regimento do Pau-Brasil”, que pode ser considerado uma das primeiras leis de proteção florestal brasileira, estabelecia rígidos limites para a prática de exploração do paubrasil na colônia. Já a Carta Régia se preocupava com conservação das matas no Brasil, assim evitando que elas se arruinassem ou fossem destruídas, visando coibir o corte não autorizado pela coroa de determinadas espécies de árvores cuja madeira era considerada nobre.

Conforme Gesi (2011, p.) explica, “os conceitos de preservação ao meio ambiente foram evoluindo e o primeiro Código Florestal do país surgiu em 1934, em meio à forte expansão cafeeira que ocorria à época, principalmente na região Sudeste.”

O primeiro Código Florestal Brasileiro foi instituído através do Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934 (Brasil, 1934), sendo ele revogado três décadas depois pela Lei 4.771/65 (Brasil, 1965). Assim, o Código Florestal Brasileiro foi o nome dado às duas formas federais brasileiras.

2.1.1 A Constituição Federal e o Meio Ambiente

Noutro momento, surgiu a Constituição Federal de 1988, a qual foi um grande marco na legislação ambiental. Foi a partir da ênfase que ela deu que o meio ambiente passou a ser tido como um bem tutelado juridicamente ao tratar de forma direta em um capítulo totalmente dedicado ao meio ambiente e em diversos outros artigos.

Todos os direitos próprios reconhecidos foram e podem ser interpretados através do artigo 225, que diz:

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.

Já no artigo 225, § 3º, tratamos quanto aos desrespeitos e danos ao meio ambiente, que diz:

§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.

No que tange a competência em matéria ambiental administrativa e legislativa, a primeira cabe ao Poder Executivo e a segunda ao Poder Legislativo. Ao poder Executivo diz respeito à faculdade para atuar com base no poder de polícia (sendo preventivo, repressivo ou simplesmente para colocar ordem) e ao Poder Executivo cabe à faculdade para legislar a respeito dos temas de interesse da coletividade.

2.1.2 Competência Administrativa e Legislativa Ambiental

A Constituição Federal prevê basicamente dois tipos de poderes: de competência administrativa e a competência legislativa. A primeira refere-se ao poder executivo e refere-se à capacidade de agir com base nos poderes de polícia (proteção, repressão ou ordens simples), enquanto a segunda refere-se ao poder legislativo e refere-se à capacidade de legislar em temas de interesse social.

A competência legislativa subdivide-se em poder residual, poder exclusivo, poder especial, poder paralelo, poder complementar e poder reservado. Os demais poderes são autoridades governamentais e permitem a atividade legislativa em assuntos não expressamente implícitos ou proibidos, como previsto no § 1º do artigo 25 da Constituição Federal.

A Autoridade Administrativa para Assuntos Ambientais inclui extensas atividades de licenciamento (licenças ambientais e licenças) e atividades de controle.

A distribuição de competências entre as unidades federativas em questões ambientais segue os mesmos critérios da Constituição Federal para distribuição de competências em outras questões. Nesse sentido, o mandato administrativo é atribuir o poder executivo à proteção do meio ambiente, e o poder legislativo é atribuir o poder legislativo de ditar a legislação em matéria ambiental.

3 DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Tratado dos principais pontos do Direito Ambiental e suas competências, destaca-se dentre as normas federais no tocante à proteção ambiental, a Lei. n.º 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente.

Antes mesmo da adoção da CF/88, que assume muitos dos princípios ambientais citados acima, o PNMA afastou-se da ideia do meio ambiente como um “bem público” que precisava ser protegido, deixando de ver a atmosfera ambiental como pragmatismo simples. provedor de recursos.

Ressalte-se, ainda, que, por meio do PNMA, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a legalidade da responsabilidade por danos ambientais e da indenização por danos ambientais. Além disso, o PNMA estabeleceu um sistema nacional de gestão ambiental denominado SISNAMA, e as organizações que compõem o sistema (CONAMA - órgão consultivo e deliberativo -; IBAMA e Instituto Chico Mendes – órgãos executores).

3.1 Da Lei de crimes ambientais

Outra norma de destaque é a Lei nº. 9.605/98, que dispõe sobre a Lei de Crimes Ambientais. Tal legislação se mostrou inovadora por ser uma forma de reprimir condutas lesivas ao meio ambiente, porém recebeu críticas pelo fato dessa responsabilização ter ficado aquém do necessário, tendo em vista a gravidade das penas previstas.

Devemos acrescentar que a legislação anterior introduz o conceito de responsabilidade das pessoas jurídicas, que podem ser responsáveis por pessoas jurídicas em matéria ambiental, civil, administrativa e criminal.

Portanto, é importante esclarecer que a referida lei de responsabilidade penal das pessoas jurídicas prevê duas condições: o crime for cometido por decisão do representante legal ou contratual da empresa ou de seu órgão coletivo.

Em particular, o STF retirou recentemente a teoria da dupla inclusão na prática do crime ambiental, que exige que pessoas jurídicas (empresas) e pessoas físicas envolvidas em determinados atos criminosos sejam solidariamente responsáveis. Nesse sentido, o STF adotou anteriormente uma teoria com base em que as pessoas jurídicas estão sujeitas a direitos e obrigações, não possuem vontade própria e atuam sempre em nome de uma ou mais pessoas físicas. O nexo de causalidade entre as ações desses representantes e o dano ambiental deve ser estabelecido, para que se possa apurar a responsabilidade criminal. No entanto, em 2013, o STF atualizou seu posicionamento ao responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica do caso no caso de um derramamento de óleo envolvendo dois rios no estado do Paraná, é impossível determinar quem foi o responsável direto pelo referido incidente ambiental. Assim, para evitar a impunidade dos grandes crimes corporativos, a Suprema Corte aboliu a teoria da dupla incorporação e passou a adotar outras teorias, como a teoria do crime corporativo que já vinha sendo utilizada há muito tempo em outros países (STF/PR, RE 548181, j. 06.08.2013, rel. Min. Rosa Weber).

O conteúdo da Lei de Crimes Ambientais também apoia as infrações administrativas. Nesse sentido, o número corresponde ao período de compromisso (art. 79 – A), forma endereços de gestão ilegal para pessoas físicas ou jurídicas fazerem as correções necessárias em suas empresas para atender às exigências ambientais. Assim, pelo TC, permite-se a manutenção da atividade econômica, mas dentro das exigências pontuadas no referido termo, o qual pode ser celebrado por qualquer órgão que compõe o SISNAMA.

O termo de compromisso se assemelha ao Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) que serve para modificar a atividade do ponto de vista ambiental, ressalvado que o período de interinação está previsto na Lei de Crimes Ambientais e pode ser observado pelos órgãos que

compõem o SISNAMA, enquanto o TAC está definido na Lei de Processo Civil Público, existem regras, e o setor público tem legitimidade para celebrá-lo.

4 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Os princípios do direito ambiental surgiram após uma construção originada no direito internacional ambiental, a partir das conferências ambientais internacionais.

Os princípios do direito ambiental foram elaborados para **dar legitimidade jurídica aos Estados a criarem políticas públicas voltadas à proteção ambiental**. Por isso, os princípios do direito ambiental possuem a função de ordenar a construção normativa ambiental internacional, regional e nacional.

Em razão do direito ambiental ser um ramo jurídico de criação tardia, somente passou a ser aplicado com mais intensidade **a partir do último quarto do século XX**. O surgimento dos princípios fundamentais **facilitou a estruturação política para a proteção do meio ambiente**, por meio da criação de novos órgãos.

No âmbito do direito internacional público, por exemplo, há o Programa Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA. E quando falamos em Brasil, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, ambos órgãos da administração pública federal.

É nesse sentido que será abordado dois princípios considerados essenciais, sendo eles: o princípio da precaução e princípio da prevenção.

4.1 Do princípio da prevenção

Tem origem a partir da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972. É uma *soft norm* (texto não obrigatório), resultado da primeira Conferência Internacional Ambiental, realizada na cidade de Estocolmo (Suécia).

O Princípio da Prevenção foi estabelecido no **Princípio 7** da Declaração citada acima, com a seguinte redação: *“Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam pôr em perigo a saúde do homem, os recursos vivos e a vida marinha, menosprezar as possibilidades de derramamento ou impedir outras utilizações legítimas do mar.”*

Perceba que o princípio possui como característica **impedir a ocorrência da poluição**. Para isso, o poder público necessita criar uma série de medidas a fim de prevenir a ocorrência do dano ambiental. No cenário brasileiro, temos como exemplo o Estudo de Impacto Ambiental, uma exigência do inciso IV do art. 225 da CF/1988.

A importância deste princípio reside no dever de vigilância para evitar danos irreversíveis que ocorram além-fronteiras. Portanto, a participação cidadã na tomada de decisões é essencial.

4.2 Do princípio da precaução

Esse princípio pode ser considerado complementar ao da prevenção, que intervém na criação de medidas a fim de prevenir eventos que possam ocorrer.

No princípio da precaução, o foco está para casos em que há **ausência de evidências científicas** que apontem com certeza a ocorrência de dano ambiental. Nesse caso, é necessário ter a prudência de criar mecanismos para precaver um eventual dano ambiental por conta de alguma interferência humana sobre o meio ambiente que é desconhecido.

De acordo com o Ministério do Meio Ambiente, o princípio se originou na Alemanha, na década de 1970, conhecido como *Vorsorgeprinzip*. Se consolidou nos demais países europeus em 20 anos (MMA, 2019). No direito internacional, surgiu através do **Princípio** da Declaração do Rio Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992. E diz que:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

De acordo com o princípio, são exigidas medidas para proteção ambiental a fim de proibir, temporária ou definitivamente, as atividades em questão.

O princípio da precaução **é um documento sem obrigatoriedade aos Estados**. Isso quer dizer que não é um Tratado ou Convenção Multilateral, mas um documento declaratório de pretensões dos Estados signatários.

O princípio da precaução **possui ampla aceitação jurídica**, tanto que duas convenções internacionais (com efeito vinculante) foram ratificadas e promulgadas pelo Brasil. Isso ocorreu na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, de 9 de maio de 1992, em seu art. 3º. E também na Convenção da Diversidade Biológica, de 5 de junho de 1992.

Além das convenções internacionais ratificadas, o texto constitucional avaliza o princípio no art. 225, incisos IV e V do §1º.

5 DAS AREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E SUAS FUNÇÃO

As áreas de preservação permanente estabelecidas pela legislação vigente do Estado do Brasil compreendem espaços territoriais e bens de interesse nacional especialmente protegidos, cobertos por vegetação ou não, cuja função ambiental seja a conservação dos recursos hídricos, paisagem, estabilidade geológica, diversidade biológica, o fluxo gênico da fauna e da flora, a conservação do solo e a garantia do bem-estar das populações humanas.

Segundo Houaiss (2001, p. 2261), as áreas de preservação permanente são hoje conhecidas pela sigla APP denotando o que podemos chamar de um processo de “popularização” do termo.

Para ser considerada Área de Preservação Permanente deve ser coberta ou não por vegetação ativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, paisagem, biodiversidade, estabilidade ecológica e outros.

A respeito da delimitação das faixas de proteção (APP), diz o Art. 4º do Código Florestal:

Considera Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para o efeito desta Lei:

I – as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

- a) 30 (trinta) metros, para cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- b) 50 (cinquenta) metros, para cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- c) 100 (cem) metros, para cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- d) 200 (duzentos) metros, para cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
- e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

II – as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima:

- a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d’água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja taxa marginal será de 50 (cinquenta) metros;
- b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

III – as áreas no entorno dos reservatórios d’água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d’água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;

Ribeiro (2011, p. 07) faz a seguinte observação:

Observa-se que o conceito legal de APP surgiu sem a utilização do termo formal “área” agregado à terminologia de “preservação permanente”, mas já exibia suas características preservacionistas explícitas, contendo restrições de usos bem objetivas.

Para Milaré (2013, p. 1256):

[...] as APPs têm esse papel (maravilhoso, aliás!) de abrigar a biodiversidade e promover a propagação da vida; assegurar a qualidade do solo e garantir o armazenamento do recurso água em condições favoráveis de quantidade e qualidade; já a paisagem é intrinsecamente ligada aos componentes do ecossistema. E mais, tem muito a ver com o bem-estar humano das populações que estão em seu entorno, contribuindo para a sadia qualidade de vida assegurada no caput do art. 225 da Constituição Federal.

Já Machado (2009, p. 741), ao tratar das APPs, assim disse:

A vegetação, nativa ou não, e a própria área são objetos de preservação não só por si mesmas, mas pelas suas funções protetoras das águas, do solo, da biodiversidade (aí compreendido o fluxo gênico da fauna e da flora), da paisagem e do bem-estar humano. A área de preservação permanente – APP não é um favor da lei, é um ato de inteligência social, e é de fácil adaptação às condições ambientais.

A Resolução nº 303 de 20 de março 2001, do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, trouxe um tratamento específico de normatização ao tema:

Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente: Considerando que as Áreas de Preservação Permanente e outros espaços territoriais especialmente protegidos, como instrumentos de relevante interesse ambiental, integram o desenvolvimento sustentável, objetivo dos presentes e futuras gerações, resolve:

Art. 1º. Constitui objeto da presente Resolução o estabelecimento de parâmetros, definições e limites referentes às Áreas de Preservação Permanente.

Art. 2º. Para os efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

I - nível mais alto: nível alcançado por ocasião da cheia sazonal do curso d'água perene ou intermitente;

II - nascente ou olho d'água: local onde aflora naturalmente, mesmo que de forma intermitente, a água subterrânea;

III - vereda: espaço brejoso ou encharcado, que contém nascentes ou cabeceiras de cursos d'água, onde há ocorrência de solos hidromórficos, caracterizado predominantemente por renques de buritis do brejo (*Mauritia flexuosa*) e outras formas de vegetação típica;

IV - morro: elevação do terreno com cota do topo em relação a base entre cinquenta e trezentos metros e encostas com declividade superior a trinta por cento (aproximadamente dezessete graus) na linha de maior declividade;

V - montanha: elevação do terreno com cota em relação a base superior a trezentos metros;

VI - base de morro ou montanha: plano horizontal definido por planície ou superfície de lençol d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota da depressão mais baixa ao seu redor;

VII - linha de cumeada: linha que une os pontos mais altos de uma seqüência de morros ou de montanhas, constituindo-se no divisor de águas;

VIII - restinga: depósito arenoso paralelo à linha da costa, de forma geralmente alongada, produzido por processos de sedimentação, onde se encontram diferentes comunidades que recebem influência marinha, também consideradas comunidades edáficas por dependerem mais da natureza do substrato do que do clima. A cobertura vegetal nas restingas ocorre em mosaico, e encontra-se em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivo e arbóreo, este último mais interiorizado;

IX - manguezal: ecossistema litorâneo que ocorre em terrenos baixos, sujeitos à ação das marés, formado por vasas lodosas recentes ou arenosas, às quais se associa, predominantemente, a vegetação natural conhecida como mangue, com influência flúvio-marinha, típica de solos limosos de regiões estuarinas e com dispersão descontínua ao longo da costa brasileira, entre os estados do Amapá e Santa Catarina;

X - duna: unidade geomorfológica de constituição predominante arenosa, com aparência de câmoru ou colina, produzida pela ação dos ventos, situada no litoral ou no interior do continente, podendo estar recoberta, ou não, por vegetação;

XI - tabuleiro ou chapada: paisagem de topografia plana, com declividade média inferior a dez por cento, aproximadamente seis graus e superfície

superior a dez hectares, terminada de forma abrupta em escarpa, caracterizando-se a chapada por grandes superfícies a mais de seiscentos metros de altitude;

XII - escarpa: rampa de terrenos com inclinação igual ou superior a quarenta e cinco graus, que delimitam relevos de tabuleiros, chapadas e planalto, estando limitada no topo pela ruptura positiva de declividade (linha de escarpa) e no sopé por ruptura negativa de declividade, englobando os depósitos de colúvio que localizam-se próximo ao sopé da escarpa;

Art. 3º. Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:

I - em faixa marginal, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, com largura mínima, de:

a) trinta metros, para o curso d'água com menos de dez metros de largura;

b) cinquenta metros, para o curso d'água com dez a cinquenta metros de largura;

c) cem metros, para o curso d'água com cinquenta a duzentos metros de largura;

d) duzentos metros, para o curso d'água com duzentos a seiscentos metros de largura;

e) quinhentos metros, para o curso d'água com mais de seiscentos metros de largura;

II - ao redor de nascente ou olho d'água, ainda que intermitente, com raio mínimo de cinquenta metros de tal forma que proteja, em cada caso, a bacia hidrográfica contribuinte;

III - ao redor de lagos e lagoas naturais, em faixa com metragem mínima de: a) trinta metros, para os que estejam situados em áreas urbanas consolidadas;

c) cem metros, para as que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d'água com até vinte hectares de superfície, cuja faixa marginal será de cinquenta metros;

IV - em vereda e em faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de cinquenta metros, a partir do limite do espaço brejoso e encharcado;

V - no topo de morros e montanhas, em áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a dois terços da altura mínima da elevação em relação a base;

VI - nas linhas de cumeada, em área delimitada a partir da curva de nível correspondente a dois terços da altura, em relação à base, do pico mais baixo da cumeada, fixando-se a curva de nível para cada segmento da linha de cumeada equivalente a mil metros;

VII - em encosta ou parte desta, com declividade superior a cem por cento ou quarenta e cinco graus na linha de maior declive;

VIII - nas escarpas e nas bordas dos tabuleiros e chapadas, a partir da linha de ruptura em faixa nunca inferior a cem metros em projeção horizontal no sentido do reverso da escarpa;

IX - nas restingas:

a) em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima;

b) em qualquer localização ou extensão, quando recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues;

X - em manguezal, em toda a sua extensão;

XI - em duna;

XII - em altitude superior a mil e oitocentos metros, ou, em Estados que não tenham tais elevações, a critério do órgão ambiental competente;

XIII - nos locais de refúgio ou reprodução de aves migratórias;

XIV - nos locais de refúgio ou reprodução de exemplares da fauna ameaçados de extinção que constem de lista elaborada pelo Poder Público Federal, Estadual ou Municipal;

XV - nas praias, em locais de nidificação e reprodução da fauna silvestre

Existe uma Resolução no CONAMA de nº 369/2006, que trata dos casos excepcionais de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, e que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente. No entanto, segundo Milaré (2013, p. 1260) o regulamento em questão “não possui mais embasamento legal para permanecer em vigor, pois o Novo Código Florestal permite edição de ato do CONAMA apenas para disciplinar “outras ações ou atividades similares” de baixo impacto ambiental (artigo 2º, X, k)”.

CONCLUSÃO

No decorrer do artigo, buscou-se compreender a construção do conceito de área de preservação permanente na legislação brasileira e sua historicidade com base na Lei nº. 4.771/1965.

De acordo com o artigo 225 da Constituição Federal, o Código florestal trouxe importante disciplina para à Área de Preservação Permanente e unidades de conservação, espécies protegidas.

Observamos que após um desenvolvimento relativamente longo do conceito e da legislação relacionada, houve muitas violações e tentativas claras e inequívocas de dismantelar o mesmo conceito com base na redução de áreas protegidas permanentes e fatores técnicos rejeitando a legislação que estamos prestes a redigir.

Essa abordagem caracteriza-se como uma intervenção na história no presente que envolve o sujeito da proximidade com o que está acontecendo. E entendemos que do jeito que está passando o processo histórico em relação às áreas de proteção permanente instituídas pela legislação brasileira em 1965, as avaliações históricas podem apontar para múltiplas explicações e interpretações dos eventos e suas consequências.

E, finalmente, ainda existem muitos obstáculos estruturais, burocráticos e regulatórios e de controle para a implementação da nova lei florestal. Tudo isso mostra um cenário de falhas em relação aos níveis de proteção necessários, somado à falta de regulamentação efetiva e inspeção para atingir as condições ambientais. Portanto, há uma flexibilização da atividade humana em relação ao meio ambiente.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016].

BRASIL. Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934. 1934.

BRASIL. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. 1965.

BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. 2012. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Ano CXLIX, n. 102, 28 maio 2012. Seção 1, p.1.

FRONTINI, Paulo Salvador. Meio ambiente, sua natureza perante a lei e sua tutela. Anotações jurídicas em tema de agressão ambiental. Legitimidade do Ministério Público, órgão do Estado, para agir em Juízo. Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEHFELD, L.S.; CARVALHO, N.C.B.; BALBIM, L.I.N. Código florestal comentado e anotado (artigo por artigo). 3º ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

PACHECO, Juliana Muniz. Área de Preservação Permanente em zona urbana e regularização da moradia. 2013. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito).

RIBEIRO, Glaucus Vinicius Biasetto. A origem histórica do conceito de Área de Preservação Permanente no Brasil. Revista Thema, Rio Grande do Sul, v. 08, n. 01, p. 1-7, 2011

SILVA, A. P. M. DA; MARQUES, H. R.; SAMBUICHI, R. H. R. Mudanças no código florestal brasileiro: desafios para a implementação da nova lei. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. 359. p

SNIF. Sistema Nacional de Informações Florestais. Recursos Florestais. Boletim SNIF 2016, volume 1, edição 2.

TONON, Rafael. O que é sequestro de carbono. Revista Super Interessante, 2016.

ZAMGIROLAMI, G.N.; MORONG, F.F. A Área de Preservação em face da Lei Nº 12.651/12 - do Retrocesso à Ilegalidade. Revista Colloquium Humanarum, vol. 12, n. Especial, p. 530-537. 2015.

UMA ANÁLISE ACERCA DAS CONQUISTAS E DESAFIOS DO DEFICIENTE AUDITIVO NO MERCADO DE TRABALHO

NAUM SENA FLEXA:
Graduando do Curso de Direito
do Centro Universitário
FAMETRO.

RESUMO: O presente trabalho assumiu o objetivo de analisar os desafios enfrentados pelo deficiente auditivo no mercado de trabalho demonstrando de que forma as empresas devem adaptar os seus meios para os aludidos, com qualidade e segurança. Garantindo sua posição no mercado sem que o mesmo tenha que deixar de realizar alguma atividade devido a sua adversidade. De modo geral, este trabalho pode ser classificado como uma pesquisa aplicada qualitativa, pois não tem como interesse medir variáveis, pois seu objetivo está relacionado com a compreensão e a interpretação do processo, não sendo necessário o uso da estatística. Quanto aos procedimentos técnicos utilizados para a formação deste trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica. Ao fazer uma reflexão sobre a questão da igualdade de oportunidades. Por fim, comenta-se que as dificuldades são inúmeras para a sobrevivência da pessoa com necessidades especiais, porém, as mudanças de valores acontecerão, paulatinamente, quando a sociedade não se mostrar indiferente diante da problemática, abrindo espaços para que a pessoa com deficiência auditiva possa extravasar suas potencialidades, fazendo parte do mercado de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Deficiência Auditiva. Inclusão. Mercado de Trabalho.

ABSTRACT: The present work aimed at analyzing the challenges faced by the hearing impaired in the job market, demonstrating how companies should adapt their means to them, with quality and safety. Guaranteeing their position in the market without them having to stop performing any activity due to their adversity. In general, this work can be classified as a qualitative applied research, since it is not interested in measuring variables, as its objective is related to the understanding and interpretation of the process, not being necessary the use of statistics. As to the technical procedures used for the formation of this work, bibliographical research was used. In making a reflection on the issue of equal opportunities. Finally, it is commented that the difficulties are numerous for the survival of the person with special needs, however, the changes of values will happen, gradually, when society does not show indifference to the problem, opening spaces so that the person with hearing loss can express their potential, being part of the labor market.

KEYWORDS: Hearing impairment. Inclusion. Labor Market.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa procura apresentar a trajetória o histórico que a pessoa surda percorre para ter sua escolarização e inserção no mercado de trabalho de maneira a qual as Leis e Decretos abordam e apresentam como inclusão social. A importância da escolarização do surdo com a inclusão conforme as Leis e sua inserção no mercado de trabalho logo após sua profissionalização, no decorrer do trabalho apresento as dificuldades que o surdo tem para dar continuidade nos

estudos e para competir por uma vaga e como eles conseguiram estar atuando no mercado de trabalho.

A pesquisa propõe um estudo sobre o direito do deficiente auditivo no mercado de trabalho na cidade de Manaus. A escolha do tema chamou atenção de como seria a dificuldade desta pessoa numa sociedade que ainda tem preconceito com as pessoas com deficiência, a língua oficial utilizada pela comunidade dos surdos do Brasil (Língua Brasileira de Sinais). A Libras contém todos os elementos existentes nas outras línguas, possibilitando sua identificação como língua propriamente dita.

Desta forma as pessoas com deficiência vêm conseguindo aos poucos que seus direitos individuais, sociais e trabalhistas sejam reconhecidos, nesse sentido, instituições e escolas especiais vêm trabalhando para oferecer aos surdos os instrumentos necessários para se tornarem trabalhadores. A Declaração dos Direitos Humanos proclamada na França em dezembro de 1945 pela Organização das Nações Unidas e Declaração Universal dos direitos do homem e do Cidadão de 1948 trazem em seu bojo a afirmação que todas as pessoas têm o direito ao trabalho. Com base no pressuposto o presente estudo busca responder: Quais as dificuldades encontradas pelo deficiente auditivo no processo de inclusão no mercado de trabalho? Quais as condições que a empresa oferece para receber o deficiente auditivo?

Sendo assim o estudo elencou como objetivo geral: Analisar os desafios enfrentados pelo deficiente auditivo no mercado de trabalho na cidade de Manaus. Esse por sua vez foi dividido pelos específicos: Demonstrar se o mercado de trabalho oferece mecanismo de forma adequada ao deficiente auditivo, verificar se há alguma qualificação voltada as empresas para atenderem os deficientes auditivos e descrever as condições que a empresa oferece ao deficiente auditivo ao acesso do mercado de trabalho.

A metodologia é o processo pelo qual se atinge este objetivo. É o caminho a ser trilhado para produzir conhecimento científico, dando as respostas necessárias de como foi realizada a pesquisa, quais métodos e instrumentos utilizados, bem como as justificativas das escolhas. Utilizando-se a classificação de Marconi e Lakatos (2014, p. 116) tem-se que o método de abordagem que adotou foi o dedutivo, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”.

Tomando ainda por referência a classificação dos referidos autores que se adotou foi a técnica de pesquisa neste projeto: documentação indireta – com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagem, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões etc.).

Por fim tende-se que o século XXI está sendo caracterizado por várias conquistas na área da inclusão. Sánchez (2015) defende a ideia de que a inclusão está intrinsecamente relacionada aos direitos humanos e não se pode segregar nenhuma pessoa em razão de sua deficiência ou

dificuldade de aprendizagem, gênero, cor ou quaisquer outras diferenças. Nos dizeres dessa autora a inclusão das pessoas com deficiência auditiva no ambiente trabalhista é uma realidade em vários países e está prevista nas leis e tratados que possam garantir aos indivíduos com surdez, a sua inclusão para a efetivação de sua cidadania.

2 UM OLHAR PRÉVIO SOBRE A JURISDIÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL

O discurso predominante do mundo globalizado de hoje prima pela igualdade entre os sujeitos e pelo respeito às diferenças. É nesse sentido que pensar na inclusão na sociedade requer a compreensão das teias de relações repetidamente consagradas nas mais diversas manifestações literárias que tratam o tema. Para tanto se torna necessário compreender que inclusão se constitui como um processo estabelecido através de redes (nesse estudo iremos considerar somente a relação entre a família e a criança/adolescente com deficiência auditiva).

A esse respeito comenta-se que o conceito de deficiência não é algo novo na sociedade, de acordo com a literatura consultada, esse pressuposto sempre existiu desde as remotas épocas, nos achados literários de maneira sucinta, pode-se descrever o tratamento destinado para pessoas com deficiência eram realizados mais por intuição, observação e experimentação, todavia isso não quer dizer que a pessoa com deficiência se mantivesse em sua tribo.

Isso porque as próprias atividades e o deslocamento de um lugar para o outro faziam com que, na maioria das vezes, os deficientes fossem abandonados, expostos a rios, florestas, entre outros, esse tipo de comportamento não representava um problema de natureza ética ou moral na época, entender o contexto histórico que envolve as pessoas com deficiência se faz necessário para o entendimento da deficiência auditiva.

Trazendo para o cenário histórico brasileiro, pontua-se que em 1988, com a nova Constituição do Brasil, ficou recomendada a inclusão das pessoas deficientes no mercado de trabalho, na sequência ocorre a Conferência Mundial da UNESCO, que vai adotar a seguinte filosofia, "Inclusão para todos" (grifo nosso), insere-se nesse contexto o compromisso da transformação do sistema profissionalizante brasileiro, de forma a acolher a todos, sem discriminação, com qualidade e igualdade de condições.

Fazendo uma análise do percurso histórico da inclusão das pessoas com deficiência no Brasil, verifica-se que o caminho foi longo, da ideologia da exclusão à implantação da política de inclusão, que aos poucos está se construindo uma nova mentalidade, assunto que este que será abordado nas próximas páginas. Apoiados nessa aceitação argumenta-se que os profissionais encarregados da avaliação querem ter certeza de que alguns dos comportamentos da criança que parecem com deficiência auditiva não são causados por outros problemas, entre os quais se pode citar: problemas comportamentais, atraso no desenvolvimento, distúrbio de linguagem e de fala e certos tipos de lesão cerebral (SILVA; ARAÚJO; ALMEIDA, 2020).

Ao sabor dessa discussão, esse estudo pontua que a significação prática dos aspectos aqui levantados aparece claramente, pois é necessária a reformulação de nossas posturas, nossas concepções e algumas possíveis formas como a família deve "receber" (grifo nosso) seu filho no

âmbito social. De acordo com Silva, Araújo e Almeida (2020, p. 471) as famílias podem passar por uma variedade de emoções quando ficam sabendo que o filho tem autismo.

No século XX, ocorreram expressivas mudanças na interpretação e efetivação de direitos em saúde, nos padrões de saúde-doença, nos conhecimentos médicos, nos modelos e práticas assistenciais. Surgiram novas construções técnicas científicas, serviços, medidas e ações públicas e privadas em saúde, intermediados por lutas sociais em prol de condições mais dignas de vida e políticas públicas favoráveis (GALETTO, 2016).

Nesse particular, esse estudo ressalta que uma lei é um conjunto de normas e de regras de direito impostas pelo poder legislativo ou por autoridades competentes. No Brasil, muitas leis garantem os direitos das pessoas com necessidades especiais. Com relação à legislação que assegura a inclusão das pessoas com necessidades especiais como direito subjetivo essa pesquisa irá partir da lei maior de nosso país, a Constituição Brasileira (CF) de 1988 que, em seu artigo 208, diz *in verbis*:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

Sob tal aspecto, comenta-se que embora o Estado, esteja representado pelo Poder Público nas esferas federal, estadual e municipal, assim sugerindo que a oferta de atendimento seja feita pelo menos nas redes municipal e estadual, as oportunidades escolares para essa minoria social, permanecem ainda bastante reduzidas, ou seja, a definição de políticas públicas voltadas ao cumprimento desses direitos de certa maneira, são desrespeitados.

Deve-se reconhecer que as pessoas são seres singulares e ao mesmo tempo sociais. No entanto, garantir de forma contundente e abrangente a concretização deste modelo de sociedade, que propicia oportunidades igualitárias para todos, não é tarefa fácil. De acordo com Galetto (2016, p. 23) tem-se que:

O cenário da política pública relacionada à pessoa com deficiência muda totalmente a partir do marco da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, de 2006, da ONU, ratificada pelo Brasil em 2008. Aí temos um grande momento, um pulo, um salto, aquele salto com vara mais alto, aquele que ganha à medalha de ouro nas olimpíadas e nas paraolimpíadas.

Do modelo de integração até a sociedade inclusiva, o movimento político das pessoas com deficiência vem trabalhando, intensamente, para alcançar um novo patamar de dignidade humana. Ainda convive com resquícios de segregação, muito de integração, e são incipientes as práticas de inclusão, as quais apresentam a diversidade humana como regra e, por conseguinte, têm como princípios norteadores da sociedade o respeito e a valorização das diferenças. Autonomia, direito

a fazer sua própria escolha, vida independente e não discriminações podem ser sumarizadas pelo lema "Nada sobre nós sem nós" (HONORA; FRIZANCO, 2009). Dentro desta conjunta tem-se ainda nos estudos de Digirolamo (2010, p. 42), a seguinte afirmação:

A Convenção da ONU, sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo governo brasileiro em 2008, reitera a necessidade de que as Estados Partes tomem medidas para assegurar o acesso de pessoas com deficiência a serviços de saúde, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral. Constituiu ação prioritária do Ministério da Saúde o fortalecimento da Política dos Direitos Sexuais e Reprodutivos, que vem sendo implementada através de ações intersetoriais e interministeriais. A Política Nacional de Saúde para Pessoas com Deficiência estabelece em suas diretrizes que ações voltadas para a saúde sexual e reprodutiva são elementos de atenção integral à saúde das pessoas com deficiência.

Este evento representa um importante avanço, de sua elaboração até sua concretização, que envolveu as próprias pessoas com deficiência, contudo Digirolamo (2010) ressalta que para garantir a saúde sexual e reprodutiva de pessoas com deficiência é preciso incluir a Educação Sexual como matéria obrigatória nos Centros de Saúde e Educação abertos para este público.

Junior (2010) acrescentam ainda que a atenção integral à saúde, destinada à pessoa com deficiência, pressupõe uma assistência específica à sua condição além de assistência a doenças e agravos comuns a qualquer cidadão. A porta de entrada da pessoa com deficiência no Sistema Único de Saúde é a Atenção Básica/Saúde da Família. Baseada na igualdade, na equidade e na disponibilização de condições para essa igualdade, a inclusão prevê a modificação da sociedade para que todos, sem distinção de grupo, raça, cor, credo, nacionalidade, condição social ou econômica, possam desfrutar de uma vida de excelência, sem exclusões.

Assegurar a todos a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, sem qualquer tipo de discriminação, é um princípio que está em nossa Constituição desde 1988, mas que ainda não se tornou realidade para milhares de crianças e jovens: meninas e adolescentes que apresentam necessidades educacionais especiais, vinculadas ou não a deficiências (BRASIL, 2004). Seguindo esse mesmo contorno supracitado, esse estudo argumenta que a inclusão dos passos com deficiência, tem como propósito a garantia para todos de uma vida com qualidade, que assegure o pleno desenvolvimento na sociedade.

3 DEFICIÊNCIA AUDITIVA: O QUE É?

Um ser humano possui cinco sentidos, o que lhe permite diversas ações e, além disso, garantem a sua própria autonomia, pelo menos em ações básicas que permitem sua sobrevivência. Restringindo o sentido da audição, que é fundamental para uma boa convivência social, é necessário analisar em até que ponto a audição ou a falta da mesma pode interferir de maneira intensa nas questões da convivência social.

Vale ressaltar que qualquer distúrbio que atinja a normalidade da audição de um indivíduo, desconsiderando sua causa, tipo ou grau, é considerado uma deficiência auditiva. Segundo Marchesi (2004, p 172), "Qualquer alteração que afete o órgão da audição e a avia auditiva é considerado uma deficiência auditiva". A falta da audição traz uma série de limitações acerca do desenvolvimento do sujeito, dentre várias delas a mais importante é a interferência na sua oralidade, ou seja, sua linguagem. De acordo com Marchesi (2004), o tipo de surdez é dado através da localidade da lesão, sendo analisada através do ponto de vista médico que considera ela em três tipos.

Tabela 1 Tipos de surdez e suas principais características

TIPO DE SURDEZ	CARACTERÍSTICAS GERAIS
Surdez Condutiva ou de Transmissão	A zona lesada situa-se no ouvido externo ou no ouvido médio, o que impede ou dificulta a transmissão das ondas sonoras até o ouvido interno.
Surdez Neurosensorial ou de Percepção	A área prejudicada situa-se no ouvido interno ou na via auditiva para o cérebro. Esse tipo de surdez afeta tanto a quantidade quanto a qualidade da audição.
Surdez Neurosensorial ou de Percepção	Nesse tipo de surdez, tanto o ouvido interno ou a via auditiva quanto o canal auditivo externo ou médio são prejudicados. O tratamento da surdez mista decorre de cada um dos dois tipos que engloba.

Fonte: Marchesi, A. (2004, p. 172-174).

De acordo com Redondo e Carvalho (2000), é muito mais fácil identificar uma surdez profunda ou severa do que uma mais moderada ou leve. De qualquer maneira, uma criança que é extremamente quieta ou que não responde a qualquer estímulo auditivo já está demonstrando sinais de perda auditiva. O ideal é que a perda de audição seja identificada o quanto antes, porém, geralmente a descoberta só acontece quando a criança começa a frequentar o ambiente escolar. Vale acrescentar que sintomas como falar muito alto, pedir para que a pessoa repita o que falou, ouvir televisão em um volume consideravelmente alto podem ser sinais de que tem alguma coisa errada a respeito da audição.

Há várias formas de identificar se um indivíduo possui algum grau ou tipo de deficiência auditiva, Redondo e Carvalho (2000), destacam que quando uma criança é bem pequena, um teste chamado BERA (*Brain Stem Evoked Response*) pode ser realizado, com o intuito de avaliar a perda

da audição pela via auditiva. Se a criança já for mais velha e compreender o processo, podendo colaborar com o médico, pode-se realizar o teste audiométrico, que identifica o nível mínimo da audição.

Em qualquer situação, que apresente alguma dificuldade de ouvir os sons do ambiente em que frequenta, e as pessoas com quem se relaciona, é preciso que o indivíduo seja encaminhando para o médico especialista e um fonoaudiólogo, pois, os mesmos conseguem averiguar se a uma existência de perda auditiva e caso haja, o grau e o tipo dessa perda, os profissionais irão prescrever o melhor tratamento para o caso.

Somente os profissionais especializados são capazes de diagnosticar uma possível perda auditiva, além de analisarem cada caso de uma maneira singular, indicando as intervenções corretas e necessárias. Redondo e Carvalho (2000) afirmam que o diagnóstico de maneira rápida permite que a família seja orientada desde o início, recebendo diversas informações de alguns profissionais como: médico, fonoaudiólogo e psicólogo com o total apoio no desenvolvimento da criança. Dessa maneira, o descobrimento do nível da gravidade da deficiência ocorrerá de forma mais rápida podendo buscar terapia o quanto antes.

É importante dizer que a maioria das famílias ignoram os sintomas e passam a usar técnicas e medicamentos caseiros com o objetivo de reverter esse quadrante. Esses procedimentos realizados em casa podem prejudicar de forma considerável o indivíduo, retardando ou aumento o nível do caso, algumas receitas até podem funcionar mais só em casos de pouquíssima gravidade, porém, o melhor a se fazer é procurar um especialista.

3.1 A lei de cotas sob o prisma da legislação brasileira

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146) possui o objetivo de assegurar e promover, as condições de igualdade em relação a direitos e liberdades de pessoas com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania. Essa lei possui como base a Convenção a respeito dos Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, que são fortalecidos pelo Congresso Nacional no Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2006, que entra em comum acordo com o procedimento estabelecido no 17º § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que entrou em vigor no Brasil, no plano jurídico, desde 31 de agosto de 2009, data de início da sua vigência no plano interno. Em seu Art. 2º, define e delimita:

A pessoa com deficiência como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015, p. 17).

Dessa forma, existem alguns critérios, caso haja necessidade de uma avaliação acerca da deficiência, a pessoa que possui a mesma será submetida a caráter biopsicossocial, que é realizado por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar que aborda os seguintes critérios:

I- Os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo.

II- Os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais.

III- A limitação no desempenho de atividades.

IV- A restrição de participação.

Segundo Neto e Lino (2017, p 183) o modelo biopsicossocial pode ser considerado:

Adotou-se o modelo de análise do conceito de pessoa com deficiência exclusivamente médica lastreado em limitações físicas, passo seguinte se adotou o modelo social, cujo enfoque era a opressão social sofrida pelas pessoas com deficiência, e atualmente, o modelo utilizado é o biopsicossocial, analisando-se a pessoa com deficiência por intermédio de perícia médica e social, conjugando a análise dos impedimentos corpóreos de longo prazo frente às barreiras sociais, ambientais e atitudinais existentes.

De acordo com o Art. 3º da Lei nº 13.146/2015 (p 19-27), para que uma lei consiga ser aplicada, é necessário a realização de alguns ajustes no sistema de uso e compartilhamento comum entre usuários, sendo pessoas portadoras de deficiências ou não. Para que a aplicação aconteça os sistemas usados como base são:

I- **Acessibilidade:** possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (BRASIL, 2015, p. 19-27).

Segundo a Associação Brasileira de Normas e Técnicas a acessibilidade é entendida como a possibilidade e condição de alcance na utilização, com uma boa segurança e autonomia. Dessa maneira, a acessibilidade é o espaço que pode ser utilizado por qualquer indivíduo sem levar em consideração se o mesmo possui ou não algum tipo de deficiência.

O Decreto nº 5.296 de 2004 busca apresentar o Desenho Universal como uma concepção de espaço, artefatos e produtos que possam ser utilizados por todas as pessoas independentes das suas características antropométricas e sensoriais, de uma forma autônoma, confortável e segura. Vale dizer que o Desenho Universal é como uma regulamentação de estruturas que são projetadas e construídas para conseguir acomodar vários usuários, com exclusividade os que possuem deficiência, com o objetivo de aumentar a utilidade para todos. A respeito do que pode ou não ser considerado como deficiência no Brasil o Decreto nº 5.926/04, em seu artigo 3º determina uma pessoa deficiente a partir de:

I- **Deficiência** - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II- **Deficiência permanente** - aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III- **Incapacidade** - uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber, ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Para que o deficiente consiga se incluir na cota da empresa é necessário que o mesmo seja avaliado por um médico do trabalho. Por um laudo, é descrito quais os limites e graus de comprometimento do indivíduo, determinado dentro dos critérios da Lei de cotas. Existe os tipos de deficiências que se enquadram na Legislação e elas são determinadas pela legislação (BRASIL, 2021)

- Deficiência visual: como cegueira e baixa visão
- Deficiência Auditiva: bilateral, parcial ou total de audição.
- Deficiência Física: completa ou parcial
- Deficiência Intelectual:
- Autismo:
- Mobilidade reduzida:

De acordo com a lei 13.146/2015 quando necessária a avaliação de deficiência será a biopsicossocial que é realizada por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar que levará em consideração:

- I- Os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II- Os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III- A limitação no desempenho de atividades; e
- IV- A restrição de participação.

Para que as deficiências consigam ser caracterizadas é necessário uma deficiência medicamente perceptível que se encaixe nas definições da Organização Internacional do Trabalho.

A respeito do deficiente auditivo inserido no mercado de trabalho é necessário que as empresas se adaptem para recebê-los, como está regido na legislação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Há diversos motivos, que levam as empresas a colocarem em pauta a aplicação da acessibilidade, dentre vários motivos os principais são: benefícios da marca, oportunidade de negócio e multas pelo descumprimento das leis que estão regidas no Estatuto da Pessoa com deficiência e Lei de cotas.

Hodiernamente, há uma constante transformação social no trabalho, e o jeito que as pessoas com deficiência são tratadas é muito relevante e por isso é de suma importância que os sistemas de proteção social adaptativos estejam presentes, pois, os mesmos permitem que o deficiente consiga participar positivamente no trabalho. De acordo com a Fundação ONCE e a Rede Global de Empresas com Deficiência da OIT (2021, p.37) existe vários envolvidos e suas aplicações e os mesmo serão descritos a seguir:

- **Empresa:** deve aplicar o princípio do *mainstream* (inserção na coletividade geral) com a abordagem de Desenho Universal em produtos e serviços desde o início, envolvendo pessoas com deficiência em todas as etapas.
- **Autoridade Pública:** deve apoiar a inovação e P&D (pesquisa & desenvolvimento) acessíveis e promover a legislação e compras públicas m prol do Desenho Universal e proteja contra discriminação no projeto de novos produtos e serviços.
- **Sindicatos:** devem ampliar a consciência sobre a importância da abordagem de Desenho Universal.
- **Universidades:** devem incluir o Desenho Universal no formato e no conteúdo do treinamento a ser prestado e nos projetos de pesquisa asserem desenvolvidos.

A Fundação ONCE juntamente com a Rede Global de Empresas e Deficiência da OIT (2021, p.38) mostra a aplicação das tecnologias assistivas, que devem estar disponíveis para os agentes envolvidos, para que os mesmos estejam à disposição das pessoas com deficiência.

- **Empresa:** devem fornecer tecnologias assistivas relevantes como uma forma de adaptação razoável, solicitadas por trabalhadores no local de trabalho.
- **Autoridade Pública:** devem disponibilizar verbas e assistência técnica para tecnologias assistivas no local de trabalho como adaptações razoáveis, com atenção especial às pequenas e médias empresas. Devem introduzir subsídios para pesquisa & demonstração em tecnologias.

- **Sindicatos:** devem apoiar a provisão de tecnologias assistivas para pessoas com deficiência no local de trabalho.
- **Universidades:** devem fomentar a pesquisa e demonstração em tecnologias assistivas.

De acordo com todos os objetivos apresentados, é possível compreender que é um direito a inclusão das pessoas com deficiência em qualquer ambiente ou tomada de decisões que de alguma forma mude o futuro do trabalho. Nos estudos de Santos, Vieira e Faria (2021, p. 03) tem-se que:

Ao serem questionados sobre as razões que motivaram os profissionais de recursos humanos a contratar pessoas com deficiência auditiva para ocupar o quadro de funcionários, nove entrevistados responderam que tal fato se deve à tentativa de cumprir a determinação do Ministério Público do Trabalho. Dois entrevistados responderam que essa ação tem como objetivo a promoção da inclusão social.

A respeito de todos os objetivos apresentados para inclusão de pessoas com deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência diz que:

A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais. Em seu inciso § 1: As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos (BRASIL, 2021).

Dessa maneira, se tratando das adaptações no âmbito de trabalho, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pode-se considerar que:

Como ambiente de trabalho acessível deve ser considerado aquele que não impõe qualquer espécie de barreira ao deficiente, seja, por exemplo, de ordem arquitetônica, a frustrar sua liberdade de locomoção, seja de cunho tecnológico, a impedi-lo de ter acesso a conhecimentos técnicos e científicos. Deve-se privilegiar, ainda, a promoção de um ambiente de trabalho inclusivo, isto é, algo que inclua o deficiente em seu espaço de trabalho, ao invés de segregá-lo a locais específicos, isolado dos demais colegas que não possuem qualquer tipo de deficiência (CUNHA; FARIAS; PINTO, 2016, p.130).

Vale ressaltar que no Art 37, seção III, da inclusão da Pessoa com deficiência no Trabalho, é falado de que o modo que a inclusão da pessoa com deficiência deve acontecer de maneira igualitária em relação as oportunidades e além disso, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária é descrito que as regras de acessibilidade devem ser integradas juntamente com o fornecimento de matérias tecnológicos assistivos e a adaptação dentro do ambiente de trabalho.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu analisar a dificuldade da inclusão das pessoas com deficiência auditivas dentro do mercado de trabalho mostrando os desafios enfrentados e suas conquistas. Desta forma, para alcançarem suas metas e superarem obstáculos, os deficientes auditivos precisam, então, desde a gestação, de pessoas que cuidem deles, com dedicação e amor para estimular e para que o mesmo esteja apto para trabalhar no seu dia a dia com todo seu desenvolvimento intelectual, psicomotor e cognitivo.

Para isso, é preciso que haja uma parceria entre todos que atuam no processo de desenvolvimento do indivíduo com deficiência auditiva com todos os cuidados essenciais. Assim, também é preciso que haja união entre poderes políticos, sociais e educacionais para que as crianças com necessidades especiais sejam incluídas na sociedade estimulando-a a ser incluída no mercado de trabalho, tendo a possibilidade de desenvolvimento pessoal diante de sua adversidade.

Somente desta forma, ela terá os direitos garantidos com o total apoio dos fatores de proteção citados. É de suma importância que as empresas sigam toda a legislação citada anteriormente, conseguindo promover para a pessoa com necessidade especial um ambiente onde o mesmo não seja deixado de lado só por causa da sua deficiência.

Conclui-se que quando o indivíduo com deficiência auditiva está inserido em ambientes e relações que validem sua opinião os mesmos podem estabelecer e aprimorar suas relações interpessoais e desenvolvimento. Dessa forma, o processo de inseri-lo no mercado de trabalho seria mais eficaz e o mesmo conseguiria exercer seu direito de viver como qualquer indivíduo comum.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 5.296 de 2004**. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br>>. Acessado em: 06.08.2022.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência**. Centro de Documentação e Informação. Edições Câmara: Brasília, 2016.

BRASIL. **Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa Com Deficiência** – SNDPD. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 15.08.2022.

CRUZZETA, Fernanda. **A inclusão de pessoas com deficiência auditiva no mercado de trabalho: um estudo de caso** - 2012. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br>>. Acesso em: 16.nov.2022.

CUNHA, R. S.; FARIAS, C. C. de; PINTO, R. B. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIGIROLAMO, F. P. **Sexualidade da pessoa com deficiência pós ratificação da Convenção da ONU**. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE SAÚDE: DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, 1., 2010, Brasília. Anais [...]. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

DONADUZZI, A. FERTIG, R. P. **Fundamentos da educação especial**. Blumenau: Edifurb; Gaspar: Sapience Educacional, 2008

FUNDAÇÃO ONCE E REDE GLOBAL DE EMPRESAS E DEFICIÊNCIA DA OIT. **Tornando inclusivo o futuro do trabalho das pessoas com deficiência**. Santa Causa Boas Ideias & Projetos. São Paulo, 2021.

GALETTO, Anielly Aparecida Kops. **A inclusão de educandos surdos no espaço escolar**: um estudo de caso. Ensaio pedagógico. Revista Eletrônica do Curso de Pedagogia das Faculdades OPET, jun. 2016.

JUNIOR, M.C.M.L. **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil**. Brasil: Secretária de Direitos Humanos, 2010.

MARCHESI, A. Desenvolvimento e educação das crianças surdas. In.: Coll, C. MARCHESI, A. PALACIOS, J. e colaboradores. Tradução: Fátima Murad. 2. ed. **Desenvolvimento psicológico e educação: transtornos de desenvolvimento e necessidades educativas especiais**. Volume 3. Porto Alegre: Artmed, 2004.

NETTO, J. P. P.; LINO, L. J. de O. **Análise do conceito constitucional e biopsicossocial da pessoa com deficiência visual**: as especificidades da visão monocular. Res Severa Verum Gaudium, v. 3, n. 1, Porto Alegre, p. 183-213, mar. 2017.

REDONDO, M.C. da F. CARVALHO, J.M. **Deficiência Auditiva**. Brasília: MEC. Secretaria de Educação a Distância, 2018.

SANTOS, Thalita Mara Santos; VIEIRA, Lídia Cristiane Vieira; FARIA, Cleyciane Alves Faria. **Deficiência auditiva e mercado de trabalho**: uma visão de empregadores da cidade de Uberlândia-MG - 2021.

SILVA, C.M.; ALMEIDA, L.; ALMEIDA, J.S. **Perturbações do espectro do autismo: um estudo qualitativo das percepções das mães sobre o apoio disponibilizado em uma escola particular, cidade de Manaus/AM**. In: ULHOA, J.B.R. Ciências Biológicas e da Terra: princípios fundamentais (Volume II). Piracanjuba-GO, Editora Conhecimento Livre, 2020.

UNESCO. **Declaração de Salamanca e Linha de ação sobre necessidades educacionais especiais**. Brasília: Corde, 1994

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA PRISÃO DOMICILIAR E A INEFICÁCIA DA PERSECUÇÃO

RAINARA SOUSA LIMA:
Graduando do Curso de Direito
do Centro Universitário
FAMETRO.

RESUMO: O presente estudo busca promover uma análise acerca da Audiência de custódia e a ineficácia durante o processo. Durante a pesquisa é abordado que a audiência de custódia é prevista em tratados internacionais como A convenção Europeia a convenção Americana de Direitos Humanos, na resolução 213/2015, em si a audiência de custódia refere-se ao processo de oitiva do preso em flagrante por uma autoridade judicial posteriormente a sua prisão. Diante de tal perspectiva, uma análise dentro âmbito prisional brasileiro com uma observância nas ineficácias e consequências da aludida. Por fim, comenta-se que a significância da medida como uma adequação aos tratados internacionais a respeito dos direitos fundamentais e humanização.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência, Prisão, Domiciliar, Direito.

ABSTRACT: This study seeks to promote an analysis about the custody hearing and ineffectiveness during the process. During the research it is discussed that the custody hearing is provided for in international treaties such as the European Convention, the American Convention on Human Rights, the resolution 213/2015, in itself the custody hearing refers to the hearing process of the person arrested in flagrante delicto by a judicial authority after his arrest. Given this perspective, an analysis within the Brazilian prison environment with an observation on the inefficiencies and consequences of it. Finally, it is commented that the significance of the measure as an adequacy to international treaties on fundamental rights and humanization.

KEYWORDS: Court hearing. Home prison. Right.

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro apresenta, já há alguns anos, vários problemas, desde a superlotação, a falta de estrutura física e de pessoal, a não observância aos direitos do preso, dentre outros, o que compromete sobremaneira a ressocialização do indivíduo, fim precípua da pena privativa de liberdade. Em relação à superlotação, trata-se de problema que assola todo o país, sendo o número de vagas insuficiente, o que se agrava em virtude do grande número de presos provisórios, ou seja, aqueles que se encontram recolhidos no curso de uma investigação ou processo judicial.

Dessa maneira, tal situação vem corroborando para a busca de alternativas não apenas quanto aos presos definitivos, mas também em relação aos presos provisórios, ou seja, aqueles recolhidos à prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Sendo assim, A audiência de custódia na prisão domiciliar, é medida que compromete a eficácia da persecução penal, devendo ser evitada pelos magistrados?

Para responder o questionamento apresentado esse estudo elencou como objetivo geral: Analisar a efetividade da audiência de custódia na prisão domiciliar no que tange a realização das investigações e instrução processual, haja vista a impossibilidade de efetivo monitoramento do investigado. Onde o mesmo foi dividido nos específicos: Descrever os princípios processuais constitucionais inerentes à aplicação da audiência de custódia; compreender as espécies de prisões no ordenamento jurídico brasileiro; ressaltar os deveres e responsabilidade do Estado na garantia dos direitos fundamentais do acusado e contra a prisão ilegal.

O legislador, no afã de estabelecer alternativas à prisão, vem instituindo medidas nas últimas décadas, a exemplo das cautelares introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 no Código de Processo Penal, que buscam substituir a prisão. Dentre tais institutos se encontra a prisão domiciliar, que se difere do instituto regulamento na Lei de Execução Penal, seja quanto à sua finalidade, seja quanto aos requisitos para a concessão. Ao presente estudo interessa, portanto, a prisão domiciliar regulamentada no Código de Processo Penal.

A prisão domiciliar, regulamentada nos artigos 317 e seguintes do Código de Processo Penal, consiste, em suma, no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar com autorização judicial. E o art. 318, por sua vez, trata da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, permitida nas hipóteses dos incisos I a VI, enquanto o art. 318-A regulamenta especificamente a prisão domiciliar em substituição à preventiva para a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência.

Por fim vale dizer que, o presente trabalho trata-se de um estudo descritivo, do tipo revisão bibliográfica, a escolha dessa metodologia se deu, com base no conhecimento atual sobre uma temática específica. "Isso porque a revisão bibliográfica" pode ser conduzida de modo a identificar, analisar e sintetizar resultados de estudos independentes sobre o mesmo assunto, contribuindo, para uma possível repercussão a respeito da audiência de custódia na prisão domiciliar e a ineficácia da persecução penal.

2 UM OLHAR PRÉVIO SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA PREVISÃO LEGAL

A audiência de custódia se trata de uma ação do Conselho Nacional de Justiça na qual um cidadão preso em flagrante é levado até um juiz dentro do prazo de 24 horas. Com o acompanhamento de um advogado ou defensor público, o mesmo será ouvido, pelo próprio juiz, que tem como objetivo definir acerca do relaxamento da prisão ou conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva. Nesse sentido, Caio de Paiva conceitua que:

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2022, p. 258).

Tem-se ainda:

Trata-se de uma ação do Conselho Nacional de Justiça mediante a qual o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o autuado será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão (CNJ, 2021, p. 05).

Entre as espécies de prisões apresentadas na audiência de custódia, tem-se:

- a) Prisões processuais decorrentes de mandado de prisão (temporária, preventiva e condenação em segundo grau);
- b) Prisões em flagrante (art. 302 do CPP).

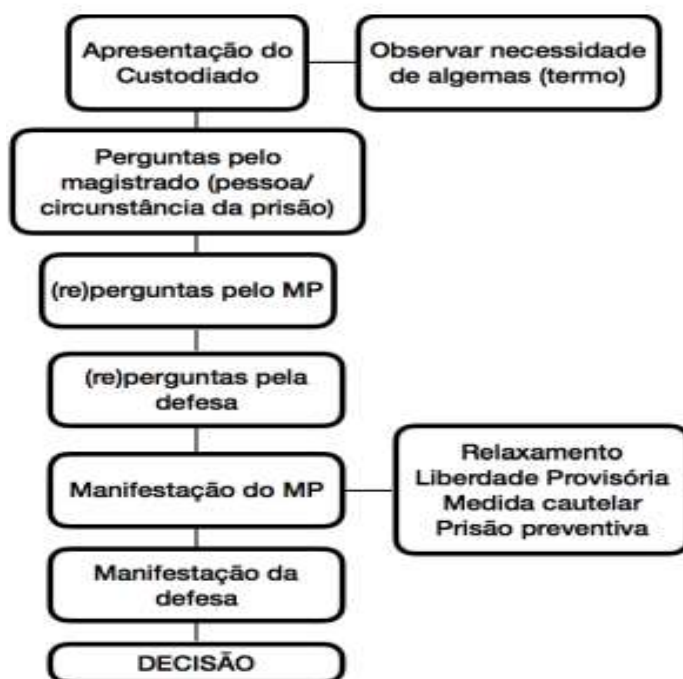
A Resolução prevê que a apresentação ocorra no prazo de 24 horas da efetivação da constrição, independente da modalidade de prisão, notar:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. (Destacado).

(...)

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução. (Realçado).

Segue um escopo da ritualística:



Fonte: CNJ, 2021.

Além disso, vale ressaltar que o juiz ainda definirá se a prisão preventiva pode ser trocada pela liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e ainda ademais o mesmo ainda vai adotar, se for o caso, medidas de cautelas como: monitoramento eletrônico, e apresentação periódica em juízo. Além de determinar, ainda, a realização de exames médicos com o intuito de apurar fatos, no caso de maus tratos ou abusos policiais durante a execução do ato de prisão.

A audiência de custódia tem por escopo assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado. Ela garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com isso, evitam-se prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros. Finalmente, audiências de custódia permitem conhecer e tomar providências diante de possíveis casos de maus-tratos e de tortura (CNJ, 2021, p. 05).

Em si a audiência de custódia tem como intuito assegurar o respeito dentro dos direitos fundamentais da pessoa submetida a prisão, por meio de apreciação mais correta e adequada de prisão antecipada pelas agências de segurança pública do Estado. Vale salientar, ainda, que ela garante a presença física do autuado em flagrante ao juiz, além do seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes do acontecimento de deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Como alguns resultantes da prisão preventiva se tem que as prisões desnecessárias são evitadas, o que interfere de maneira positiva nas superlotações carcerárias e os gastos que ocorrem devido a manutenção de presos provisórios de maneira indevida acabam caindo. Por fim, vale dizer que a mesma, hodiernamente, permite o conhecer e tomar providência a respeito de possíveis casos de maus tratos e torturas, com relação ao estado do Amazonas, tem-se que:

O estado do Amazonas poderá ter uma economia de cerca de R\$ 27 milhões por ano com a realização das audiências de custódia, estima o presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski. Segundo ele, o projeto Audiência de Custódia permite ao juiz manter encarceradas apenas pessoas que representam ameaça à sociedade, com reflexos positivos como a redução da superpopulação carcerária e também dos gastos com a custódia dos presos (CNJ, 2021, p. 67).

A audiência de custódia está prevista em diversos tratados e convenções internacionais, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades essenciais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis, políticos e também a Convenção Americana acerca de Direitos humana popularmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. No Art. 5 a convenção Europeia de Direitos humanos que entrou em vigor em 1953, determina a realização de um procedimento como audiência de custódia que diz:

Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo

Dentro desse mesmo contexto, no Art. 9 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que qualquer preso ou encerrado de infração penal deve ser conduzido, sem nenhuma esperam, ao juiz ou autoridade habilitado por Lei a exercer funções judiciais. O pacto entrou em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992 e teve seu cumprimento no Decreto de 592.

A convenção Americana em 1992 foi promulgada no Brasil pelo decreto n. 678 no dia 6 de novembro. Dentro do documento se têm 81 artigos, além disposições transitórias com o objetivo de estabelecer direitos fundamentais, como o direito à vida, liberdade, integridade pessoal, dignidade, moral, educação dentre outros.

De acordo com uma verificação de Aury Lopes, em diversos precedentes a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) destaca que o controle judicial imediato que proporciona a audiência de custódia e possui o intuito de evitar prisões arbitrárias e ilegais. A corte compreendeu que a comunicação da prisão ao juiz é insuficiente, na medida em que o simples conhecimento pela parte de um juiz de que um indivíduo esta detido não satisfaz essa garantia, já

que o detido comparece pessoalmente e rende sua declaração ante o juiz ou autoridade competente (CORTE IDH, 2005).

Como uma forma de seguir essa normativa no ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) juntamente com o Ministério de Justiça e o TJSP lançou o projeto Audiência de custódia com a Resolução 213, de 15.12.2015, dispondo acerca da apresentação de todo indivíduo preso à autoridade judicial dentro de 24 horas, a respeito da comunicação do juiz flagrante ao juiz competente, para que a mesma seja ouvida.

O mesmo dispositivo do CNJ descreve em seu Art.13 que o mesmo procedimento deve ser assegurado aos sujeitos presos em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva. Sendo assim, ressaltando a necessidade de mandados que conterem a determinação do indivíduo a uma autoridade judicial.

A resolução do CNJ descrita, dentre outras motivações levaram a decisão proferida no dia 3 de setembro de 2015, em sede liminar, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Essencial 347 do Supremo Tribunal Federal (STF). Segundo a ADPF:

(...) Determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (...)

Conquanto todo respaldo normativo, a consolidação efetiva da Audiência de Custódia ainda é controversa. Quanto a sua normalização no ordenamento brasileiro, ainda cabe aguardar o trâmite do PLS 554/2011, que tem o intuito de alterar o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). O projeto tem a finalidade de determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso a autoridade judicial. Segundo a nova redação presente no Projeto de Lei de Emenda ao Art. 206 do Código de Processo Penal:

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do Juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária,

Porém de acordo com a constatação de Eugenio Pacelli, a audiência de custódia não se trata de uma norma absolutamente estranha ao direito brasileiro já que no Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) se têm uma idêntica determinação no seu Art 236. Além disso, está presente no Estatuto da Criança e do Adolescente uma regra semelhante que exige a apresentação do menor após a sua detenção.

Segundo um relatório de junho de 2022, divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, cerca de 726.712 pessoas estavam privadas de liberdade no Brasil. Dentro desse cenário, é visível que o sistema prisional é dramático quando se observa o crescimento exacerbado de pessoas encarceradas em pouco tempo, onde a condição de superlotação é uma certeza. A condição apresentada atinge de maneira direta os direitos individuais e se distancia muito da perspectiva humanizada da pena aspirada no sistema punitivo atual.

Os problemas pressupostos se dão por causa de diversos fatores, em especial das prisões cautelares, onde a inobservância de princípios regradados desses institutos, tais como o da excepcionalidade que está descrito no Art. 282, §6º do Código de Processo Penal, que diz que a prisão preventiva deve ser o último meio utilizado, devendo ser aplicado anteriormente, sempre que for possível, outras medidas cautelares cabíveis.

2.1 Medidas cautelares, prisão e liberdade provisória

A audiência de custódia é compreendida como a apresentação do preso em flagrante a alguma autoridade policial, a luz disso é de suma importância a conceituação aos institutos relacionados a mesma. Os institutos são compostos por: Prisão em Flagrante, Prisão Preventiva, Prisão Domiciliar, as medidas cautelares diversas da prisão e a liberdade provisória, no qual, as mesmas são as opções conferidas ao juiz e devem ser aplicadas após a análise do flagrante, caso esteja considerado legal.

Vale ressaltar, que a prisão preventiva não é somente a única possibilidade de prisão cautelar. Dessa maneira, têm-se a prisão temporária, que em si é uma custódia provisória com uma finalidade de acautelar as investigações policiais. No entanto, não é necessária uma abordagem mais profunda da mesma, pois na atual perspectiva não se prevê audiência de custódia para esse instituto.

2.2 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é denominada a modalidade de prisão cautelar que ocorre no mesmo instante que a infração penal está acontecendo ou pouco tempo depois de acontecer, exigindo apenas que o fato pareça ser típico, sendo prescindível a valoração à ilicitude ou a culpa. De acordo com Nucci, o fundamento da prisão em flagrante reside na possibilidade de se reagir rapidamente a um delito em andamento, sem que tenha necessidade de análise prévia de um juiz.

No caso de prisão decorrente de estado de flagrância (art. 302 do CPP7), a autoridade judicial a terá total amplitude quanto à decisão a ser tomada, nos termos do art. 310 do CPP8 e artigos 8º e 9º da Resolução CNJ 213 de 2015, podendo:

- Relaxar a prisão, se entender ilegal (art. 5º, LXV da CF);
- Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança;

- Aplicar medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP);
- Converter o flagrante em prisão preventiva, se presentes as hipóteses do art. 312 do CPP (art. 310, II do CPP).

Sendo assim, a prisão em flagrante tem a suma finalidade de impedir que uma ação criminosa se consuma, em caso de estar sendo praticada, ou atinja o exaurimento, caso tenha acontecido a pouco tempo. Ademais, a mesma ainda permite o acolhimento de provas de forma imediata, o que acaba favorecendo de maneira positiva ao esclarecimento dos fatos o que auxilia a persecução criminal. Segundo o Art. 301 do Código Penal: “qualquer pessoa do povo pode efetuar o flagrante, no que se denomina flagrante facultativo. Já as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de efetuar a prisão, sendo obrigatório o flagrante”.

Sendo assim Nucci (2014, p. 125) ainda salienta que: “quando qualquer do povo efetua a prisão, está amparado pela excludente de ilicitude do exercício regular de direito. Já o policial age sob o estrito cumprimento do dever legal”. Dessa maneira, o Código Penal, no Art. 301, elenca três tipos de flagrante, conceituados pela doutrina de flagrante próprio ou perfeito, flagrante impróprio ou imperfeito e flagrante presumido.

2.3 Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma ação que priva a liberdade do indiciado, obedecendo certos requisitos legais, com o intuito de garantir a efetividade do processo, a mesma não possui um prazo máximo, que se prolonga enquanto tiver necessidade, mas a sua duração deve ocorrer em um tempo razoável respeitando a proporcionalidade.

Para que a prisão preventiva aconteça deve haver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, além disso, deve ter pelo uma das diversas situações descritas no Art. 312 do CCP, que de acordo com Nucci (2014) são: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

2.4 Prisão domiciliar

A prisão domiciliar é uma conjectura de cumprimento da prisão preventiva em casa, quando o agente preenche ao menos um dos requisitos que estão prescritos no Art. 318 do CCP:

- a) maior de 80 anos;
- b) extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- c) imprescindível para os cuidados de pessoa menor de seis anos ou deficiente;
- d) gestante;
- e) mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

f) homem que seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos

Segundo o parágrafo único do mesmo Art., para que aconteça a substituição, se deve apresentar prova idônea das situações pressupostas. Nas palavras de Nucci é dito que o juiz tem a faculdade de autorização acerca da substituição, onde o mesmo deve avaliar o caso concreto. Vale dizer, ainda, que como medida substitutiva da prisão preventiva a prisão domiciliar deve obedecer aos requisitos e princípios da mesma.

2.5 A eficiência e as consequências da audiência de custódia

Em si o sistema processual penal vigente prevê um mecanismo de controle acerca da legalidade da prisão, ao exigir a comunicação ao juiz dentro de 24 horas. É visível que a ideia de que não há nenhuma necessidade de que o preso seja apresentado pessoalmente ao juiz, porém, a sua presença física não altera os requisitos que são essenciais da prisão preventiva, caso presente.

De maneira muito contrária, com o incremento de audiências a respeito da pauta dos juízes criminais, haverá pouco tempo, para que haja uma dedicação ao julgamento dos processos criminais, que de maneira inevitável será cada vez mais atingido pelo instituto da prescrição. De maneira contrária a essa medida, é verificada outras medidas mais eficientes e quiçá com onerosas diminuídas em relação ao aparato estatal, um exemplo disso é o monitoramento em viaturas policiais ou delegacias, além da obrigatoriedade da defensoria pública, de maneira em que haja um acompanhamento do preso em relação a atuação em flagrante, com o intuito de resguarda os direitos da pessoa presa.

Vale ressaltar que durante o julgamento da ADPF nº 347 pelo STF, na qual a mesma serviu de inspiração para a resolução que trata acerca das audiências de custódia, vale destacar que as audiências se fazem necessárias porque há uma cultura no Brasil, violadora dos direitos humanos, na qual não é correta, porque de acordo com dados do CNJ, há cerca de 600 mil pessoas presas. Vale dizer que o Brasil é o quinto país mais populoso com cerca de 200 milhões de habitantes, isso significa que 0,3 da população brasileira está em cárcere, daí a relevância de se institucionalizar o juizado de garantias.

3 BREVE RESUMO DA COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO INSERIDO PELA LEI 13.964/2019

O legislador, com a Lei 13.964/2019, trouxe diversas inovações ao direito processual penal brasileiro, sendo uma dessas mudanças a criação do juiz das garantias que visa satisfazer os anseios de um sistema jurídico processual penal mais imparcial por parte do juiz que vai proferir a sentença condenado ou absolvendo o acusado, tradicionalmente o juiz que participa da investigação preliminar será aquele que no final irá decidir o processo, corrigindo tal vício o juiz das garantias.

De acordo com o Art. 3º-B do CPP, surgiu como garantidor de direitos fundamentais do acusado e responsável pelo controle da legalidade na fase de investigação dentro da persecução

penal, em conformidade com o que prescreve o art. 5º da Constituição Federal de 1988, elencadas em seus incisos. As atribuições do Juiz das Garantias estão elencadas a partir do Art. 3º do Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (BRASIL, 1941), na qual devido as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019 passa a vigorar da seguinte maneira:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 3º-B. 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, competindo-lhe especialmente:

I - Receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;

II - Receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - Ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - Decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - Prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - Determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - Requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

- a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
- b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônicos;
- c) busca e apreensão domiciliar;
- d) acesso a informações sigilosas;
- e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - Assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada”

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixam na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição 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.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos artigos 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.

Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

Vale destacar que a figura do Juiz das Garantias é um instituto novo no Brasil, porém já aplicado por vários países da América Latina, tais como; Chile, Argentina, Uruguai, dentre outros. Como também em países da Europa, como Alemanha França, Itália, e nos Estados Unidos, o Juiz

das Garantias surgiu como uma das finalidades do sistema processual penal brasileiro, instituir na prática o sistema acusatório adotado no Brasil de forma expressa, no art. 3º da Lei 13.964/2019.

3.1 Processo de modernização do poder judiciário para acompanhar a dinâmica legislativa e a figura do juiz das garantias no sistema judiciário brasileiro

Não há de se negar a importância de uma remodelagem na estrutura do poder judiciário brasileiro, para ter êxito na adequação de certas medidas, como é o caso do implemento do juiz das garantias no Código Processo Penal brasileiro, inserida pelo conhecido popularmente de Pacote Anticrime, Lei 13.964/2019.

Voltando há alguns anos a lei 11.419/06 dispõe sobre a informatização do processo judicial, mencionando em seu art. 14 “Os sistemas a serem desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores, priorizando-se a sua padronização”. Podendo ser considerada a primeira medida efetiva de modernização do Poder Judiciário. O CNJ, por meio de Resoluções traçou planejamentos estratégicos e para disciplinar determinados temas específicos.

Em março de 2009, O CNJ aprovou a Resolução n. 70, que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica do Judiciário. A resolução norteia o planejamento em 15 objetivos estratégicos distribuídos em oito temas específicos, entre eles, infraestrutura e tecnologia. Essa área de atuação do CNJ visa prover os recursos materiais e tecnológicos (instalações, mobiliários, equipamentos de informática) que permitam o bom desempenho do CNJ, garantindo aos Conselheiros, Magistrados e Servidores condições de saúde e segurança, além da proteção e manutenção dos sistemas.

Além disso, a modernização do Judiciário também prevê o nivelamento da tecnologia da informação e Comunicação dos Tribunais de acordo com a Resolução n. 90 e o planejamento nacional de tecnologia da informação e comunicação do Poder Judiciário Resolução https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/99_planejamento_estrategico_tic.pdf nº 99, um instrumento de orientação, o qual, por meio de uma metodologia, estabeleça ações de aquisições, manutenção, revisão, implementação e implantação de soluções de tecnologia da informação para os próximos anos (BRASIL, 2020).

É quase unanimidade no Brasil que a justiça é lenta, contribuindo com a impunidade em crimes principalmente cometidos por organizações criminosas por possuírem condições financeiras para se valer dos diversos recursos possíveis para se chegar nas instâncias superiores, levando muitas das vezes na prescrição do crime devido à demora no julgamento do processo em definitivo pelo juiz.

Para o ex-ministro, o grande impasse da eficácia dessa medida seria pelo fato de que 40% das comarcas do país têm somente um juiz. O dado exposto pelo ex-ministro é pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Entretanto, o próprio CNJ informa que essa informação não procede, haja vista que de acordo com o relatório “Justiça em Números” do ano de 2019 há apenas as informações referentes à quantidade de comarcas com um juízo único, mas que pode haver mais de um magistrado trabalhando no local. De acordo com o levantamento, em 33,6% dos municípios e em 69% das comarcas há juízos únicos. Uma comarca pode abranger mais de um município (ARAS, 2020, p. 12).

De acordo com a Agência Câmara de Notícias, tramita na câmara dos deputados o Projeto de Lei 3.479/2021, obrigando o poder judiciário a implementar o instituto do juiz das garantias no prazo de cinco anos, após a realização das alterações legais necessárias e provisões orçamentárias.

Para a deputada Cezinha de Madureira, autora do projeto de lei, reconhece que dependendo da região do País o judiciário possui realidade estrutural totalmente diferente, o que torna inviável a implantação do juiz das garantias. Pois em suas palavras conforme Aras (2020), “estas adversidades não comprometem a viabilidade da implementação do juiz das garantias, desde que feita de forma planejada e particularizada, o que requer tempo e serenidade” (p. 15).

4 CONCLUSÃO

Uma luz do que foi exposto é visível que a aplicabilidade da audiência de custódia é necessária como um meio de proporcionar a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. Quando ocorre a possibilidade de uma análise mais pormenorizada e contato direto do encarcerado com o juiz, é promovida uma maior humanização do processo penal.

Além disso, o instituto de certa forma é uma medida inovadora para a atenuação do problema que existe no sistema prisional do Brasil, em especial na superlotação carcerária. Tendo em vista que o procedimento permite uma avaliação mais específica acerca das circunstâncias do caso concreto, oportunizando o estabelecimento das medidas cautelares alternativas a prisão quando são cabíveis e o relaxamento de prisões caracterizadas como ilegais.

Prescritas hodiernamente na resolução do CNJ e constante no PLS, as audiências de custódia aparece em diversos tratados, com o principal objetivo de garantir a dignidade humana e efetivação de direitos humanos. Mesmo que de maneira muito tardia a implementação da audiência de custódia apresenta resultados satisfatórios.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25.set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão. DJ: 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 de setembro de 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 554 de 2011**. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25 setembro.2022

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 de setembro de 2022

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** Atualização - Junho de 2022. p.8. Disponível em: <<http://depen.gov.br>>. Acesso em: 04 de novembro de 2022.

CNJ. **Resolução nº 213**, de 15 de dezembro de 2015. Atos Administrativos. Art. 1º. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 20 de setembro de 2022.

CNJ. **Resolução nº 213**, de 15 de dezembro de 2015. Atos Administrativos. Art. 13. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 20 de setembro de 2022

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

CORTE, IDH. **Caso Acosta Calderón vs. Equador**. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 24/06/2005, § 78. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso: 28 de agosto de 2022.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia De Direitos Humanos (Considerando a **Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas** em 10 de dezembro de 1948). Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em: 05 de agosto de 2022

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2022.

PAIVA, Caio. Na Série "**Audiência de Custódia**": conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em: <<http://www.justificando.com>>. Acesso em 30 de outubro de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL: A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

LARINE DE CARVALHO SOUSA:

Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

MARYNNA HYANNA DA SILVA MELO⁸

(coautora)

ANDRÉIA NÁDIA LIMA DE SOUSA PESSOA⁹

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem por abordagem o estudo da atrofia muscular espinhal-ame, que tem bastante relevância no contexto da saúde e do direito nacional, uma vez que volta-se a análise da judicialização do direito à saúde, no país, e a grande dificuldade no atual cenário de políticas públicas do acesso ao tratamento através das medicações. Tem-se por problema de pesquisa analisar as dificuldades dos pacientes em relação ao acesso à medicação para tratamento da doença AME e Analisar os argumentos utilizados pelo Poder Judiciário para indeferir ou deferir o pedido da medicação. A pesquisa ainda tem por finalidade interpretar as decisões dos tribunais superiores em relação ao direito à saúde e o descaso com famílias que passam por tantas dificuldades para adquirir a medicação. Como é sabido, o direito à saúde é considerado de forma expressa pela Constituição Federal (1988) um direito fundamental e essencial a toda população, sendo assim o seu cumprimento deveria atingir a maior quantidade possível de beneficiados, sem distinção, sem prejuízo da gravidade e urgência do caso concreto. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, pelo fato de a fundamentação teórico-metodológica ser necessária para este trabalho.

Palavras-chave: Atrofia Muscular Espinhal. Direito. Saúde. Zolgensma.

1 INTRODUÇÃO

A saúde, no Brasil, sempre foi tema de debates e pesquisas na busca de melhorias e desenvolvimento. Mas, foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que houve uma considerável visibilidade e importância em relação ao direito à saúde como um direito assegurado a toda população brasileira e expressamente um dever do Estado, que por intermédio de políticas públicas de cunhos sociais e econômicos, o Estado tem por finalidade assegurar de forma igualitária à devida prestação de serviços públicos de saúde a todos os cidadãos que deles necessitem.

A presente pesquisa visa à análise e estudo de uma doença paralisante rara, a Atrofia Muscular Espinhal - AME, que afeta principalmente as crianças em seus primeiros meses de vida,

⁸Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

⁹Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Mestre pela Universidade Católica de Brasília- UCB

isto é, de 0 a 18 meses e em casos inabituais adultos por volta dos seus 21 (vinte e um) anos. A já citada patologia AME, admite-se 5(cinco) tipos, sendo: 0, I, II, III e IV, assim, essa anomalia genética se desenvolve e atinge os músculos em determinadas fases diferentes, de acordo com a idade em que os sintomas se desenvolvem e da gravidade em que a doença se manifesta, podendo, em casos mais graves ocasionar a falência muscular (INAME, 2022).

Assim sendo, a referida enfermidade decorre da falta de um gene no corpo humano chamado de SMN2. Em geral os bebês possuem apenas uma cópia dos genes, cerca de 60% dos portadores desta doença desenvolvem o tipo I, no qual se verifica a perda muito rápida e irreversível dos neurônios motores (INAME, 2022).

Até o momento não há cura para a AME. Dessa forma, o tratamento que há disponível é realizado através de medicações e formas paliativas de amenizar os seus efeitos. Atualmente, existem medicações liberadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, e o Instituto de Ciência, Tecnologia e Qualidade (ICTQ) quais sejam: risplam, spinraza e zolgensma, no entanto, a última medicação citada não é liberada pelo Sistema Único de Saúde - SUS, é um fármaco de alta complexidade, pois sua ação restitui um gene defeituoso, sendo considerado, no Brasil, o medicamento mais caro do mundo.

Além disso, existem critérios e restrições impostas pelo SUS no momento da distribuição dos medicamentos para os portadores da AME, o que viola os direitos humanos e desrespeita o caráter geral do direito a saúde, isso é devido pela existência de tabelas que estipulam a idade, peso e tipo da doença, e de acordo com o preenchimento de condições destas o medicamento é distribuído com prioridade aos portadores da AME.

Como é sabido, é dever do Estado assegurar a todos de forma igualitária o direito fundamental à saúde previsto no artigo 196 da Constituição Federal (1988), necessário ao desenvolvimento da população de um país. Diante dessa importante temática, será desenvolvida uma pesquisa bibliográfica para entender a judicialização das políticas públicas com relação à distribuição de medicamentos aos portadores da AME, e os efeitos que esta causa no desenvolvimento e formação das crianças.

A presente produção científica, portanto, visa responder a seguinte questão problemática: por que, no Brasil, há grandes dificuldades com relação ao acesso à medicação para o tratamento da doença AME e quais os argumentos utilizados pelo Poder Judiciário para indeferir ou deferir o pedido da medicação?

Para isso, o presente estudo estrutura-se em três capítulos o primeiro é dedicado a uma análise sobre a Doença Atrofia Muscular Espinhal - AME, seus tipos, suas fases, dados com quantitativo de crianças portadoras no Brasil, às medicações, assim como, a forma que cada uma age no corpo e o modo que ela combate ou ameniza a evolução da doença e os seus custos.

O segundo capítulo, por sua vez, tem como propósito refletir sobre a problemática no Brasil em relação à dificuldade em adquirir os medicamentos, apontando o direito à saúde, previsto na

Constituição Federal de 1988 com ênfase ao novo projeto de lei PL 2.033/2022, contra o rol taxativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar, acerca da descoberta de tratamentos paliativos e medicações pelo plano de saúde, onde já foi aprovada pelo Senado e aguarda a sanção presidencial e sobre a medida provisória MP 1.116/2022, que flexibiliza a jornada de trabalho de pais que têm filhos com deficiência até os 6 anos de idade.

Por fim, o terceiro capítulo volta-se à análise do entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça com relação aos casos de famílias que necessitam do auxílio judicial para que seja garantida a medicação, e os embasamentos jurídicos utilizados pelos juízes para indeferir ou deferir a liberação tão importante do medicamento zolgensma.

O desenvolvimento da pesquisa terá como base na pesquisa bibliográfica narrativa com abordagem dedutiva. Assim, a revisão bibliográfica configura-se, portanto, como um tipo de revisão que se busca possíveis permitindo aos revisores sintetizar resultados sem ferir a integridade das crianças com Atrofia Muscular Espinhal (MARCONI, 2001).

O presente estudo é relevante para a compreensão da ciência jurídica a respeito do assunto, da sociedade e Estado, pois foi desenvolvido com intuito de contribuir com o ensinamento sobre a obtenção do direito à saúde com o auxílio jurisdicional, e nas posições dos nossos tribunais superiores sobre o tema em questão. Destarte, a relevância social, é pautada no aspecto de que trata-se de uma doença rara que prejudica a formação e desenvolvimento das crianças portadoras e que vem crescendo os casos, no Brasil, nas últimas décadas. A estimativa de portadores divulgada em 8 de agosto de 2020, por uma empresa de investigações farmacêuticas é cerca de 7 mil portadores no Brasil, sendo relevante para toda a sociedade sobre o tema já citado (ROCHE, 2020).

2 ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL

A Atrofia Muscular Espinhal (AME) é uma doença rara, que até o momento não há cura, as pesquisas demonstram que atinge 1 (um) em cada 10.000 (dez mil) crianças que nascem com vida. A maioria dos indivíduos afetados são bebês e crianças, porém, em poucos casos, ela afeta também jovens e adultos. A AME é uma doença neuromuscular hereditária, isto é, decorre de pais para filhos, que pode ser evitada por meio de exames complexos realizados nos casais que desejam ter filhos, especialmente, caso estes forem parentes consanguíneos, em que tem potencial de fazer com que a criança seja capaz de nascer tanto com a doença AME, assim como outras doenças genéticas (INAME, 2022).

A AME causa a degeneração de neurônios motores na parte da medula espinhal e no tronco encefálico, deixando a pessoa com debilidade e fraqueza muscular, em determinadas fases e estágios a doença causa falência muscular em seus portadores e caso não medicado o paciente vai ao óbito. Assim, essa doença é ocasionada pela falta da proteína SMN 1 (proteína de sobrevivência do neurônio), que é essencial para o corpo humano, pois com a ausência dessa proteína os neurônios não conseguem se regenerar, levando, assim, a perda progressiva dos movimentos e prejudicando os sinais mais simples do nosso corpo, como: perda do controle e forças musculares; dificuldade de respirar; engolir; segurar a cabeça; de movimentação e locomoção (INAME, 2022).

Assim sendo, a AME possui vários tipos, que são: o tipo 0, que é o mais raro, onde atinge desde o pré natal, podendo apresentar alterações cardíacas; ademais o tipo 1 é o mais comum e mais grave, logo correspondendo 60% dos portadores, afeta bebês com menos de 06 meses e os portadores têm tanto problemas respiratórios, que acaba acarretando uma insuficiência respiratória, sendo essa a principal causa de óbitos.

Em outros casos, dá origem a dificuldades motoras e distúrbio alimentar, em vista disso, sua estimativa de vida cerca de 68% dos portadores morre antes dos 2 (dois) anos e 84% aos 4 (quatro) anos; o tipo 2 é não muito grave que o tipo 1, apesar de seus sintomas serem os mesmo, pois sua estimativa de vida é até a fase adulta, atinge, assim, bebês de 6 (seis) a 18 (dezoito) meses; o tipo 3 afeta, em sua maioria, após os 18 (dezoito) meses de vida, é considerado menos grave, pois o portador consegue andar sem auxílio, podendo, apenas, ter problemas com equilíbrio; existe, também, o tipo 4, bem mais raro, onde sua estimativa de vida é a maior, pois é semelhante às pessoas que não possuem a doença, assim, atinge na sua fase adulta, os portadores, somente, possuem dificuldades motoras, como a causa de fraqueza nas mãos e pés, aumento a dificuldade de andar ao longo do tempo (INAME, 2022).

Do mesmo modo, há muitos estudos e pesquisas científicas para o desenvolvimento de medicação em que haja a cura definitiva para os portadores da AME, todavia existem, somente, medicações paliativas, onde auxiliam nos efeitos causados pela doença, ou melhor, as medicações criadas, até o momento, dão uma estabilidade aos indivíduos atingidos, assim, garantindo a eles uma qualidade de vida melhor (INAME, 2022).

Contudo, em decorrência do valor alto e o custo do exame, poucas pessoas têm conhecimento do mapeamento genético e fazem o exame, em que, se analisa o gene dos pais para diagnosticar a compatibilidade genética. Dessa forma, no Brasil os primeiros medicamentos registrados pela Anvisa em 2017, após 8 (oito) mobilizações de famílias pedindo ajuda do governo para custear o tratamento, que, na época, custou em torno de R\$3 (três) milhões, foram: o Spiranza e o Zolgensma. Porquanto, tanto o Spiranza quanto o Zolgensma aumentam a produção da proteína SMN, porém somente, o medicamento que é considerado o mais caro do mundo, logo custa cerca de R\$ 12 (doze) milhões, o Zolgensma é capaz de neutralizar os efeitos da AME, com apenas uma única dose, logo, através dessa proteína os neurônios enviam ordens para os músculos através dos nervos que descem pela medula (INAME, 2022).

Em decorrência disso, a grande problemática existente no Brasil, além da dificuldade do acesso a esta medicação, é o valor excessivo para adquiri-la. Em vista disso, o tratamento por meio da Spiranza é capaz de corrigir o defeito genético e bloquear a degeneração neuronal, ocasionando aos pacientes ganhos motores e funcionais progressivos, ainda assim, não é um medicamento de fácil acesso uma vez uma dose pode custar mais de 300 (trezentos) mil reais, sendo necessária uma dose a cada 120 dias, para que haja uma melhoria considerável no tratamento, é válido ressaltar que esse tratamento dura pelo resto da vida do paciente, isto é, se o valor de uma dose já é considerada alta, torna-se praticamente impossível a uma família comum conseguir manter esse tratamento com recursos próprios por toda a vida do paciente (INAME, 2022).

A questão a ser definida é devido ao seu alto valor e complexidade, esta medicação não é liberada de forma gratuita pelo SUS ou por planos de saúde pessoal para todas as crianças portadoras da doença ame. Às pessoas portadoras de plano de saúde o medicamento sequer é disponibilizado, logo os convênios justificam que o spinraza não está presente no rol de cobertura obrigatória pela agência nacional de saúde. Com isso, a doença AME é a principal causa genética de óbito em seus portadores, no Brasil, o que gera como consequência direta a busca pelas milhares de famílias com portadores da AME a busca de meios jurídicos para que seus familiares sejam incluídos na lista de espera para adquirir a medicação (INAME, 2022).

Em contrapartida, o Estado possui o princípio da Reserva do Possível que fundamenta a atuação do Estado em cumprir direitos sociais positivos, utilizando os recursos públicos disponíveis. Cabe ressaltar, que a cláusula da reserva do possível deve obediência a ocorrência de justo motivo, objetivamente auferível, não podendo ser invocada pelo Estado para exonerar-se do cumprimento de suas obrigações essencialmente constitucionais.

Assim, no Brasil, o valor do orçamento destinado à área da saúde gira em torno de 136,25 bilhões de reais anuais, todavia este valor não é destinado apenas a um tipo de doença, mas para a saúde como um todo, ou seja, o medicamento para o tratamento da Ame, esse valor é distribuído de acordo com a quantidade necessária para cada tipo de doença. Calculando-se a quantidade de portadores da doença AME atualmente no país, e o valor da medicação, o valor ultrapassa ao montante financeiro destinado a AME, e conseqüentemente não tem como o medicamento ser destinado a todos os portadores da mesma (INAME, 2022).

Ainda que assim seja, a garantia da vida humana tem grande importância, por isso, a Constituição protege à vida, tendo fundamento no mínimo existencial, que resguarda o artigo 1º da Constituição Federal. Em outras palavras, mesmo que se tenham um limite de verba a ser deliberado ao custo do medicamento, o ser humano não pode deixar de ser amparado pelo Sistema Único de Saúde - SUS, visto que, traz discordância à Constituição Federal de 1988, pois de um lado temos as verbas do estado insuficientes, para custear a medicação e do outro lado tem o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana, que seja amparado pelo Estado o direito a vida humana e que este crie mecanismos através de políticas públicas de destinação de um maior valor no orçamento público que atenda a todos os portadores da doença (INAME, 2022).

3 DELIBERAÇÃO DA ZOLGENSMA X PROJETO DE LEI 2.033/2022

Como já citado na presente pesquisa, não se pode falar ainda na possibilidade fática de cura da doença AME, tendo em vista, que não se tem nenhum estudo que comprove esta possibilidade, existem, apenas, medicações desenvolvidas para seu tratamento. Assim, dentre estas medicações, a única disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde - SUS é o Spinraza, onde foi o primeiro medicamento registrado pela Agência Nacional de Vigilância da Saúde, no ano de 2017 (ICTQ, 2022).

Diante disso, devido seu alto custo, o Spineaza, não é liberado para todos os portadores, dessa forma, as famílias enfrentam uma grande dificuldade, pois o SUS desenvolveu uma tabela que diz idade, peso e o tipo da doença que é permitido para que possa receber a medicação, a saber, os portadores que tiverem fora de um desses três elementos perdem o direito a medicação

que por mais que não proporcione a cura, esta é a medicação que permite que o indivíduos que possuem a doença tenha mais tempo de vida.

Diante desse cenário, surgiu uma nova medicação estrangeira, produzida pela Suíça, chamada Zolgensma que possui efeitos neutralizantes, em uma única dose podendo até mesmo reverter à evolução da doença de forma significativa, em decorrência disso às famílias abdicaram da luta para adquirir o Spinraza, devido o seu tratamento não ser tão eficiente e da necessidade das doses do medicamento serem aplicadas pelo resto da vida do paciente, seu uso a cada quatro meses, começou a busca pela possibilidade de se adquirir a medicação Zolgensma (SENADO, 2022).

A forma do zolgensma de atuar no paciente modificando o DNA criando uma cópia funcional, assim, o portador da AME possui uma oportunidade de ter uma vida normal, na medida do que se é possível perante a doença, todavia os estudos científicos garante esse resultado em crianças com AME até os 2 anos de idade, ainda que não seja descartado os mesmos efeitos em crianças acima desta idade, com isso, para que se possa comprovar a sua eficácia em idades mais avançadas é necessário que haja mais estudos sobre estas questões (ICTQ, 2022).

Com isso, a fabricação da Zolgensma utiliza-se a biotecnologia, por isso o seu valor é tão alto, sendo necessário desenvolver uma nova tecnologia, com o intuito de buscar novos estudos específicos para o desenvolvimento de novas medicações. Assim, a sua fabricação é feita, somente, pela Novartis, empresa farmacêutica que possui a patente da Zolgensma, ou melhor, possui exclusividade na fabricação e venda desta medicação (ICTQ, 2022).

Dessarte, a Zolgensma, tem grande relevância no presente artigo, logo tratar-se de um medicamento mais atual, visto que, possui efeitos mais eficazes e, também, já é aceito no Brasil pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, todavia não disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde, devendo ser custeado pela própria família do paciente que possuir o interesse em adquirir o medicamento.

Sendo assim, o fornecimento de medicamentos à população se mostra ineficaz, ou até mesmo inexistente em alguns casos, visto que, o Estado declara não possuir capacidade econômico financeira suficiente para cobrir os gastos de fornecimento de medicação, divergindo da mencionada reserva do possível. Desse modo, ao falar sobre o direito à saúde, engloba o fornecimento de medicamentos, que a própria constituição aduz prevalecer sob o postulado da reserva do possível. No que tange ao princípio da Reserva do Possível, temos certo de que, nada obstante a carência de recursos públicos orçamentários, notadamente quando tomamos em conta a abrangência do nosso país e a baixa renda de sua população o Estado não pode se utilizar de um postulado para negar um direito essencial a vida de sua população.

Além disso, este princípio não pode prevalecer sobre a tutela garantidora do direito à saúde, uma vez que está se mostra resguardada constitucionalmente, de modo que tange ao Poder Público procurar meios de dar assistência a todos. Porquanto o direito à saúde é um direito fundamental e deve ser respeitado e acima de tudo estabelecido, sob pena de inconstitucionalidade e do Estado criar uma barreira artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e

censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas do direito a saúde e dignidade humanas.

Ademais, a doutrina aponta duas vertentes dos direitos sociais, com ênfase do direito à saúde, a primeira é a natureza negativa: o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros. A segunda vertente é a natureza positiva: fomenta-se em um estado prestacionista capaz de implementar e garantir através de políticas públicas eficientes seus direitos sociais, isto é, o doutrinador discorre sobre a natureza negativa e positiva que o Estado tem, mas necessário em dar a devida prioridade na distribuição de seus recursos financeiros para garantir a viabilidade de suas políticas públicas de cunho afirmativo a população (LENZA, 2019).

Assim, devido à tamanha dificuldade imposta pelo Governo a respeito da liberação da Zolgensma pelo SUS, embora tenha sido surgindo novos projetos de leis a fim de amenizar esta dificuldade, por exemplo a PL 2.033/2022, que foi criada através do projeto apresentado pelo Deputado Federal Cezinha de Madureira de São Paulo-SP. Onde, esta lei prevê que os planos de saúde devem arcar com a cobertura de exames e tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimento e eventos a saúde suplementar, isto é, as crianças portadoras da AME que possuem planos de saúde privados têm o direito de solicitar que o plano arque com a medicação.

Outrossim, este projeto de lei vem para derrubar o rol taxativo atualmente previsto na interpretação da Lei 9.656 de 1998, logo a PL 2.033/2023, após passar todos os trâmites, encontra-se como emenda, dessa forma, pode ser utilizada como meio legal em adquirir medicação pelo plano de saúde, desde que se tenham as referências básicas, como a eficácia do remédio comprovado cientificamente, que seja recomendada pela Comissão Nacional de Incorporação de tecnologias e que seja recomendada por pelo menos um órgão de avaliação de tecnologia em saúde com renome internacional. (SENADO, 2022)

Sendo assim, a busca judicial será reduzida, uma vez que a procura judicial será feita apenas para parcela dos pacientes que não possuem condições financeiras nem mesmo para arcar os custos de um plano de saúde. Além de todas as dificuldades enfrentadas pelas famílias das crianças portadoras da AME em relação à medicação, existem também as dificuldades no dia a dia desses familiares por ser necessária uma atenção redobrada aos seus filhos, com isso, surgiu a MP 1.116/2020 atualmente transformada em lei, onde se trata da flexibilização da jornada de trabalho dos pais ou cuidadores de pessoas portadoras de qualquer deficiência.

4 ANÁLISE DAS JURISPRUDÊNCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA(STJ) A RESPEITO DA AME

Diante do cenário não consensual acerca de todos os problemas que envolvem a medicação da AME, os familiares como representantes legais das crianças com esta morbidade buscam meios judiciais com intuito de sanar tais dificuldades impostas pelo Ministro da Saúde em relação à ausência do fornecimento da Zolgensma, que tem sua eficácia, atualmente, comprovada cientificamente.

Sendo assim, as famílias procuram o judiciário, onde fazem o pedido da disponibilização da verba governamental desta medicação já liberada pela ANVISA. A forma que as famílias encontraram para suas demandas serem obtidas foi o seguinte procedimento: as famílias buscam advogados para que entrem com pedidos através de remédios constitucionais, como o Mandado de Segurança, onde se alega o artigo 6º e 196º da Constituição Federal de 1988 e nas Leis de 13.146 Estatuto da Pessoa com Deficiência e 8.069/1990 Estatuto da Criança e do adolescente, pois a busca por medicação dá-se por crianças nas fases mais grave da doença, já que quando ela surge na fase adulta não possui tanta gravidade degenerativa (STJ - MS: 27182 DF XXXXX/XXXXX-2, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Publicação: DJ 16/06/2021).

Nota-se que nem sempre as decisões são indeferidas, com provas de tutela de urgência para a liberação da medicação, solicitada pelos familiares da criança portadora da AME, o Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, determinou que o Ministério da Saúde completasse o valor da Zolgensma, com o prazo de 15 dias afim de que seja depositado na conta destinada á compra das medicação, na decisão foi levado em consideração pelo relator os documentos comprobatórios da elegibilidade que a criança possui para receber o tratamento. É notavelmente que as decisões são relativas, em vista que alguns pedidos são deferidos e outros indeferidos, ou seja, os familiares sempre vivem situações de desigualdade onde vai contra os princípios dos direitos humanos. (GOV, 2022)

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos para a AME, demasiadamente caros até paras as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares. No entanto, as crianças acabam até perdendo a vida, na espera pelo medicamento, que varia no intervalo do início da ação judicial até o seu deferimento.

Assim, a Constituição Federal existe para proteger todos os direitos dos seres humanos, ocorre que quando o ministério da Saúde indefere pedidos como este, está infringindo a CF/88, pois nos artigos 6º e 196º da CF/88 dispõe tanto sobre o direito à saúde e quanto o dever do estado mediante políticas sociais, que visam reduzir o risco de doenças e de outros agravos relacionados a saúde, como vacinas, tratamentos de doenças incluindo as mais graves, sendo liberado pelo SUS. Ressalta que as demandas judiciais para a concessão de medicamentos são cada vez mais frequentes.

Em vista disso, existem Protocolos Clínicos incorporados no Sistema Único de Saúde, onde através desses, após a comprovação médica, se dá a possibilidade de substituição de medicação já disponibilizada pelo medicamento que almeja ser pleiteado. Logo, o poder público tem a obrigatoriedade de fornecer os medicamentos que não são incorporados pelo SUS, previsto no artigo I, 19-M da lei nº8.080/1990. Dessarte, para que seja adquirido precisa-se comprovação da sua necessidade, ou seja, laudos médicos fundamentados e circunstanciados expedido pelo médico que acompanha a criança, informado a necessidade da medicação e a comprovação de que a medicação disponibilizada pelo SUS não está sendo eficaz no seu tratamento, a incapacidade

financeira da família de pagar o tratamento solicitado e o registro na ANVISA da medicação (GOV, 2022).

Portanto, diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar com fundamento no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para essa finalidade (PARANHOS, 2007, p. 171).

CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha por finalidade traçar uma abordagem sobre como a judicialização da saúde pública se torna uma medida eficiente quando o Estado não cumpre o seu dever constitucional de garantir direitos essenciais básicos a população com ênfase na saúde pública. No caso específico deste trabalho foi analisado a regularização do medicamento para as Atrofias Musculares Espinhais através do amparo do poder judiciário.

Com base no que foi apresentado nos três capítulos, é notório a grande importância em compreender os argumentos utilizados pelo poder judiciário para indeferir ou deferir o pedido para o fornecimento da medicação para o portador da doença Atrofia Muscular Espinhal-AME. Mesmo atualmente, não se podendo falar ainda com convicção da possibilidade de cura da doença AME, tendo em vista, de que não se tem nenhum estudo que comprove de fato esta possibilidade, existem, apenas, medicações desenvolvidas para seu tratamento, e para amenizar os efeitos do agravamento da doença.

Tendo como principal foco das três possíveis medicações: a zolgensma. Essa medicação é a única capaz com uma única dose neutralizar os sintomas da AME. Todavia por aumentar a produção da proteína SMN, porém como já mencionado acima é o medicamento considerado o mais caro do mundo. O que dificulta por parte dos portadores o acesso à medicação e onde se torna viável o questionamento ao Estado o da garantia do direito à saúde e a vida.

Logo tendo como problemática no Brasil, o avanço da doença e o valor elevado da vacina zolgensma, levando as famílias dos portadores procurar meios judiciais para que eles tenham chances de vida ou uma qualidade de vida melhor. Portanto o fornecimento da medicação mostra-se insuficiente, ou até mesmo inexistente em alguns casos. Sendo necessário questionarmos o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial, em que a reserva do possível assegura o dever do Estado com a prestação de políticas públicas, e o mínimo existencial assegura a vida digna como o direito à saúde.

É notório a grande ineficácia do sistema público de saúde brasileiro, como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, sendo de um valor exorbitante, sendo muito caro até para as classes de maior poder aquisitivo. Com isso, as famílias buscam socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares.

Diante desse cenário, propõe ao Estado uma pesquisa aprofundada para uma possível liberação da zolgensma, com promoção de políticas públicas, como o fornecimento da medicação, deliberação de exames, para uma qualidade de vida melhor não só para o portador da AME, mais para toda a família.

Cabe ressaltar, devido a tamanha dificuldade imposta para adquirir a medicação para o tratamento da AME pelo Governo, a muitas tentativas de Projetos de Lei a fim de amenizar esta dificuldade, como por exemplo a PL 2.033/2022, e discorre sobre o rol taxativo da Agência Nacional de Saúde, onde o referido Projeto de Lei prevê que os planos de saúde devem arcar com a cobertura de exames e tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimento e eventos a saúde suplementar, ou seja, o portador da AME que possuem planos de saúde privados tem o direito de solicitar que o plano arque com a medicação, assim como a flexibilização da jornada de pais que tem filhos portadores da AME até os 06 anos de idade.

Em decorrência, existem Protocolos inseridos no Sistema Único de Saúde, onde através desses, buscam-se uma comprovação médica, que se dá a possibilidade de substituição de medicação já disponibilizada pelo medicamento que almeja ser pleiteado. Logo, o poder público tem a obrigatoriedade de fornecer os medicamentos que não são incorporados pelo SUS, previsto no artigo I, 19-M da lei nº8.080/1990.

Observou-se ainda que o STJ ao analisar processos dessa natureza, não é unânime no julgamento da matéria, pois 7(sete), em cada 2(dois) julgados manifesta-se de forma contraditória, ou seja, diante de duas análises descritas, nota-se que o MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27182- DF (2020/XXXXX-2) , interposto para ser julgado perante o STJ, onde foi negado o pedido da medicação, em que, aduz o fato da falta de estudos específicos para assegurar que a medicação funcione em crianças acima de 2 anos de idade, é contraditório ao que aduz a decisão do MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26645- DF(2020/0185061-8) que deferiu o pedido específico afim de uma família específica ser beneficiada a receber do governo o valor determinado judicialmente para completar a compra da zolgensma.

Assim, conclui-se que é necessário e urgente a realização de políticas públicas com ação afirmativa a respeito do tratamento da AME, ainda que atualmente a judicialização seja a alternativa mais segura aos que não dispõem de recursos financeiros suficientes. A fim de que o cidadão não tenha como último recurso depender da espera da solução jurídica contra o estado da garantia de seu direito à vida e o cumprimento de direitos básicos e essenciais que devem ser ofertados pelo Estado a toda população brasileira de forma gratuita e a todos que dele precisem.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Congresso Nacional (2022). Senado Federal. Brasília: 2022.

LENZA, Pedro. 2019, **Direito constitucional**.

PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado**. V.2. N.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.

Tipos de AME e sintomas. **INAME**, Instituto Nacional do Atrofia Muscular Espinhal, 2022. Disponível em: <https://iname.org.br/tipos-de-ame/> Acesso: 15/08/2022.

Valécio, Marcelo. **Medicamento mais caro do mundo agora no Brasil**. ICTQ, Instituto de Ciência, Tecnologia e Qualidade. Disponível em: <https://ictq.com.br/assuntos-regulatorios/1924-medicamento-mais-car-do-mundo-agora-no-brasil> Acesso: 20.10.2022.

AS IMPLICAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DE PENAS E PROGRESSÃO DE REGIME EM CASOS DE CRIMES HEDIONDOS

KEVEHLLYSON AZEVEDO DO NASCIMENTO:

Graduando no curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal a análise histórico-evolutiva do ativismo judicial, desde seu advento até os dias atuais, abordando o seu desenvolvimento em alguns países, bem como as suas implicações (positivas e negativas) na aplicação de penas e progressão de regime em casos de crimes hediondos. Após a Segunda Guerra Mundial, o ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos, onde foram identificados os primeiros casos em que a Suprema Corte (órgão máximo do judiciário norte-americano) interferiu em decisões tomadas pelos poderes legislativo e executivo. No Brasil, o debate sobre o ativismo judicial cresceu significativamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e desde então tem se tornando cada vez mais visível a interferência de membros do poder judiciário nos demais poderes da república, através de suas decisões. Ocorre que o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal cria um ambiente de insegurança jurídica no Brasil, uma vez que seus entendimentos, julgamentos de recursos, suas súmulas e interpretações da Carta Magna, se tornam paradigmas para as decisões proferidas pelos magistrados de todo o país, afinal, este é o papel da nossa Suprema Corte. Dessa forma, quando falamos do papel do STF no judiciário brasileiro, estamos falando em segurança jurídica que é um dos pilares do bom direito. Quando um país que não é seguro juridicamente se torna instável do ponto de vista político e social.

Palavras-chave: Ativismo; Judicial; Constitucional; Processo; Penal.

ABSTRACT: The main objective of this article is the historical-evolutionary analysis of judicial activism, from its advent to the present day, addressing its development in some countries, as well as its implications (positive and negative) in the application of penalties and regime progression in cases of heinous crimes. After World War II, judicial activism emerged in the United States, where the first cases in which the Supreme Court (the highest body of the American judiciary) interfered in decisions taken by the legislative and executive powers were identified. In Brazil, the debate on judicial activism grew significantly after the enactment of the Federal Constitution of 1988, and since then, the interference of members of the judiciary in the other powers of the republic, through their decisions, has become increasingly visible. It turns out that the judicial activism of the Federal Supreme Court creates an environment of legal uncertainty in Brazil, since its understandings, judgments of appeals, its summaries and interpretations of the Magna Carta, become paradigms for the decisions handed down by magistrates throughout the country, after all, that is the role of our Supreme Court. Thus, when we talk about the role of the STF in the Brazilian judiciary, we are

talking about legal certainty, which is one of the pillars of good law. When a country that is not legally secure becomes politically and socially unstable.

Keywords: Activism. Judicial. Constitutional. Process. Criminal.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DO ATIVISMO JUDICIAL. 1.1. CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL. 1.2. DA ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL. 1.3. DA INFLUÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL NO MUNDO. 1.4. A DIFERENÇA ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL. 2. DA ATUAÇÃO ATIVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. DAS IMPLICAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. 3.1. DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DE PROGRESSÃO DOS CRIMES HEDIONDOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Atualmente o judiciário brasileiro vem passando por diversas mudanças no tocante as questões sociais e públicas do país. Na medida em que, os magistrados exercem um novo papel nas principais decisões no âmbito das políticas públicas entre outras pautas.

Dessa forma, a questão do ativismo judicial tem despertado grandes polêmicas tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional, portanto, vem sendo debatida pelos principais analistas jurídicos e demais segmentos da sociedade.

Importante frisar que o ativismo judicial é fruto de um mundo globalizado, unido pela conexão via internet e de todas as mudanças ocorridas nos últimos 30 anos. Isto leva o Judiciário a abandonar o secular princípio *ne procedat judex ex officio* e a se antecipar na busca de soluções antes que a lide se estabeleça.

O Brasil vem ao longo do tempo apresentando de maneira democrática e transparente suas leis de maneira ao qual regulam o aspecto social na atualidade.

Observa-se, no entanto, o crescimento dos órgãos de controle no tocante ao acesso aos órgãos judiciário no país. Na mesma linha, o poder é uma área de estudo relevante mesmo com sua divisão foi abordado por grandes pensadores, filósofos e juristas ao longo dos anos no mundo.

1 DO ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Conceito de ativismo judicial

O Ativismo judicial é considerado como um fenômeno jurídico, que se dá com a interferência do poder judiciário nas opções políticas dos demais poderes; entende-se ainda como um papel inovador dos tribunais em trazer novas contribuições para o Direito.

Entende-se por ativismo judicial o papel dos tribunais ao trazerem novas contribuições para o direito, aplicando no caso concreto com singularidade, criando precedentes jurisprudenciais, antecipando muitas vezes à formulação da própria lei.

Na dicção de BARROSO, o ativismo judicial pode ser definido como "*uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance*", em situações de inércia do Poder Legislativo, que se manifesta por três formas:

"(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas".

Já conforme Elival Ramos:

"por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)"

Para CAMPOS:

"O exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias"

Extraído do seu contexto original e transportado para o cenário nacional, a vagueza da expressão não apenas permaneceu como se aprofundou. A expressão "ativismo judicial", nesse contexto, tem servido tanto para enaltecer uma postura ativa do juiz quanto para criticar essa mesma atuação.

Existem diversas formas de se conceituar ativismo judicial, visto que o conceito deste perpassa, obrigatoriamente, pela posição (contrária ou favorável) daquele que busca o definir, de

um lado, congregando argumentos trazidos pelos defensores da postura ativa, a perspectiva positiva, e, de outro, reunindo os argumentos contrários, a perspectiva negativa.

As principais críticas contra o fenômeno do Ativismo Judicial estão concentradas em vários argumentos, onde juízes, Tribunais e principalmente os Tribunais Constitucionais, não possuem legitimidade democrática, contra os atos legalmente instituídos pelos poderes Legislativo e Executivo.

Os críticos ainda asseveram em suas assertivas que o Poder Judiciário atua de duas formas, ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis do Poder Legislativo ou Executivo, ora como legislador positivo, o qual interpreta as normas e princípios e lhes atribuem juízo de valor, assim, é conhecido no meio acadêmico como desafio contramajoritário.

No entendimento de SARMENTO, o ativismo judicial abre margem para o "*decisionismo judicial*", haja vista que "*muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos*".

Para STRECK, "*um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)*".

DWORKIN entende que "*um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte (...) para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige*".

Diante de tais opiniões, o ativismo judicial implicaria em uma negativa a lei, se sobressaindo, portanto, as peculiaridades e convicções pessoais dos magistrados.

Por outro lado, importante apontar os argumentos que sustentam a importância e necessidade do ativismo judicial.

Os defensores do Ativismo Judicial declaram que o Poder Judicial possui legitimidade para invalidar decisões do Legislativo e do Judiciário.

Na visão de BARROSO, "*o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito*".

Ainda conforme BARROSO, "*a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais*".

Nesse mesmo sentido, entende SILVA e WEIBLEN que:

"Não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito".

Dessa forma, aos seus apoiadores, o ativismo judicial consistiria em uma última medida a ser tomada para assegurar direitos e garantias fundamentais quando há falha por parte do Estado em garanti-los.

1.2 Da origem do ativismo judicial

O ativismo judicial não surgiu repentinamente. Ele é consequência das mudanças ocorridas no pensamento a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, principalmente no que tange ao Direito Constitucional e da corrente de pensamento jurídico-filosófica denominada de Neoconstitucionalismo.

O Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo pós-moderno estabelece uma hierarquia entre as normas que, além de formal, é também axiológica e ainda busca promover a concretização dos direitos fundamentais, e possui os seguintes traços característicos: força normativa e valorização dos princípios; métodos abertos de raciocínio (argumentação jurídica, ponderação, método tópico etc.); constitucionalização do direito; reaproximação do Direito e da Moral; e expansão da jurisdição constitucional.

Dessa forma, os movimentos neoconstitucionalistas oportunizaram a origem e o desenvolvimento do ativismo judicial em diversos países do mundo, pois as Constituições fortaleceram o papel do Poder Judiciário, especialmente das suas Cortes Superiores que detêm a guarda dos objetivos e das disposições constitucionais.

Assim, a normatização dos princípios e os novos métodos hermenêuticos permitiram a extensão da atuação do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes, Legislativo e Executivo, mormente quando se está diante de um caso difícil (hard case).

O termo "*ativismo judicial*" foi utilizado pela primeira vez em 1947 pelo jornalista de Arthur M. Schlesinger, em seu artigo intitulado "*The Supreme Court: 1947*" publicado na revista Fortune.

O autor escreveu o artigo influenciado pelo cenário da época, contexto esse particularizado pelas disputas entre a *Supreme Court* Americana e o Presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt. Foi um período de grave crise econômica para o país e com vistas à recuperação da economia, o então presidente adotou uma série de medidas político-econômicas as quais, em

seu conjunto, foram denominadas de New Deal. Entretanto, a Corte Suprema, claramente com tendências ideológicas contrárias, declarava inconstitucionais as leis favoráveis ao movimento.

Schlesinger cunhou o termo e o utilizou para descrever os membros da Suprema Corte Americana da época, classificando-os como:

"juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres; juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade; juízes campeões da autorrestrrição, e juízes representantes do equilíbrio de forças, colocando o ativismo exatamente como oposto da autorrestrrição judicial, em atenção à visão que os julgadores têm a respeito da função judicial"

Para Barroso (2009):

"o Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...] Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes".

É indiscutível que a ruptura de paradigma que emergiu no pós-guerra com o surgimento do neoconstitucionalismo, marcado pela expansão da jurisdição constitucional e também por um novo axioma de interpretação das Constituições, contribuiu para o novo posicionamento do Poder Judiciário, que passou a assumir uma postura ativa visando a promoção do equilíbrio entre as funções do poder, interpretando as normas com mais flexibilidade e criatividade com base na Constituição e, também, invalidando atos legislativos ou administrativos emanados dos demais poderes.

1.3 Da influência do ativismo judicial no mundo

Atualmente, verifica-se o crescimento da influência do ativismo judicial ao redor do mundo, no qual, de forma geral, discute-se o empoderamento do Poder Judiciário em detrimento aos outros dois Poderes e a invasão do campo competencial dos últimos.

Assim como nos Estados Unidos, as Cortes Supremas de diversos países têm se tornado protagonistas diante de grandes controvérsias e embates internos de relevante interesse da coletividade.

Na Alemanha, o ativismo judicial se manifesta principalmente pela hermenêutica jurídica realizada pelo Tribunal Constitucional Alemão em relação aos direitos fundamentais. Isso porque há um efeito de irradiação desses direitos sobre todo o ordenamento jurídico, implicando no dever da interpretação conforme os princípios constitucionais, independente de qual for a matéria jurídica em apreço. Trata-se, portanto, de constitucionalização do direito.

Assim, a interpretação à luz dos princípios constitucionais deve ser exercida indistintamente por todos os poderes estatais, devendo ocorrer independentemente de qual seja a fase em que se encontre as atividades estatais e jurisdicionais, ou seja, tanto na criação como na interpretação ou na aplicação, deve-se a observância aos princípios constitucionais.

De acordo com SCHLINK:

"o Tribunal Constitucional Alemão já assumiu o papel de defensor súpero na promoção dos princípios constitucionais e que a própria Corte já "aceitou completamente esse papel ativista" bem como a função de "produzir e legitimar mudanças no sistema normativo e na ordem social"

Na Itália, muito se fala das sentenças aditivas, que são aquelas que possuem a função de se manifestar onde a lei é silente, ou seja, trata-se de um exercício de integração. Através dessas sentenças, com o decorrer dos anos, a Corte Italiana foi assumindo cada vez mais poder político-decisório.

A sentença aditiva pressupõe uma lacuna axiológica, o que faz com que o ativismo judicial, nesse contexto, acabe se revelando em seu aspecto de criação judicial do direito, no qual o Tribunal Italiano assume a atividade de legislador positivo.

Os governos democráticos na América Latina foram se sedimentando nas últimas duas décadas do século XX, impulsionados principalmente pelas promulgações das Cartas Constitucionais em seus países. Essas cartas foram consideradas inovadoras pela ampliação dos direitos fundamentais e pela inserção de direitos sociais ao plano constitucional. É nesse contexto que, simultaneamente, há o robustecimento das Cortes Constitucionais com o papel de promover e concretizar esses novos direitos.

No Canadá, o ativismo judicial é verificado a partir dos diálogos democráticos, que se refere à interpretação da constituição a ser realizada em conjunto pelo judiciário e outros sujeitos ligados ao plano constitucional.

A atividade ativista nesse país foi impulsionada pela promulgação da *Canadian Charter of Rights and Freedom*, de 1982, pois, diferente da Carta antecessora (*Canadian Bill of Rights*, de 1960), que era dotada de status de lei ordinária, a Carta de 82 alcança hierarquia superior, de Texto

Maior. Ademais, novos e amplos poderes foram sendo conferidos ao Tribunal Constitucional que, a partir daquele momento, passou a julgar conflitos materialmente constitucionais e de grande interesse coletivo.

No território sul-africano, a Corte Constitucional tem um papel de extrema importância na reforma social pós-Apartheid, contribuindo para efetivação de direitos e garantias e vedando as discriminações. Destaca-se ainda, que a Corte Constitucional teve participação extraordinária na própria formação da Constituição de 1996.

No Brasil, a atuação do Judiciário somente se fortaleceu após um longo período de ditaduras e com a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe em seu bojo uma série de princípios e normas programáticas a serem cumpridas pelo Estado.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o fenômeno ativista já vinha sendo exercido em meio às cortes brasileiras, mas, até então, essa atuação dos magistrados não havia sido relacionada ainda ao ativismo judicial.

Desde a promulgação ou precisamente com a criação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos sociais foram analisados na parte da judicialização da política. Havendo, portanto, uma democracia igualitária e um Estado mais ativo e participante ao qual garantisse ao cidadão os seus direitos efetivamente. Mais adiante, a judicialização na política vem de pautas questionadas pela sociedade nos anos 80, sendo que, mais tarde já com a carta magna em vigor passou de forma legítima nesse processo onde a judicialização da política normatizou-se.

De fato, é incontroverso que, no Brasil e no mundo, as cortes constitucionais tiveram seus poderes ampliados nas últimas décadas, o que contribuiu em muito para a maior disseminação do ativismo judicial. O poder judiciário tem tomado a liderança na condução de questões de repercussão geral e de grande interesse coletivo, ainda que se trate de questões políticas.

1.4 A Diferença entre judicialização e ativismo judicial

Ao falarmos de ativismo judicial é de suma importância falar da judicialização, pois são temas que se entrelaçam e algumas vezes se confundem.

O ativismo judicial é uma atitude, ou melhor, uma escolha de um modo específico e proativo que o Poder Judiciário possui de interpretar a Constituição, muitas vezes, expandindo seu sentido e seu alcance.

É uma tentativa do Poder Judiciário de ter uma participação mais ampla e intensa na concretização de fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes.

Sob essa ótica, pode-se dizer que o ativismo judicial é um importante elemento no desenvolvimento dos direitos fundamentais no Brasil. Contudo, tal atividade deve estar balizada em critérios compatíveis com o princípio da divisão dos poderes, com as normas constitucionais e com o princípio democrático.

A judicialização, portanto, significa que algumas questões de grande repercussão política ou social estão sendo resolvidas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, como Congresso Nacional e Poder Executivo.

Assim, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

Importante destacar que na judicialização, o Poder Judiciário é devidamente provocado a se manifestar e o faz nos limites dos pedidos formulados. O tribunal não tem a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento.

A judicialização não decorreu de uma opção ideológica ou filosófica do Judiciário, pois esse decide em cumprimento, de modo estrito, ao ordenamento jurídico vigente.

Em uma acepção mais ampla, a judicialização corresponde a um fenômeno complexo em que, além do elemento jurídico, estão envolvidos elementos políticos, institucionais, sociais, econômicos e também culturais, interagindo em diferentes níveis e de variadas maneiras em cada cenário, estabelecendo tendências de ampliação de normatização, expansão do espectro de questões passíveis de deliberação pelos juízes e tribunais e de adoção de métodos jurídicos e judiciais em outras esferas além das próprias esferas judiciais.

2 DA ATUAÇÃO ATIVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme dito anteriormente, o fenômeno ativista já vinha sendo exercido em meio às cortes brasileiras antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, mas, até então, essa atuação dos magistrados não havia sido relacionada ainda ao ativismo judicial.

A Constituição Federal de 1988 foi o principal fator para que o ativismo se disseminasse e tornasse recorrente no país, dado que, além de outros fatores, a Carta Magna garantiu uma maior liberdade de atuação aos membros do Poder Judiciário.

A doutrina brasileira define um primeiro lapso temporal do ativismo judicial no Brasil correspondente ao período de 1909 a 1926, momento em que vigorava a Constituição de 1891. O contexto jurídico era de debate jurisprudencial acerca da temática do *habeas corpus*.

O instituto do *habeas corpus* sempre teve como objetivo a proteção do direito à liberdade de locomoção individual e, nesse sentido, era a disposição do art. 72, § 22, da Constituição de 1891. Esse dispositivo legal era responsável por regulamentar as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, ainda que de forma bem genérica, o que possibilitava uma interpretação extensiva do texto. Isso de fato ocorreu em 1909, quando os Ministros do Supremo Tribunal Federal realizaram uma interpretação extensiva da norma e expandiram as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*.

Dessa forma, essa foi a origem da atuação ativista no Brasil, haja vista a atuação extraordinária dos magistrados na criação judicial do direito.

Nesse período, também se verifica uma atuação ativista da Corte na interpretação extensiva da tutela possessória para concessão dos interditos possessórios a direitos diversos aos direitos de posse. Assim, passou-se a se permitir que a tutela possessória fosse utilizada como salvaguarda de direitos pessoais, além dos direitos reais que já eram abrangidos por essa tutela. Logo, nessa perspectiva, a tutela possessória poderia ser concedida para resguardar o direito de cobrar tributo.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como a aprovação da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que regulamentou a reforma do Poder Judiciário, abriram novos espaços para a execução da função jurisdicional no Brasil.

O fenômeno do ativismo judicial foi gradualmente se intensificando durante o tempo. No período de 1988 a 2004, houve uma atuação ativista mais fraca até que, no último dia do ano de 2004, foi criada a súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45, conferindo maiores poderes aos membros do Judiciário.

Após o ano de 2004, houve uma atuação mais veemente dos Ministros do STF, pois o Tribunal começou a julgar temas que, até então, conforme a tradição, eram dirimidos pelas autoridades de cargos eletivos, como os temas atinentes à Política, mais especificamente às políticas públicas. Os julgamentos judiciais avançaram para campos que ainda não haviam sido desbravados pelos magistrados.

A intensificação do ativismo judicial pós Constituição de 1988 estaria alicerçada também na inércia do Poder Público, na consecução de políticas públicas e pelo "*suposto desprestígio dos poderes políticos observado na ordem constitucional vigente*".

Somatizado a isso, outra causa seria a "*Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais de eficácia limitada*", que significa uma ausência de regulamentação infraconstitucional das normas constitucionais que demandem complementação de seu texto pela via da legislação.

Nas palavras de LENZA, as normas constitucionais de eficácia limitada "*são aquelas normas que [...] não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de norma*

regulamentadora infraconstitucional a ser editada pelo Poder, órgão ou autoridade competente, ou até mesmo de integração por meio de Emenda Constitucional [...]’.

Atualmente uma das principais críticas feitas ao fenômeno do ativismo judicial é a maneira em que o Poder Judiciário interfere nos outros poderes, o poder judiciário atualmente tem deixado de lado a função de apenas julgar de acordo com as leis passando a julgar e a legislar.

Todavia, não há de se negar a importância do ativismo judicial durante o ano de 2020, quando em meio à pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2, denominado Coronavírus, a crise afetou diversos segmentos, dentre eles a saúde, a educação e a economia, demandando respostas ágeis dos governantes.

Com isso, o Judiciário apresentou-se como o Poder mais preparado para lidar com a questão, como aquele que possivelmente ofertaria a solução mais rápida e efetiva. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal atuou com veemência no combate da pandemia e inúmeras decisões conectadas ao tema foram proferidas pela Corte. Ressalta-se que não foi nula a atuação dos demais poderes de governo, mas as respostas trazidas por eles não foram capazes de tornar dispensável a atividade jurisdicional do STF.

3 DAS IMPLICAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Ainda que o Direito Penal seja um meio de controle social que legitima a intervenção estatal, não se pode olvidar que ele não só é composto por normas jurídico-penais que estipulam sanções em caso de violação de seus preceitos. Também abarca regras e princípios que estabelecem garantias ao cidadão diante do poder punitivo ao exigir uma série de condições para o exercício deste.

O Direito Penal não pode se libertar da política judicial, relacionando-se com o cotidiano, com a experiência e a mudança social, falando a linguagem viva, mutável e equívoca do sistema jurídico em geral. Por isso, ele também necessita de conceitos vagos. Ainda que seja importante deixá-lo claro e objetivo, o mais fechado possível como regra geral, isso nem sempre poderá acontecer, já que as relações sociais não são tão objetivas assim.

De acordo com CHEVALLIER, *"a proliferação normativa no Direito Penal é fruto da insegurança que assola a sociedade contemporânea e decorre da fragilização dos mecanismos de autorregulação social"*.

No ensejo de conter e suprir anseios e demandas sociais, o Poder Legislativo acaba criando e modificando normas de forma efêmera, sem a devida observância de princípios como o da fragmentariedade, da intervenção mínima, da ofensividade, entre outros de igual teor, tradicionalmente sedimentados.

A atuação do Poder Legislativo está cada vez mais política e menos jurídica que para uniformizar os discursos de setores sociais distintos promove intervenções penais despiciendas ou abusivas na tentativa de solver determinados riscos que, ao bem ver, sequer seria da seara penal.

Em uma sociedade onde a segurança pública e individual ainda não é uma realidade garantida pelo Estado assiste-se hoje a uma prolação desenfreada e desarrazoada de inúmeras leis penais e à majoração de seu poder punitivo.

Por isso, existem inúmeras normas penais incriminadoras que apresentam preceitos vagos e variáveis, além de seus naturais elementos objetivos e subjetivos. São os chamados elementos normativos do tipo, que dependem de um juízo de valor a ser exercido pelo magistrado diante de uma situação individual concreta

Muitas vezes a hipertrofia legislativa gera a falta de coerência no próprio sistema normativo penal, onde determinados bens jurídicos menos valorosos são protegidos com tipos e penas mais severos que outros bens jurídicos de ordem axiológica maior.

Não há uma estrutura lógica no sistema criminal, que apresenta inúmeras incongruências, conforme exemplifica MORAES:

"No caso brasileiro, essa irracionalidade legislativa é claramente exemplificada: (...)

A Lei 9.455/97 (Tortura), que permitiu a progressão de regime nos crimes que elenca, mesmo sendo tipificados como hediondos na Lei 8.072/90; a Lei 9.677/98 (Lei dos Remédios) que pune a adulteração e falsificação de cosméticos, com a mesma intensidade aplicada aos remédios propriamente ditos; a Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) que, em relação à data de vigência, permitiu a formação de quatro correntes jurisprudenciais e que, no tocante a algumas figuras típicas, veda a concessão de liberdade provisória, sem impor, por coerência lógica, um possível regime integral fechado; (...)

Impropriedades do Código de Trânsito brasileiro, como a hipótese de lesão corporal culposa na condução de veículos automotores com penas em abstrato completamente incongruentes e desproporcionais à lesão corporal culposa prevista no Código Penal; a injúria manifestada com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem punida com pena de reclusão e equivalente à pena de detenção do crime de homicídio culposo previsto no Código Penal; etc." .

NUCCI afirma que há resquícios na legislação pátria da reunião na pessoa do juiz das funções de acusar, defender e julgar, típicas do sistema inquisitivo.

"Nosso sistema é "inquisitivo garantista", enfim, misto. Defender o contrário, classificando-o como acusatório, é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação da sua opinio delicti, e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém".

Contudo, a Constituição Federal de 1988 adotou, ainda que implicitamente, o sistema acusatório ao fixar a separação das funções de julgar e acusar em seu artigo 129, inciso I:

"São funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei"

Estabeleceu ainda, expressamente, garantias processuais como presunção de inocência (art. 5º, LVII), devido processo legal (art. 5º, XXXVII e LIII) e a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LIV), típicas de um sistema acusatório.

O ativismo judicial que originalmente busca, através do Poder Judiciário, suplantar as deficiências dos demais poderes em propor políticas públicas e produzir leis eficazes para sanar os déficits sociais, acaba se vendo não pode conformar uma gestão probatória de ofício.

A atuação proativa que vemos atualmente nas decisões do Supremo Tribunal Federal reflete a existência de uma politização, de grau indefinido, do Judiciário que colocam os direitos fundamentais na berlinda, numa linha tênue entre sua salvaguarda e violação.

O que se tem visto na atuação proativa do Supremo Tribunal Federal é uma mistura argumentativa claramente no desígnio de eleger bens jurídicos que se deseja tutelar e para se justificar, muitas vezes foge à razoabilidade e proporcionalidade, ferindo de morte a segurança jurídica.

O constituinte ao elencar na Constituição Federal direitos e garantias fundamentais, o fez exatamente porque insculpidos no mais topo do ordenamento jurídico pátrio, diploma condutor de todas as ordens, eles estariam protegidos de oscilações jurídicas e políticas que fatalmente viriam com a evolução da sociedade.

Por ser um instituto jurídico pós-positivista há que se ressaltar o caráter teleológico do ativismo judicial, que surgiu para reavivar o valor das normas e a hegemonia da constituição frente

inoperância dos outros poderes. Sua função originária é a louvável sedimentação do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a atuação da Suprema Corte desvincula-se dos preceitos originários que fundamentaram o ativismo judicial. Em um cenário de ineficácia do direito penal e processual penal, o fenômeno do ativismo judicial vem servindo de fundamentação para interpretações da lei que servem ao sabor de intenções veladas de quem lhes aplica, em rude ataque à Constituição e violação a tudo aquilo que deveria a priori ser protegido. É o ativismo judicial às avessas, que ao justificar a proteção, corrompe os baluartes da proteção de bens jurídicos essenciais tanto aos indivíduos quanto à sociedade.

3.1 Da declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão dos crimes hediondos

Apesar do debate acerca do assunto ter ocorrido nas duas casas Legislativa, entre os representantes eleitos do povo, que editaram, por lei, a vedação à progressão de regime em casos de crimes hediondos, o Supremo Tribunal Federal - STF, alegando uma densa base principiológica, entendeu que tal vedação era inconstitucional.

Por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.

O assunto foi analisado no Habeas Corpus 82.959, impetrado por um condenado pelo crime de atentado violento ao pudor.

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER.

A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. **PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.** Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

(STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510)

Segundo o Plenário, caberá ao juiz da execução penal analisar os pedidos de progressão, considerando o comportamento de cada apenado — o que caracteriza a individualização da pena. O Plenário ressaltou, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade não gerará consequências jurídicas com relação a penas já extintas.

A decisão ensejou na Súmula Vinculante 26:

Súmula Vinculante 26 – Progressão de regime

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Publicação - DJe nº 238/2009, p. 1, em 22/12/2009.

A inconstitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos já vinha sendo discutida pelos especialistas, uma vez que a Lei trazia em seu bojo duas disposições de caráter processual (uma delas relacionada com a própria execução da pena), que não traduziam o espírito democrático insito à Constituição Federal: a proibição da liberdade provisória e a obrigatoriedade do cumprimento da pena no regime integralmente fechado (art. 2º, II e seu § 1º).

O artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, ao tratar dos crimes hediondos, impede, apenas e tão-somente, a fiança, a graça e a anistia, não se referindo à liberdade provisória.

Dessa forma, a lei infraconstitucional não poderia ir além, arvorando-se ao constituinte, proibindo também a possibilidade da liberdade provisória. Ademais, no processo penal a regra é a liberdade, admitindo-se excepcionalmente a prisão provisória em casos de extrema e comprovada urgência e necessidade, o que também remete ao princípio da proporcionalidade, implícito na Constituição.

Observa-se ainda, que o mesmo dispositivo constitucional equipara, em termos de gravidade, os crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, concluindo-se que estes delitos, do ponto de vista constitucional, devem ser tratados com a mesma severidade, inclusive sob o aspecto processual.

Ressalta-se que a Lei 9.455/97, que tratou do crime de tortura e é posterior à Lei dos Crimes Hediondos, não proibiu a liberdade provisória, mas tão-somente a fiança, a graça e a anistia (art. 1º, § 6º), obedecendo-se aos ditames constitucionais.

A lei 8.072/90 também obriga que o condenado pelo crime hediondo cumpra a pena em regime integralmente fechado, o que, além de um absurdo jurídico-penal, também afronta a Constituição, especialmente o seu artigo 5º, XLVI, que trata a respeito da individualização da pena.

A individualização da pena engloba não somente a aplicação da pena propriamente dita, mas também a sua posterior execução, com os benefícios previstos na Lei de Execução Penal, entre eles a progressão de regime.

O Código Penal em seu artigo 59 estabelece as balizas para a aplicação da pena, e prevê expressamente que o juiz sentenciante deve prescrever "o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade", o que indica indubitavelmente que o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito "individualização da pena".

Dessa forma, não se pode admitir que um indivíduo seja condenado a cumprir a sua pena em regime integralmente fechado, vedando-se absolutamente qualquer possibilidade de progressão para o semiaberto ou aberto, ferindo, inclusive, as apontadas finalidades da pena: a prevenção e a repressão.

De acordo com Luiz Luisi:

"o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo(...) Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução(...) Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução. (...) Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais(...) Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa."

Assim, não restando dúvidas que a progressão de regime é parte integrante da individualização da pena, era inconstitucional este "dispositivo hediondo". Aqui também se observa

que a referida Lei de Tortura não determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, mas apenas no seu início.

Importante ainda mencionar a Súmula 698 do STF, a qual foi editada antes de todas as alterações jurisprudenciais e legislativas da lei dos crimes hediondos. Na época, a Lei de Tortura foi editada sem a menção ao regime integral fechado, o que criou muita polêmica e discussão a respeito da ampliação de seus efeitos a todos os crimes hediondos e equiparados.

Os especialistas pediam essa ampliação, o que levou o STF a editar essa súmula, para evitar novos pedidos no mesmo sentido e orientar a jurisprudência no mesmo caminho de interpretação. Apenas a Lei de Tortura, na época, admitia a progressão de regime de cumprimento de pena, ficando todos os demais crimes hediondos e equiparados sem essa possibilidade.

Nada disso hoje faz sentido, pois não mais existem, no Brasil, infrações penais passíveis de cumprimento de pena sem o sistema de progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, incluindo todos os hediondos e os equiparados, alterando apenas o patamar de tempo de pena cumprido para a progressão: 2/5 para réus primários e 3/5 da pena cumprida para réus reincidentes em crimes hediondos e equiparados.

CONCLUSÃO

O presente estudo possibilitou a análise do ativismo judicial, desde sua origem até as consequências de sua influência no Direito mundial, considerando a atuação intervencionista do Poder Judiciário frente às demandas sociais não solucionadas pelos demais poderes.

O ativismo judicial decorre principalmente da vontade do órgão jurisdicional em substituir o ordenamento tal como desenhado, por um ordenamento tal como por ele idealizado, o que pode levar tanto à reconfiguração dos limites da atuação judicial em relação às demais esferas quanto à resignificação das normas de direito material e processual trazidas no ordenamento no momento de sua aplicação pelo órgão jurisdicional.

Ao longo das últimas décadas, com a disseminação do ativismo judicial, o Poder Judiciário tem tomado a liderança na condução de questões de repercussão geral e de grande interesse coletivo, ainda que se trate de questões políticas.

Ao Poder Judiciário foi concedida a capacidade de se imiscuir nas fragilidades, incapacidades e insuficiências dos Poderes Executivo e Legislativo em cumprir as prestações sociais que lhe foram imbuídas, e por mecanismos endógenos instrumentalizar a consecução destes objetivos. Esse é um dos signos do novo estágio que vivencia o direito pátrio.

É fundamental que se chegue a um consenso sobre como o Direito deve ser interpretado e aplicado, o que, inclusive, favoreceria a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ATIVISMO Judicial. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Ativismo_judicial

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.164.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**, de 10 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10651100/artigo-203-da-constituicao-federal-de-1988>.

A POSSIBILIDADE DO USO DE ARMA DE FOGO PELA GUARDA MUNICIPAL E SEUS IMPACTOS NA SEGURANÇA PÚBLICA

LEONARDO BORGES CORREA:
graduando em Direito pelo Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: A Guarda Municipal atua diretamente na Segurança Pública respeitando todas as normas e determinações legais. Com isso, os guardas podem estabelecer convênios, auxílios, acordos, além de outros poderes que são admitidos aos servidores através de leis aprovadas. Com base nisso, Guarda Municipal tem autorização para o porte de arma de fogo, sendo para isso levado em consideração algumas limitações. Quando estas são atendidas, cabe à Guarda Municipal se atentar para que não existam exageros quanto ao poder, visto que o seu principal objetivo é manter a ordem pública no sentido de defesa e preservação de bens e patrimônios públicos, bem como manter a ordem social. Este artigo tem como principal objetivo analisar a relevância e possibilidade do porte de arma de fogo para a Guarda Municipal. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada em livros, teses, artigos e monografias voltadas para a atuação da Guarda Municipal. Como resultado, evidencia-se o quanto a Guarda Municipal atua diretamente na preservação e proteção de bens e pessoas e por isso o porte de arma de fogo se apresenta extremamente importante para a atuação da mesma perante à Segurança Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Arma de fogo. Guarda Municipal. Segurança Pública.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução da história da Guarda Municipal: 2.1. Evolução da história da Guarda Municipal; 2.2 Princípio que envolvem as funções de Guarda Municipal; 2.3. Guarda Municipal e Segurança Pública.; 3. Guarda Municipal e Porte de Arma de Fogo: 3.1 Estatuto Geral da Guarda Municipal; 3.2. Estatuto do desarmamento; 3.3. Prerrogativas para o porte de arma de fogo da Guarda Municipal; 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Guarda Municipal é uma instituição criada pelo município e que por sua vez possui contribuições voltadas para a segurança pública municipal, por causa do poder de polícia que esta possui, atribuída através de leis complementares que regulamentam as suas atividades e funções, bem como direitos e deveres perante a sua atuação na sociedade. Com base nisso, cada município pode estabelecer suas próprias Guardas Municipais, preparando-as e armando-as da forma que acharem melhor.

Assim, o armamento com arma de fogo permite acima de tudo que a Guarda Municipal possa assegurar primeiramente a sua própria segurança, visto que guardas municipais possuem funções de fiscalização e poder de polícia que muitas vezes colocam em risco a vida da pessoa que

está por detrás daquele uniforme. Sem uma arma capaz de defendê-lo de um ataque contra a sua própria vida, se torna inseguro realizar as funções que são atribuídas à Guarda Municipal, comprometendo a segurança pública do município em diversas locais e ambiente nas cidades, sobrecarregando ainda mais as polícias militares e civis.

Este artigo tem como principal objetivo analisar a relevância e possibilidade do porte de arma de fogo para a Guarda Municipal. Como objetivos específicos busca-se demonstrar como aconteceu a evolução histórica da atuação da Guarda Municipal, bem como discriminar sua natureza jurídica; Identificar os princípios que envolvem a atuação da Guarda Municipal e sua autonomia perante situações que exijam poder coercitivo; Explicar a importância do porte de arma de fogo e as possibilidades do uso de arma de fogo pela Guarda Municipal.

A metodologia escolhida é uma pesquisa bibliográfica, no qual foram realizadas pesquisas em teses, artigos, livros, leis, decretos, monografias publicadas voltadas para o porte de arma de fogo pela Guarda Municipal.

2 GUARDA MUNICIPAL E SEU PAPEL NA SEGURANÇA PÚBLICA

2.1 Evolução da história da Guarda Municipal

Para que seja possível compreender se há possibilidade da guarda municipal ter arma, faz-se necessário realizar uma análise histórica do que de fato se compreende ser a Guarda Municipal. Para isso, torna-se indispensável retornar a data de 9 de junho de 1775, que foi o dia que foi criada a primeira instituição policial com o nome de Regimento de Cavalaria Regular da Capitania de Minas Gerais, tendo como membro o senhor Alferes Joaquim José da Silva Xavier, mais conhecido como Tiradentes. Além disso, este chegou ao comando do Dragões em 1781, que tinha como principal função patrulhar a estrada conhecida como “Caminho Novo”, que por sua vez é a rota de escoamento da produção mineradora da capitania mineira ao porto do Rio de Janeiro (BARROSO, 2010, p.34).

Assim, com a chegada da família real portuguesa ao Brasil passou a ser estabelecida uma divisão militar da Guarda Real de Polícia, mais precisamente na data de 13 de maio de 1809, que por sua vez é considerado como o lugar de origem da Guarda Municipal do Estado do Rio de Janeiro, no qual teve como principal foco o policiamento da cidade em um tempo integral, que por sua vez se mostrou eficiente. Posteriormente, em 14 de julho de 1831, para cada Distrito de Paz passou a ter um Corpo de Guarda Municipal que passou a ser conhecido como Divisão Militar da Guarda Real (SODRÉ, 1998, p. 23).

A Guarda Municipal passou a ser extinta no novo governo, em 18 de agosto de 1831, quando Dom Pedro I abdica o seu trono para que o príncipe, Dom Pedro II, possa tomar posse do governo através da Regência Trina, fazendo com que a Guarda Municipal fosse desativada naquele período. Contudo, para que pudesse manter a ordem nos municípios passou-se a ser reorganizados os

Corpos de Guardas Municipais Voluntários no Rio de Janeiro e nas demais províncias em meados de outubro de 1831, passando a essa data que se comemora o Dia Nacional das Guardas Municipais, no qual foi criada a lei da Assembleia Provincial, o Corpo de Municipais Permanente, composto de 100 (cem) praças a pé, 30 (trinta) a cavalo, no qual ficou conhecido como os “cento e trinta e um”(CARVALHO, 2005, p. 100).

2.2 Princípio que envolvem as funções da Guarda Municipal

Pode-se citar que o princípio que envolve a Guarda Municipal é a legalidade, pois até a competência é definida por lei. Diante a isso, discrimina Di Pietro (2012, p.8) que:

Visto que a competência vem sempre definida em lei, o que constitui garantia para o administrado, será ilegal o ato praticado por quem não seja detentor exorbitando de suas atribuições. Nos termos do art. 2º da Lei n. 4.717/65, a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou.

Assim, entende-se que a Guarda Municipal possui um histórico conturbado, dividido entre atos constitucionais ou inconstitucionais, visto que a própria Constituição Federal tornou possível que exista essa Guarda, mas também trouxe consigo prerrogativas com a definição do artigo 144, § 8º, como nestes termos abaixo:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalação, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988, s.p.).

Com base nisso, a Lei n. 13.022, de 2014, que é o Estatuto Geral das Guardas Municipais, repassou poderes à instituição no qual apresentou regras para os Guardas Municipais, como descreve o art. 3º e incisos. No qual pode-se discriminar esses princípios tais quais:

Art. 3º São princípios mínimos de atuação das guardas municipais:

I – proteção dos direitos humanos fundamentais, do exercício da cidadania e das liberdades públicas;

II – preservação da vida, redução do sofrimento e diminuição das perdas;

III – patrulhamento preventivo;

IV – compromisso com a evolução social da comunidade; e

V – uso progressivo da força (BRASIL, 2014,s.p.).

Contudo, a Constituição Federal de 1988 passou a instituir a Guarda Municipal para que protegesse o patrimônio público, mais precisamente os bens públicos, dentro da visão do direito, segundo Capítulo III, do Código Civil, artigo 98 (BRASIL, 2002, s.p). Com isso, afirma-se que são públicos os bens que estão sob o domínio nacional, que por sua vez também pertencem às pessoas jurídicas de direito público interno. Assim, todos os outros são de uso particulares, independentes a quem pertencerem. Além disso, os bens públicos são divididos em uso comum, uso especial e bens dominicais. Como determina o artigo 99 do próprio Código Civil:

Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (BRASIL, 2002, s.p.).

Dessa maneira, pode-se afirmar que os bens públicos de uso comum ou de domínio público que são mares, rios, estradas, ruas e praças, ou seja, de uso da população e coletiva, que é de usufruto de todos. Por outro lado, os bens de uso especial ou administrativo, são bens que são voltados para o serviço públicos, sendo com isso instrumento da atuação administrativa do Estado.

Com isso, seria correto afirmar que são considerados bens públicos os que pertencem à uma pessoa jurídica do próprio Direito Público. Como afirma Bandeira de Melo (2011, p.103) no qual discrimina que “Bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público [...] O conjunto de bens públicos forma o domínio público, que inclui tanto bens móveis como bens imóveis”.

Pode-se ainda descrever que os bens denominados de patrimônio disponível são os que se diferenciam dos bens de domínio público, mesmo fazendo parte destes, mas porque não são utilizados diretamente pela administração pública, mas podem ser usados para qualquer finalidade, inclusive podendo ser alienado pela própria administração pública. Por isso que Machado (2009, p.118) afirma que “bens públicos são aqueles que estão sob o poder público e possuem utilidade

coletiva como as águas, jazidas, subsolo, espaço aéreo, florestas, mangues, e o patrimônio histórico”.

Com isso, depois de descrever o que é considerado como bem público, pode-se apontar a partir desse momento o inciso V, do artigo 3º, que é o Estatuto Geral das Guardas Municipais, que por sua vez descreve o princípio para a atuação dos guardas municipais apontando o uso progressivo da força, descrevendo-se que durante o flagrante de um delito, o guarda municipal possui o principal dever e obrigação de direcionar o autor da infração diretamente para a delegacia, fazendo com que seja preservado o local onde aconteceu o crime, visto que faz parte de sua função advinda da Guarda Municipal proteger o patrimônio ecológico, o valor cultural e histórico, bem como todo o projeto arquitetônico de cada município, podendo inclusive criar medidas que sejam preventivas ou ainda educativas (BRASIL, 2014, s.p.).

Além disso, existem competências exclusivas que estão descritas dentro do Capítulo III, do Estatuto Geral dos Guardas Municipais, contanto que possa existir uma divisão entre os órgãos federais e estaduais, fazendo com que possa inibir ou ainda coibir as infrações administrativas penais, bem como atos considerados infracionais que possam atentar contra bens, serviços e instalações pertencentes ao município. Ou seja, a guarda municipal age perante os civis de maneira preventiva (BRASIL, 2014, s.p.).

2.3 Guarda Municipal e Segurança Pública

A Guarda Municipal atua diretamente na Segurança Pública respeitando todas as normas e determinações legais. Com isso, os guardas podem estabelecer convênios, auxílios, acordos, além de outros poderes que são admitidos aos servidores através de leis aprovadas, como discrimina Filho (2015, p.46):

O poder administrativo representa uma prerrogativa especial de direito público outorgada aos agentes dos Estados. Cada um desse terá seu cargo e execução de certas funções. Ora se tais funções foram por lei cometidas aos agentes, devem tu exercê-las, pois que seu exercício é voltado para beneficiar a coletividade. Ao fazê-lo, dentro dos limites que a lei traçou, pode dizer que usaram normalmente os seus poderes.

Com isso, pode-se afirmar que o uso do poder é utilizado para manter as funções dos agentes perante a Guarda Municipal. Contudo, este somente é utilizado conforme a prerrogativa que é conferida a cada situação. Dentro dessa vertente, cabe compreender como funciona o conhecido “Poder de Polícia”, que por sua vez é o poder que a Guarda Municipal e a Polícia possuem que é limitado somente para que se faça cumprir a lei voltada para o interesse da coletividade, em prol da paz e tranquilidade pública. Este por sua vez é trazido à baila no art. 78 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitado ou disciplinando o direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (BRASIL, 1966, s.p.).

Dessa maneira, pode-se afirmar que o Poder de Polícia é um poder exercido pela Guarda Municipal no sentido de tentar manter a ordem e evitar os abusos praticados pelo poder individual de cada um dos cidadãos. Com base nisso, o Poder de Polícia é como um limite imaginário que existe entre as práticas que são permitidas por lei e as que são consideradas como abusos, se apresentando como nocivas para o coletivo, se apresentando contrárias às leis e inconveniente para a coletividade e bem estar social.

Por isso, Braga (1999, p.57) afirma que o Poder de Polícia não é exclusivo da Polícia militar, como discrimina nestes termos abaixo:

O poder da polícia inexistente, e seria uma aberração que existisse. Pode a organização policial usar do poder de polícia, que pertence à administração pública, para as finalidades que lhe competem: atribuições de polícia preventiva em manter a ordem, evitar as infrações penais e garantir a segurança e de polícia judiciária apurar as infrações penais não evitadas, investigar e provar os fatos, auxiliando na realização da justiça criminal. Logo poder de polícia não é um poder da Polícia Militar.

Por isso que a Guarda Municipal pode sim também exercer o seu poder de polícia, pois a sua atuação está dentro dos requisitos apresentados para manifestar esse poder, visto que é um ente da Administração Pública, embasada por lei para agir mantendo a ordem e o bem estar social da coletividade, estabelecendo limites entre os individuais e particulares. Como discrimina Carvalho Filho (2015, p.78):

A competência para exercer o poder de polícia é, em princípio da pessoa federativa a qual a constituição federal conferiu o poder de regular a matéria. Na verdade, os interesses nacionais ficam sujeitos a regulamentação e policiamento da união; as matérias de interesse regionais sujeitam-se as normas e a polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal.

No entanto, basta esclarecer a diferença entre a polícia administrativa e a judiciária, visto que ambas trazem consigo a representatividade do interesse público e da coletividade em suas atividades, mas o que diferencia entre ambas é o que discrimina Mello (2011, p.826):

Costuma-se mesmo, afirmar que se distingue a polícia administrativa da polícia judiciária com base no caráter preventivo da primeira e repressivo da segunda. Esta última seria a atividade desenvolvida por organismo – o da polícia de segurança – que cumularia funções própria da polícia administrativa com a função de reprimir a atividade dos delinquentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal, atividades que qualificariam a polícia judiciária. Seu traço característico seria o cunho repressivo, em oposição ao preventivo, tipificador da polícia administrativa.

Ainda, conforme o mesmo autor, cabe distinguir cada uma das polícias, visto que a polícia administrativa tem a principal função de fazer com que atividades consideradas antissociais possam ser impedidas em prol do bem de toda a população, enquanto que a polícia judiciária responsabiliza os violadores da ordem jurídica (MELLO, 2011, p.851).

Com isso, entende-se que a polícia administrativa está focada em prevenir, evitar o problema antes que aconteça, que no caso é o dano ou os prejuízos para a ordem social. Por outro lado, a polícia judiciária está voltada para reparar o problema quando este já aconteceu, sendo repressiva. No entanto, afirma-se que cada poder precisa respeitar o espaço do outro, como afirma Ventris (2010, p.55):

É condicionado à preexistência de autorização legal, explícita ou implícita, que outorgue a determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir, não podendo, no entanto, ferir as liberdades públicas, ou seja, as faculdades de autodeterminação, individuais e coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo estado.

Com isso, a Guarda Municipal está direcionada para a forma preventiva e por isso age evitando que danos sejam causados ao patrimônio público, realizando com isso patrulhamento preventivo, no intuito de realizar a preservação do direito à cidadania e liberdade pública, assim também como busca garantir direitos fundamentais através do seu poder de polícia e suas intervenções advindas da administração. Cabe afirmar que a Guarda Municipal não atua dentro das atividades pertinentes à polícia judiciária, no qual para estes existe a Polícia Militar e Polícia Civil. Visto que, as guardas municipais existem exclusivamente para proteger patrimônios e bens, serviços e instalações do município, não sendo discriminada para esta a função da polícia ostensiva que está direcionada para a preservação da ordem pública (GASPARINI, 1992, p.236).

Contudo, existe a compreensão por parte de alguns municípios de que a Guarda Municipal faz parte de uma divisão administrativa que representa o Estado, compreendendo-se que a proteção de bens, serviços, instalações, envolvendo a proteção também da segurança pública no qual está inserida a defesa do Estado, no qual se utiliza de processos metodológicos para realizar essa prevenção, como catalogação, controle estatísticos, observação e intervenção de agir. Esses itens citados agindo em conjunto com o policiamento preventivo (BORGES, 2017, p.45).

Dessa forma, a atuação da Guarda Municipal consta dentro da Constituição Federal no tocante dos direitos e garantias voltados para os direitos fundamentais no qual toda a sociedade tem o direito à segurança pública. Contudo, a sua atuação envolve a preservação dos bens e patrimônios como uma forma de salvaguardar os direitos da coletividade como o usufruto de serviços oferecidos através do uso de bens e patrimônios do município, como no caso de praças, lagos, usufruto de eventos culturais, que por sua vez faz parte de um dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Por isso que Bruno (2004, p.46-47) discrimina que “resta ao gestor das coisas municipais, laborar no sentido de atuar nesta área de segurança pública, porém, submetendo-se a limitação constitucional, onde poderá haver atuação municipal apenas na proteção dos bens, serviços e instalações da própria municipalidade”. Com base nisso, pode-se inclusive compreender que se a Guarda Municipal consegue preservar uma parte ela também cuida do todo, pois através dessa preservação consegue manter outros direitos fundamentais garantidos para toda a sociedade brasileira.

3 GUARDA MUNICIPAL E PORTE DE ARMA DE FOGO

3.1 Estatuto Geral da Guarda Municipal

Dentro do capítulo VIII do próprio Estatuto Geral das Guardas Municipais são discriminadas as prerrogativas mais específicas sobre o porte de arma por agentes da Guarda Municipal. Como discriminado no próprio art. 16 que por sua vez afirma que “Aos guardas municipais é autorizado o porte de arma de fogo, conforme previsto em lei”. Deixa-se claro e evidente que a Guarda Municipal pode ter o porte de arma de fogo exclusivamente para defesa e preservação dos bens públicos, no entanto sendo respeitados todos os limites que estão estabelecidos por lei, visto que a arma é o símbolo principal do poder coercitivo e preventivo (BRASIL, 2014, s.p.).

Cabe a Guarda Municipal se atentar para que não existam exageros quanto ao poder, visto que o seu principal objetivo é manter a ordem pública no sentido de defesa e preservação de bens e patrimônios públicos. Meirelles (2003, p.108) afirma que precisa ter cuidado para que o excesso de poder não seja dado às mãos de um agente da Guarda Municipal de maneira que este fuja do foco para qual é destinada a Guarda Municipal, nestes termos:

O excesso de poder ocorre quanto a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência legal e, com isso,

invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo. É uma forma de abuso de poder que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade e até mesmo no crime de abuso de autoridade [...].

Contudo, mesmo a Guarda Municipal, armada ou não, existe um certo conflito com relação à norma que trata do porte de arma de fogo, estabelecendo com isso normas mais específicas sobre o seu uso para cada município. Esta norma passou a ser conhecida como o Estatuto do Desarmamento (BRASIL, 2003, s.p.).

Dessa forma, a atuação da Guarda Municipal é regulada de forma mais específica, visto que está incluso o seu fardamento, equipamentos que podem ser utilizados e transporte destes, deixando em evidencia inclusive cores, que por sua vez é discriminada no art. 21 do Estatuto Geral das Guardas Municipais, que afirma que a Guarda Municipal usa uniforme e equipamentos padronizados, sendo, portanto, a cor desses uniformes, preferencialmente, na cor azul-marinho (BRASIL, 2014, s.p.).

Entende-se com isso, que para o uso de arma de fogo por parte da Guarda Municipal primeiramente precisa existir uma compreensão do Estatuto do Desarmamento, visto que o objetivo principal desta guarda é manter a paz social e a ordem pública perante a preservação de bens e patrimônios públicos do município (BRASIL, 2003, s.p.).

3.2 Estatuto do desarmamento

A Lei n. 10.826/2003 é a lei que estabelece normas específicas sobre o uso de armas de fogo, bem como a sua comercialização, registro e posse de armas de fogo em todo território nacional. Com base nisso, cabe analisar se a Guarda Municipal pode de fato ter porte de arma de fogo para atuar no município. Como não há nada especificado dentro da Constituição Federal, então foi preciso existir uma lei específica para regulamentar o porte de armas no Brasil.

Essa lei passou a ser conhecida nacionalmente como o Estatuto do Desarmamento (BRASIL, 2003). Por sua vez, mais precisamente dentro do art. 6º, incisos III e IV passou a ser discriminada a possibilidade das Guardas Municipais atuarem armadas dentro de suas funções, *in verbis*:

Art. 6º. É proibido o porte de arma de fogo em território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

[...]

III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;

IV – os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço; [...].

No entanto, os respectivos equipamentos somente são repassados para cada agente após preparo e treinamento técnico da Guarda Municipal, como discrimina o art. 42 e seus respectivos parágrafos dentro do Estatuto do Desarmamento, nestes termos:

Art. 42. O Porte de Arma de Fogo aos profissionais citados nos incisos III e IV, do art. 6º, da Lei n. 10826, de 2003, será concedido desde que comprovada a realização de treinamento técnico de, no mínimo, sessenta horas para armas de repetição e cem horas para arma semi-automática.

§ 1º O treinamento de que trata o caput desse artigo deverá ter, no mínimo, sessenta e cinco por cento de conteúdo prático;

§2º O curso de formação dos profissionais das Guardas Municipais deverá conter técnicas de tiro defensivo e defesa pessoal;

§3º Os profissionais da Guarda Municipal deverão ser submetidos a estágio de qualificação profissional por, no mínimo, oitenta horas ao ano.

§ 4º Não será concedido aos profissionais das Guardas Municipais Porte de Arma de Fogo de calibre restrito, privativos das forças policiais e forças armadas (BRASIL, 2003, s.p.).

Depois de discriminado o limite do uso da arma de fogo pela Guarda Municipal, foram criados Decretos e Portarias para tentar ampliar o uso da arma de fogo por agentes da Guarda Municipal, entretanto todas foram revogadas de pleno direito, porque não tiveram o poder suficiente para contrariar a Lei n. 10.826/2003. Visto que a função da portaria é tirar dúvidas voltadas para os servidores e o decreto voltado para regulamentar ou disciplinar a aplicação da lei. Com base nisso, Meirelles (2003,p.66) discrimina que:

Portarias são atos administrativos internos pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos, não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública.

Assim, conforme discriminado, não há uma previsão dentro da lei que a Guarda Municipal possa ter o porte de arma de fogo fora do seu serviço, pois para a atuação de entes públicos somente é permitido o que está em lei. Como discrimina Meirelles (2003, p. 111):

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput) significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Dessa maneira, para a Guarda Municipal ter arma de fogo faz-se necessário também que os guardas façam testes psicológicos, principalmente se tiver casos de disparos de arma de fogo, como discrimina art.43 do respectivo Estatuto do Desarmamento. Como pode-se observar no respectivo artigo 43, *in verbis*:

Art. 43. O profissional da Guarda Municipal com Porte de Arma de Fogo deverá ser submetido, a cada dois anos, a teste de capacidade psicológica e, sempre que estiver envolvido em evento de disparo de arma de fogo em via pública, com ou sem vítimas, deverá apresentar relatório circunstanciado, ao Comando da Guarda Civil e ao Órgão Corregedor para justificar o motivo da utilização da arma.

Além disso, se apresenta como responsabilidade do Ministério da Justiça, toda a preparação da Guarda Municipal, mediante o seu respectivo convênio com o município, nestes termos:

Art. 40. Cabe ao ministério da Justiça, diretamente ou mediante convênio com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados ou Prefeituras, nos termos do §3º do art. 6º da Lei n. 10.826, de 2003:

- I – conceder autorização para o funcionamento dos cursos de formação de guardas municipais;
- II – fixar o currículo dos cursos de formação;
- III – conceder Porte de Arma de Fogo;
- IV – fiscalizar e controlar o armamento e a munição utilizados.
- V – fiscalizar e controlar o armamento e a munição utilizados.

Parágrafo único. As competências previstas nos incisos I e II deste artigo não serão objeto de convênio (BRASIL, 2003, s.p.).

Entretanto, para o Exército Brasileiro fica determinada a autorização para a aquisição da arma de fogo para a Guarda Municipal. Entretanto, aqueles que possuem corregedoria própria, que podem apurar as infrações disciplinares advindas da Guarda Municipal, a autorização para que possa ser concedida a arma de fogo poderá vir da Polícia Federal, como está discriminado no art. 44 da mesma lei, nestes termos:

Art. 44. A Polícia Federal poderá conceder Porte de Arma de Fogo, nos termos do §3º do art. 6º da Lei n. 10.826, de 2003, às Guardas Municipais dos municípios que tenham criado corregedoria própria e autônoma, para a apuração de infrações disciplinares atribuídas aos servidores integrantes do Quadro da Guarda Municipal.

Visto que dependerá da existência de uma corregedoria. Com isso, pode-se observar que a Guarda Municipal pode ter o porte de arma de fogo, no entanto precisa lidar com as limitações para o uso da mesma.

3.3 Prerrogativas para o porte de arma de fogo da Guarda Municipal

Pode-se afirmar que uma das limitações mais perceptíveis perante ao porte de arma de fogo para a Guarda Municipal, dentro do ordenamento jurídico, é justamente o limite voltado para o número de habitantes, discriminado dentro do art. 6º, incisos III e IV, do respectivo Estatuto do Desarmamento (BRASIL, 2003, s.p.). Contudo, trata-se que essa limitação fere o princípio da isonomia, discriminado dentro da própria Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 5º, no qual afirma que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Visto que essa limitação por cidade afirma que se tiver menos de 50 mil habitantes a Guarda Municipal não precisa ter porte de arma de fogo, fazendo com o seu poder de polícia não possa ser exercido com eficiência. Assim, o direito à segurança não pode ser mensurado e limitado para uns determinados municípios, mas deve ser estendido para todos. Diante disto Mello (2011, p. 102) afirma que:

Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim, consagrado pelos mandamentos legais que erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados.

Fica cristalino que a partir do momento que o respectivo artigo discrimina limitações conforme quantidade de habitantes para que a Guarda Municipal possa fazer uso de porte de arma de fogo, trata de forma desigual os municípios referentes a esse requisito, sendo tratados com mais segurança apenas municípios que possuem mais habitantes. Assim, conforme o respectivo artigo, uma cidade que possui 49 mil habitantes não precisa ter uma segurança mais reforçada, mesmo tendo ocorrências significativas que coloquem em risco os patrimônios e a ordem social, sem comparada com as de 50 mil, mesmo sendo constitucional que todos sejam tratados iguais perante a lei.

Como discrimina Ventris (2007, p. 29-30):

Como tudo na vida tem seu lado positivo e seu lado negativo, o Estatuto do Desarmamento veio por um ponto final numa discussão interminável: a Guarda Municipal pode ou não ser armada? A partir deste Estatuto ficou bem claro que as Guardas Municipais podem ser armadas. Não resta mais questionamentos, tornou-se ponto pacífico. O lado negativo foi querer desarmar as corporações de alguns municípios criando um critério esdrúxulo, ou seja, o número de habitantes, sabidamente não é o número de habitante que determina se uma guarda pode ser ou não armada, mas sim, a sua qualificação para tal.

Dentro dessa mesma discussão dos artigos que ferem a Constituição no princípio da isonomia, pode-se citar a Portaria da Polícia Federal n. 365, mais precisamente no seu art. 3º, II, que discrimina quantidade de habitantes no município com cinquenta mil para poder oferecer o uso do porte de arma de fogo. Nestes termos:

Art. 3º O porte de arma de fogo funcional para integrantes das Guardas Municipais será autorizado:

[...]

II – somente em serviço e dentro dos limites territoriais do município, para os integrantes das Guardas Municipais dos municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes.

[...].

Além disso, estabelecer uma quantidade mínima de habitantes para que a Guarda Municipal possa ter porte de arma de fogo expõe aqueles habitantes à condições de mais insegurança, como afirma Casagrande e Silva (2010, p. 98):

Nos municípios com menos de 50 mil habitantes as Guardas Municipais não podem portar arma de fogo. O legislador autorizou-se a presumir que todos os membros destas corporações, ainda que fiscal da lei e agente do Poder Público Municipal, é potencialmente perigoso para a segurança pública e agente estimulador da violência desenfreada que assolou nosso país. Mostra a falta de observância ao princípio constitucional da isonomia, bem como o da autonomia dos municípios, quando o legislador inseriu na referida lei o critério numérico.

Mesmo que a Guarda Municipal não possa exercer o seu poder de polícia na sua totalidade, por causa dos requisitos a serem analisados para o porte de arma de fogo, esta atua colaborando com a Polícia Militar das cidades, tornando-se evidente o grau de importância da atuação da Guarda Municipal nas cidades com pequenos habitantes, visto que a Polícia Militar em cidades pequenas, devido a demanda pode deixar a desejar em alguns momentos, podendo a Guarda Municipal reforçar a segurança dos bens públicos e patrimônios, bem como pode colaborar em manter a ordem social. Se apresenta como incoerente a Guarda Municipal não poder aplicar esse poder, visto que para a vigilância particular não há limitações para o uso da arma de fogo mesmo em cidades pequenas, utilizando-se desse recursos em todos os patrimônios para defender bens e patrimônios particulares.

Vale ressaltar que o Estado não dispõe de policiais militares suficientes para que estejam presentes em espaços municipais para resolver problemas ou ainda agirem mantendo a ordem. Por isso, deixa-se evidente a necessidade da Guarda Municipal exercer o seu poder de polícia podendo colaborar com o combate ao crime (CARVALHO, 2017, p. 122).

Existem várias situações em que o porte de arma de fogo se torna necessário para impor autoridade e poder de polícia para a Guarda Municipal, e a falta deste poder causa prejuízos para a função do guarda municipal, como no caso de proteção de bens públicos que atuam no trânsito através do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997, s.p.). Justamente sendo mais uma competência que foi repassada para o município a fiscalização do trânsito de forma direta através do controle do tráfico de veículos, sendo que uma das principais pautas dos encontros da Guarda Municipal é que esta esteja equipada corretamente e adequadamente para exercer essa fiscalização nos municípios (CARVALHO, 2005, p. 129).

Um exemplo que pode ser citado foi o caso que aconteceu na cidade de Tubarão/SC, no qual um guarda municipal de 33 anos acabou falecendo, sendo vítima de tiros quando tentou capturar assaltantes que tinham roubado uma relojoaria. A vítima morreu com tiros na cabeça, chegando a óbito antes mesmo de ser socorrido. Levando-se a consideração que por não ter uma arma de fogo, além de não conseguir impedir a fuga dos assaltantes ainda perdeu a própria vida. Vale ressaltar que o foco da Guarda Municipal não envolve somente a segurança pública mas a defesa social, que é o seu papel perante a comunidade.

4 CONCLUSÃO

Conforme todo o exposto, pode-se concluir que se torna perceptível o quanto a Guarda Municipal possui uma atuação ampla, mesmo que suas atribuições estejam mais voltadas para a prevenção do que para a resolução de problemas, como no caso da Polícia Militar e da Civil, ainda sim os guardas municipais estão expostos a riscos quando exercem suas funções de fiscalização, cabendo a estes atuarem bem equipados com arma de fogo para exercer o poder de polícia.

Além disso, a Guarda Municipal sob porte de arma de fogo pode colaborar para a resolução de problemas considerados urgentes como no caso de desastres, emergências de alto risco, defesa civil, calamidades públicas, tumultos, e outros problemas.

Com o crescente aumento da violência no país, se tornou fundamental que a Guarda Municipal, no exercício de suas funções possa atuar com arma de fogo para exercer as suas atividades de preservação a vida, à ordem e consiga manter os bens e patrimônios público como forme de salvaguardar todos os direitos fundamentais da população. Além disso, o agente que trabalha para a Guarda Municipal vive com a constante sensação de insegurança por exercer fiscalização e poder de polícia sem uma arma de fogo para que possa manter a ordem e ao mesmo tempo preservar sua própria segurança para realizar sua atividade laboral em nome do município, convivendo com uma constante sensação de vulnerabilidade.

Vale ressaltar que a própria Constituição discrimina que a Guarda Municipal faz parte da Segurança Pública, visto na esfera da atuação da Guarda Municipal envolve interesse público no tocante da educação, saúde, transporte e segurança pública. Além disso, pode-se citar que países do primeiro mundo já compreenderam que somente é possível combater a criminalidade se a Guarda Municipal conseguir exercer também poder de polícia com a capacidade de salvaguardar a vida de todos e a vida do guarda atuante.

Portanto, o porte de arma de fogo é autorizado para a Guarda Municipal e precisa ser repassado para esta para que possa exercer seu poder de polícia não somente para proteger patrimônios, bens públicos, mas também para defender pessoas e a si mesmos, visto que são pessoas que trabalham em nome do município. A presença da Guarda Municipal armada traz menos insegurança para os locais, visto que para este guarda ter porte de arma de fogo estará preparado para atuar e utilizar esse recurso, deixando a população mais protegida, pois a polícia militar estaria livre para atender casos que são considerados mais arriscados.

Com base nisso, sugere-se para estudos futuros a investigação voltada para a atuação da Guarda Municipal como polícia comunitária na tentativa de reduzir e controlar a criminalidade nos bairros.

5 REFERÊNCIAS

BARROSO, G. **História Militar do Brasil**. Companhia Editora Nacional, 2ª. Ed. V. 49, São Paulo. Rio de Janeiro. Recife. Porto Alegre. 2010.

CARVALHO, C.F. **O que você precisa saber sobre a guarda municipal e nunca teve a quem perguntar**. Curitiba. 2005. Disponível em:< <https://docplayer.com.br/4159134-O-que-voce-precisa-saber-sobre-guarda-municipal-e-nunca-teve-a-quem-perguntar.html>>. Acesso em 10 out 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:< <https://bit.ly/3rP9pOe>>. Acesso em 10 out 2022.

BRASIL. **Lei n.13.022**, de 8 de agosto de 2014. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm>. Acesso em 10 out 2022.

BANDEIRA DE M., C. A. **Curso de direito administrativo**. 29 Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MACHADO, A. C. da C. **Código civil interpretado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, J.S.C. **Manual de direito administrativo**. 28ª Ed. Revista e ampl, atual. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Art. 78 que dispõe sobre o poder de polícia voltado à segurança**. 1966. Disponível em:< <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10581742/artigo-78-da-lei-n-5172-de-25-de-outubro-de-1966>>. Acesso em 10 out 2022.

BRAGA, C.A. **Guarda Municipal**: manual de criação, organização e manutenção, orientações administrativas e legais. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VENTRIS, O. **Guarda municipal poder de polícia & competência**: ensaios e pareceres. Canal 6, São Paulo, 2010.

GASPARINI, D. As Guardas Municipais na Constituição Federal de 1988. **Revista de informação legislativa**, Senado Federal, a. 29, v. 113, jan.-mar. 1992.

BORGES, L.J.M.J. O poder de polícia das guardas municipais e a municipalização da segurança pública. **Revista Jus Navigandi**. 2017. Disponível em:< <https://bit.ly/3yF5FCW>>. Acesso em 10 out 2022.

BRUNO, R. M. **Guarda municipal**: criação e funcionamento. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, M. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SODRÉ, N.W. **História militar do Brasil**. Civilização Brasileira, 2^a. Ed. V.40, Rio de Janeiro, 1998.

A IMPORTÂNCIA DOS CARTÓRIOS NA DESJUDICIALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS

JOALIS SILVA DOS SANTOS:
graduando em Direito pela
Universidade Católica do
Tocantins.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA

(orientadora)

RESUMO: A atividade notarial e registral é de titularidade do Estado, mas por força de lei constitucional foi delegada ao particular que a exerce em caráter privado e tem o dever de conferir segurança jurídica, transparência e estabilidade aos atos praticados. Os cartórios ganharam significativo espaço nos últimos anos, de modo que no âmbito das serventias extrajudiciais, há a possibilidade de serem feitos uma série de procedimentos antes delegados apenas ao Poder Judiciário tais como os que dizem respeito a certos tipos de divórcios, união homoafetiva, inventários entre outros. Diante da crise do Judiciário, a morosidade da prestação jurisdicional, a burocracia e a onerosidade, tornaram-se fatores prejudiciais e ameaçadores ao direito de acesso à justiça, até mesmo nas relações privadas, que poderiam ser solucionadas sem a interferência dos aplicadores da lei. Os legisladores buscaram criar normas inovadoras que viabilizassem soluções para amenizar o problema, dentre as quais foi implantada a faculdade do procedimento dissolutório conjugal e da sucessão hereditária, nos casos previstos na Lei Nº 11.441/2007, pela via extrajudicial, sem a obrigatoriedade de haver intervenção do Estado Jurisdicional. Portanto, o termo “desjudicializar” não quer dizer apenas “tirar do judiciário”, mas, facultar a escolha dos jurisdicionados pela via judicial ou administrativa. Vale ressaltar que limites devem ser observados, principalmente no que se refere aos pressupostos específicos de admissibilidade. Para tanto se formaram grupos de estudos, que culminaram em normas disciplinadoras que necessitam ser analisadas a fim de proporcionar maior segurança e efetividade ao ato, e uma vez aperfeiçoada, deverão ser colocados em prática para que possam surtir efeitos benéficos à sociedade, objetivos da lei em tela.

Palavras-Chave: Judiciário. Cartório. Desjudicialização.

1 INTRODUÇÃO

Os cartórios agem de forma ativa como um instrumento da desjudicialização, atuando na medida em que a legislação permite, fazendo separação e divórcios consensuais, corrigindo erros evidentes, fornecendo registros de nascimento de forma tardia e principalmente atuando em reconhecimentos de paternidade sem ter necessidade de um processo anterior na esfera judicial, desde que com consentimento das partes envolvidas.

A desjudicialização pode assustar uma parcela dos profissionais da área do direito, que acreditam sair em desvantagem com a crescente deste movimento, porém a evolução do sistema judiciário, não deve estacionar diante do medo e de interesses que não visam o bem da coletividade. Ao contrário do que se pensa a desjudicialização, não irá interferir em nada no Poder

Judiciário e nem ao menos em suas atribuições, o procedimento extra judicial, quer apenas desafogar o judiciário e ampliar as relações através de diálogo entre as partes.

Enaltecendo as intenções do legislador ao simplificar as separações e os divórcios consensuais e os inventários pela via extrajudicial, encontra-se inteiramente constituídas em nosso sistema, com a nova lei, probabilidade do restabelecimento conjugal ser feito pela via administrativa, independentemente de a separação ter se operado judicialmente.

No que se refere à alteração do regime de bens, em que pese não ser matéria pacífica na doutrina e na jurisprudência, a corrente majoritária entendem que referida alteração seria viável pela possibilidade de ser realizada concomitantemente a reconciliação do casal pela via judicial.

Nesse aspecto, é imprescindível a devida chancela do magistrado por ser requisito expresso na lei, mormente porque o juiz deverá analisar e valorar os motivos expostos pelo casal, - o que terminantemente está fora da órbita e da competência do tabelião, tornando-se assim impossível a alteração do regime de bens no ato da reconciliação pela via administrativa.

Ante ao tudo exposto, denota-se claramente que a celeridade proporcionada às partes em obter o divórcio ou separação pela lei novel, inobstante a possibilidade de alguns operadores do direito de processar e homologar uma petição com o mesmo objetivo em um dia, na maioria dos casos sabe-se que demorava meses para serem finalizados todos os trâmites exigíveis.

Quanto à comprovação do lapso temporal, como é cediço, ao Tabelião compete observar se as partes estão livremente manifestando suas vontades, sem qualquer vício ou coação, pelo que poderá em caso de dúvida se eximir de lavrar a escritura, devendo ainda instruir sobre os efeitos.

2 O PODER JUDICIÁRIO NUMA PERSPECTIVA GERAL E A JURISDIÇÃO

De início, vale destacar que o Poder Judiciário, assim como outros poderes, é independente. Possui, nesse sentido estrutura, orçamento e autonomias administrativas próprias. Sua organização, entretanto, deverá seguir os ditames da Constituição Federal. Sua função principal consiste em exercer a jurisdição (em latim *jūrisdictionis*, que significa direito de dizer). Pedro Lenza (2021, p. 553), ao parafrasear Ada Pellegrini, resume que

Uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Conforme explicitado, a jurisdição se caracteriza pela substituição dos titulares dos interesses pelo Estado, a quem caberá decidir o direito toda vez em que for procurado. Nesse

sentido, conforme estampado no artigo 5º, XXXV da Carta Magna, “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de Direito”.

A jurisdição surgiu com o escopo de se evitar a justiça com as próprias mãos (autotutela), sendo um instrumento de controle social. É o que acontecia nos primórdios da sociedade e das civilizações, em que o homem, cru no conhecimento das regras elementares de convivência, buscava satisfazer a justiça por intermédio do olho por olho ou da vingança contra os membros da família do agente lesionador, por exemplo.

Mesmo no Brasil, havia, por meio das capitâncias hereditárias, uma jurisdição não pública. A Igreja Católica exercia certa soberania em assuntos da família, entre outros. Nos tempos modernos, é inadmissível aceitar várias jurisdições, estranhas ao Poder Judiciário.

Nessa Jurisdição estatal, existe a seguinte definição: “poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide” (GRECO FILHO, 2015, p. 131). Esse poder deverá ser exercido pelo Estado-Juiz, a quem caberá a incumbência de decidir o litígio.

A jurisdição também pode ser entendida como um direito fundamental de todo o cidadão. Isso em virtude de todos possuírem o direito de serem julgados por um juiz revestido pelo poder estatal, que julgará com imparcialidade e seguindo os ritos processuais definidos por lei. Não consiste, assim, em apenas um poder-dever do Estado (LOPES JÚNIOR, 2019).

A jurisdição é vital para dar aplicabilidade às leis. E, por intermédio da jurisdição, é a base das leis, pois sem a aplicação do Direito não existe norma jurídica. Os magistrados, nesse diapasão, são os agentes públicos que exercem a jurisdição.

Como exceção, a jurisdição pode ser exercida pelo Poder Legislativo ou Executivo, no exercício de suas funções atípicas. O Poder Legislativo, ao julgar o impeachment, e o Executivo, ao punir servidores públicos infratores com sanções administrativas exercem a jurisdição. No entanto, como forma típica, a jurisdição só pode ser exercida pelo Poder Judiciário. Para ilustrar, é interessante citar a aula de Afonso da Silva(2016, p. 554) sobre os antecedentes da jurisdição moderna, ao explicar que

A jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado (artigo 5º, XXXV). Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se jurisdições feudais e jurisdições baronais. Lembre-se de que os donatários das capitâncias hereditárias no Brasil colonial dispunham da jurisdição civil e criminal nos territórios de seus domínios. No período monárquico brasileiro, tínhamos a jurisdição eclesiástica, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada a certos funcionários, rodeados de certas garantias: os magistrados.

Conforme destacado a jurisdição não dependida somente do Estado, mas a particulares específicos, sejam senhores feudais, donatários das capitâneas hereditárias ou eclesiásticos da Igreja Católica. Atualmente, conforme explicitado pelo aludido constitucionalista, a jurisdição cabe ao poder judiciário, por intermédio de seus respectivos magistrados, divididos ao longo do território, com poderes de julgar a lide no limite de suas atribuições e dos limites territoriais traçados. O Estado, então, por intermédio do Poder Judiciário, busca, utilizando-se do processo, investigar qual dos litigantes tem razão, aplicando, ao final, a lei ao caso litigioso em comento.

A respeito do exposto, Greco Filho (2015, p. 131) define a Jurisdição como “poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide”. A jurisdição, explica o citado doutrinador, é um poder, porque atua como revelação da potestade estatal em face das partes em contenda. De igual modo é, ainda, uma função, porque cumpre o desígnio de fazer valer a ordem jurídica posta em suspeita em detrimento de uma pretensão resistida. Por fim, é uma atividade, consistente em uma série de atos e manifestações externas de declaração do direito.

Conforme explanado, a jurisdição é fundamental para o suporte das leis, de modo que sustenta todo o arcabouço legalístico de um país. Os magistrados, nesse diapasão, são fundamentais para a segurança e aplicabilidade das leis. Quando a parte verificar que as leis não estão sendo aplicadas, deverá buscar no Poder Judiciário a solução do problema.

Em linhas gerais, no que concerne às funções atípicas (tais como administrar os próprios recursos e legislativas), pode-se dizer que os tribunais brasileiros possuem o poder de gerir suas próprias questões administrativas e financeiras, e elaborar o seu respectivo regimento interno, sem interveniência de quaisquer outros Órgãos. Do mesmo modo que o Poder Judiciário possui funções atípicas, conforme explanado anteriormente, a jurisdição também poderá ser função atípica de outro Poder.

A jurisdição, desse modo, não é exclusiva do judiciário, mas constitui em função típica de outros poderes, devendo a exercer nos casos e limites previstos na legislação atinente à questão. No entanto a jurisdição só poderá ocorrer com o amparo do auxílio do acesso ao Poder Judiciário e acesso à justiça.

3 A MOROSIDADE JUDICIAL *VERSUS* A CELERIDADE PROCESSUAL

A morosidade do Poder Judiciário, que prejudica significativamente o acesso à justiça, é conhecida há muitos anos pela população brasileira. Também se conhecem o excesso de recursos existentes e as infatigáveis formalidades da liturgia processual, que afetam drasticamente o provimento jurisdicional, a credibilidade da justiça e a segurança da tutela do bem jurídico. Existem numerosos motivos que causa a morosidade jurisdicional.

O mais apontado pela doutrina pacífica, no entanto, é o excesso de recursos existentes e, decorrente disso, a possibilidade de a parte não aceitar a decisão do juiz da causa e procurar em

instâncias superiores a resposta jurisdicional, fato que sobrecarrega os tribunais e prejudica seriamente a pronta resposta jurisdicional.

Na prática, o juiz da causa, monocrático, não tem a sua decisão respeitada, tendo em vista que as partes irão recorrer até as últimas instâncias por aquilo que considera seu. Contudo isso causa um grave prejuízo ao trâmite processual, que passa a demorar inúmeros anos para que se tenha uma resposta para a demanda jurisdicional. Outra causa apontada pela doutrina como motivadora da morosidade jurisdicional é o excesso de processos existentes (PAROSKI, 2012).

Com o aumento populacional e a conscientização da população no que atine aos seus direitos, a migração da população rural para as cidades, a evolução dos meios tecnológicos, entre outras diversas variáveis socioeconômicas facilitaram significativamente o acesso à justiça, o que causou, como efeito colateral, o excesso de processos nas diversas instâncias do judiciário. O que se percebe é que a morosidade processual não seja propriamente uma novidade dos tempos modernos, ela atinge a sociedade humana desde os tempos imemoriais e, como resultado dessa transformação social, cresceu o número de conflitos (OLIVEIRA, 2017).

Nesse contexto, observa-se que apenas propiciar o acesso à justiça não é o bastante, tendo em vista que essa é prestada a desempo, não respeitando a razoável duração do processo no intuito de assegurar a todos que necessitam desse serviço um acesso em tempo ágil (LENZA, 2021).

O procedimento, modo como anda o processo, também é apontado como determinante da morosidade do judiciário. O excesso de procedimentos na ritualística processual prejudica significativamente a agilidade dos autos, tendo em vista que, em muitos casos, os formalismos são anacrônicos (antiquados) com o princípio da celeridade e incompatíveis com os anseios de um direito processual moderno e tutor das relações sociais.

Ou seja, a morosidade é incompatível com a justiça do processo. Isso contraria a máxima de que "a justiça tarda, mas não falha". Pelo contrário, a justiça que tarda contribui com a injustiça. Um Poder Judiciário forte deverá primar, acima de tudo, pela razoável duração do processo.

Os custos processuais com a morosidade são mais altos e isso afeta o princípio da igualdade, visto que somente as partes com mais poder econômico conseguem evitar essa delonga, na contratação de bons advogados, bem como nos pagamentos das custas processuais. A população carente é a que mais sofre com essa realidade, visto que essa demora prejudica o acesso à justiça, não tendo condições financeiras suficientes para pagar todos os gastos de uma demanda judicial.

Os Tribunais Superiores, dentro de suas respectivas esferas jurisdicionais, também perpetraram constantes ações no sentido de combater a morosidade, assegurando assim a razoável duração do processo. Entre as diversas possibilidades dos órgãos jurisdicionais no combate à morosidade, talvez o mais proeminente seja a instalação do sistema informatizado de processos (E-proc). Vários Estados, em seus respectivos Tribunais de Justiça, inclusive o Tocantins, já aderiram a essa reformulação tecnológica, buscando alcançar novos êxitos no combate à morosidade.

O processo em meio eletrônico facilita o recebimento do processo, o qual, após recebido, será registrado, autuado, classificado e distribuído. Também proporciona maior transparência, facilitando o acesso tanto dos advogados quanto das partes aos autos. Isso permite a inserção das petições iniciais digitalizadas, a gravação dos depoimentos em áudio, citações e intimações eletrônicas, entre outras.

Diante dos avanços tecnológicos, é fundamental que o judiciário busque uma prestação jurisdicional mais acessível e tempestiva. Os recursos tecnológicos são os mais fortes aliados dos tribunais no combate à morosidade. Conforme destacado pelo coordenador de processo eletrônico da Justiça Federal, da 4ª Região, Sérgio Tejada Garcia, com o uso do processo eletrônico E-proc, uma apelação cível, por exemplo, passou a ser julgada, em média, 77,21% mais rapidamente no citado Tribunal (CNJ, 2015).

Esses fatores não podem ser negligenciados. Mesmo que ainda seja demorada a prestação jurisdicional, com o E-proc, a situação tende a ficar mais favorável para a sociedade que espera o provimento jurisdicional. Assim, conforme destacado pelo procurador da Advocacia Geral da União, Eduardo Alexandre Lang (CNJ, 2015), “o E-proc acelerou incrivelmente a velocidade dos nossos processos, além de gerar uma grande economia de recursos e uma otimização de nossa infraestrutura”.

Conforme exposto, o processo eletrônico preserva os documentos, vistos que estes não poderão ser extraviados, danificados ou perdidos. As partes também poderão consultar os processos em qualquer lugar, bastando ter acesso à internet e o login necessário. No entanto o E-proc não nasceu pronto. Deverá ser aperfeiçoado constantemente, de modo que acompanhe as constantes modificações tecnológicas existentes.

4 O DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

O princípio da autonomia da vontade, consagrado no art. 5º, II da Constituição Federal dispõe que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

Assim, embasado na lei em estudo, o interessado goza de uma gama de opções, dentre as quais a de primeiramente eleger o tipo de procedimento, seja judicial ou extrajudicial, além de lhe ser assegurado o direito de, a qualquer momento, requerer a suspensão do procedimento pelo prazo de 30 dias, ou mesmo a desistência do processo já em trâmite, para a promoção pela via extrajudicial, conforme dispositivo no art. 2º. da Resolução 35/2007 do CNJ, como também escolher o Tabelião para lavratura da escritura, independentemente de jurisdição (PINHO, 2018).

Outra faculdade é a de retificação de erros porventura ocorridos na lavratura da escritura, desde que haja o consentimento de todos os interessados. Incidindo sobre erros materiais, poderá ser procedida à retificação de ofício pelo Tabelião ou por requerimento de qualquer das partes, ou de seu procurador (DINIZ, 2017).

Convém ainda ressaltar que segundo o art. 25 da Resolução 35/2007 do CNJ, é permitida a sobrepilha por escritura pública, mesmos que atinente a inventário e partilha judiciais já concluídos, independentemente que a parte atualmente capaz, à época do óbito ou do procedimento do inventário não o fosse.

Quanto ao prazo para abertura do inventário e partilha por escritura pública, regulamenta mencionada Resolução, que inexistente prescrição, apenas é atribuído ao tabelião fiscalizar o recolhimento de eventual multa, seguindo-se a legislação tributária estadual e distrital específicas.

Por outro lado, configura-se ainda a faculdade do comparecimento pessoal das partes no ato da lavratura da escritura prevista na lei supra mencionada, podendo-se fazer representar por procurador legalmente constituído. Convém ressaltar que a procuração, obrigatoriamente, deverá ser pública, descrevendo os poderes especiais, além da previsão das cláusulas essenciais, a qual terá validade máxima de trinta dias (OLIVEIRA, 2017).

É permitido ao Tabelião a recusa de lavrar a escritura de separação ou divórcio, inventário ou partilha, desde que haja vestígios de fraude ou desconfiância das declarações das partes, uma vez que para a conquista do reconhecimento de suas atribuições se faz mister tomar precauções, ter muita seriedade e zelo pelas suas funções.

Na nova visão trazida pela Lei Nº 11.441/07, a autonomia privada e o consenso surgem como subsídios relevantes para que a via extrajudicial constitua mais uma hipótese de legalização das relações jurídicas concernentes ao matrimônio bem como o direito sucessório, semelhante ao instituto da mediação, surgiu assim uma possibilidade para que o indivíduo acione o Estado-administrador por outra via que não seja a judicial (GOLÇALVES, 2021).

Questão polêmica levantou-se sobre as inovações inseridas com a Lei Nº 11.441/2007 que trouxe à baila à faculdade de se fazer a separação e o divórcio extrajudicial sendo a parte representada por procuração. Alguns operadores do direito não aceitavam essa modalidade na separação e o divórcio judicial (DIAS, 2021).

Na aplicação da lei novel, a burocracia foi dando espaço à prática, buscando-se aperfeiçoar a convergência estatuída no Código Civil de 2002, no sentido de facilitar a atuação das partes. Neste rumo enveredou Miguel Reale, quando trata a operabilidade, como meio de facilitar a interpretação e a aplicação dos institutos no Código previstos, concepção esta, que embora mais simples, parece mais eficiente.

De acordo com a Lei Nº 11.441/07, o advogado tem o compromisso de orientar os interessados, seja na separação ou no caso de inventário ou partilha, sobre todos os direitos e obrigações consequentes, inclusive da faculdade de optar pela via judicial ou extrajudicial. Verifica-se divergência sobre a dispensa de homologação do inventário e partilha por escritura pública e do art.1.031 do mesmo diploma legal, que determina a homologação judicial nos casos de partilha amigável, inclusive quando for por escritura pública (GONÇALVES, 2021).

Antes da vigência da Lei nº11.441/2007, já havia a possibilidade de ser feita a partilha pela via amigável, quando embasada na vontade dos herdeiros capazes, enquanto a judicial, fundada

em sentença, decorrente da falta de acordo das partes ou da existência de incapazes na transação. Porém, há entendimentos que só se faz necessária a homologação judicial no caso em que a partilha amigável for efetuada por escrito particular, quando for formalizada pelo Tabelião será dispensável.

No processo democrático o acesso a justiça desempenha um relevante papel ao habilitar o cidadão a tutelar seus interesses e possibilitar a sociedade a composição pacífica dos seus conflitos. Interessa-nos agora a primeira onda renovatória da universalização do acesso que focou a assistência judiciária como instrumento apto a propiciar serviços jurídicos aos pobres (KOLLET, 2017).

Importante frisar que além da gratuidade do ato é admissível a assistência judiciária gratuita, ou seja, o patrocínio da causa àqueles que não têm condições financeiras para contratar advogado.

5 INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

As alterações pela Lei Nº 11.441/2007, que tratam da realização de inventário e partilha mediante escritura pública, na forma administrativa, tem como requisitos indispensáveis a maioria e capacidade de todos interessados, a inexistência de testamento deixado pelo falecido, bem como de que estejam todos concordes.

De acordo com Ceneviva (2020, p. 43):

Rompendo com a longa tradição do nosso direito de exigir a obrigatória participação título causa mortis, surge a revolucionária Lei nº 11.441/2007 para alterar a redação do presente art. 982 do CPC e restringir expressamente a atuação judicial aos inventários fundada em testamento ou aos inventários de que participe algum incapaz como interessado. Não havendo testamento, NE, incapaz envolvido, e desde que todas as partes estejam concordes, o procedimento jurisdicional do inventário e partilha é substituído pela escritura pública (escritura pública de inventário e partilha) a ser celebrada nos termos do novo parágrafo único deste art. 982 .

Quanto à opção de procedimentos, esboçado na mencionada norma processual é decisiva, seus requisitos se diferem, não podendo haver conflito na preferência do procedimento judicial ou administrativo. Se o falecido deixar testamento, ou na existência de herdeiros incapazes – independentemente de ser a partilha amigável ou litigiosa – o procedimento só poderá ser feito via judicial.

Em caso de opção pela via extrajudicial, se faz mister o preenchimento dos seguintes requisitos básicos: a) inexistência de testamento deixado pelo falecido em vida; b) todos os herdeiros devem ser maiores e capazes; c) a partilha deve ser amigável. Na falta de qualquer uma

dessas condições ou existindo suspeita na partilha de bens entre os herdeiros, o procedimento adequado será o judicial (CARVALHO, 2019).

Lavrada a escritura, a praticidade para obter a regularização de bens e direitos em nome dos herdeiros, é muito melhor se comparado com a via judicial, pois, em casos desta natureza, a participação do juiz se tornou meramente burocrática. Verificada a presença dos requisitos fundamentais comuns, procedida a escolha pela via extrajudicial, e estando as partes assistidas por advogados, serão ainda científicas as partes da possibilidade de optar pelo tabelião de sua confiança para lavrar a escritura, mesmo que seja de outra cidade ou Estado (MONTEIRO, 2021).

Para diminuir o risco de aparecimento posterior de um herdeiro, ou desconhecimento de uma ação de investigação de paternidade o Colégio Notarial do Estado de São Paulo, criou uma central de Escrituras de Separação, Divórcio e Inventários, CESDI.

Ademais, é facultado ao tabelião ir à residência da parte ou ao escritório do advogado, tomando as precauções de não invadir outra circunscrição. Não sendo, portanto, limites de competência em relação ao domicílio das partes ou local do falecimento, sendo assim mais uma das faculdades da lei (CAHALI, 2014).

A escritura de inventário é título executivo hábil, permitindo a realização de múltiplos atos próprios da sucessão, tais como: registro atualizado de imóvel, registro de veículo no Departamento de Trânsito (DETRAN), levantamento de dinheiro em instituição bancária, e vários outros. Os referidos institutos apresentam-se bem mais práticos do que os que as ações que tramitam pela via judicial, onde a interveniência do magistrado seria simplesmente burocrática (CENEVIDA, 2020).

Cumprido explicar, que com a nova redação dada pela 11.441/07, modificou-se os prazos para abertura e encerramento do inventário, conforme se infere do art. 983 do CPC, referido artigo, vem a beneficiar os interessados que tenham perdido o prazo para ajuizamento de ação a possibilidade de optarem pela via administrativa

A alteração provocada pela Lei Nº 11.445/07 I disciplina e abaliza as diretrizes de todo o procedimento extrajudicial do inventário, partilha, separação e divórcio consensual. Embora a norma de direito material, artigo 2.015 do Código Civil, já houvesse disciplinado a probabilidade de formalizar a partilha amigável por escritura pública, sem interferência do Poder Judiciário, nada mencionava a respeito da existência de testamento ou não, como condição para lavratura de escritura pública (BROTTO, 2019).

A Lei determina expressamente que o inventário será obrigatoriamente judicial no caso de o autor da herança ter deixado testamento (art. 982, Primeira parte, do CPC). Porém, se todos os herdeiros forem capazes e houver consenso, a partilha amigável poderá ser efetivada por três modos distintos, resultando no mesmo fim, os quais sejam: escritura pública, o termo nos autos do inventário e o escrito particular.

Assim considera-se uma evolução em nosso sistema: realizada a entrega de toda a documentação exigida, imediatamente poderá ser programada uma data para a lavratura da

escritura pelo Tabelião, obedecendo aos requisitos exigíveis e com a presença de todos os herdeiros ou seus representantes legais e respectivo advogado na condição de assistente.

A nova Lei modernizou o ordenamento jurídico brasileiro, tornando mais rápido o procedimento do inventário e partilha amigável, questionados neste trabalho, e também da separação e divórcio consensual, tornando a sua efetivação muito mais simples, célere e eficaz.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Lei 11.441/2007, foram inseridas importantes inovações no panorama jurídico nacional, notadamente alterando paradigmas a muito consolidados na seara civilista ao permitir a realização de inventários e partilhas, separações ou divórcios consensuais sejam feitas em Cartório, extrajudicialmente. A Lei é procedimental, tendo como escopo a simplificar os procedimentos, tornando-os mais céleres e menos onerosos, facilitando a composição e resolução das demandas e consequentemente desafogar o Poder Judiciário.

Até a promulgação da referida lei só era possível a realização da dissolução conjugal e a formalização da sucessão hereditária pela via judicial. A convicção das partes não era o bastante para concretizar o ato, dependia de um procedimento demorado, burocrático e consequentemente oneroso, apenas para ratificar o que, de fato já estava concretizado.

Em alguns casos, a imposição única da via judicial para resolver conflitos, acarretava um grande volume de pedidos, resultando na burocracia e no acúmulo de processos que acabavam em muitos casos, transformando o simples em difícil e o rápido em demorado, repercutindo de forma evidente na insatisfação dos litigantes, por outro lado desestimulando a busca pela prestação jurisdicional.

No que se refere à separação e o divórcio, por se tratar de direito personalíssimo e ter jurisdição voluntária, especificamente, para os casos em que não houvesse litígio, inexistindo filhos menores ou incapazes, procurou-se com a lei 11.441/2007, tendo em vista sua natureza amigável, resolver-se referidos institutos em cartórios extrajudiciais, sendo obrigatória a assistência de advogado.

No que tange a possibilidade de restabelecimento da sociedade conjugal, verificou-se relevante evolução com as inovações trazidas pela citada lei, posto que este procedimento passou a se dar pela via extrajudicial.

Inovando, a supra mencionada lei, ao tratar de inventário e partilha, simplificou a sua realização, facultando que seja processado pelo notário, sendo requisitos de admissibilidade além da concordância das partes, a maioridade e capacidade de todos interessados, além da inexistência de testamento deixado pelo falecido, situação em que se torna imprescindível atuação do magistrado.

A inovação trazida pela desjudicialização configura um avanço e uma revolução, embora se depare com oposições por toda parte e interpretações anacrônicas daqueles mais resistentes à

evolução. Diante de um sistema em que se protocola um recurso no andar térreo do Tribunal e só depois de três anos ele chega ao gabinete do desembargador, não podemos culpar o juiz, a quem é atribuída a análise a fim de com “sabedoria” resolver o caso. O erro reside na nossa legislação. Portanto é necessário mudar e adaptar-se às mudanças.

Por isso, devemos receber a novidade introduzida pela lei como um avanço em nossa sociedade e, sobretudo, como uma medida que visa a facilitar a vida das pessoas, não apenas como algo que veio para desafogar o judiciário.

REFERÊNCIAS

BROTTO, Alexia A. Rodrigues, FREITAS, Cinthia O. de A. **Sistemas computacionais para o poder judiciário: prestação** jurisdicional, acesso e inclusão social. 2019. Disponível em www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/brasilia/01_391.pdf> Acesso em 24 nov. 2022

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dias Daniel de. **Direito das sucessões, inventário e partilha**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

CASSETARI, Christiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática**. 7ª ed.rev., atual e ampl. -Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DINIZ, Maria Helena. Direito civil: **Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010, dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito de família. Vol VI. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

KOLLET, Ricardo Guimarães. **Manual do tabelião de notas para concursos e profissionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JÚNIOR, Auri. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: 2019.

LUZ, Valdemar P. da. **Dissolução do casamento: separação e divórcio judicial e extrajudicial** (Dissolução por escritura pública, Lei nº 11.441/07, de 04.01.07). Florianópolis: Conceito, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direito de família. Vol. 02.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

OLIVEIRA, Euclides de. **União estável – Do concubinato ao casamento:** antes e depois do Novo Código Civil. 6.ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

PINHO, Ruy Rebello. **Separação, divórcio e inventário em cartório:** Aspectos jurídicos e práticos da nova lei 11.441/07. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL, A PALAVRA DA VÍTIMA E OS RISCOS DE CONDENAÇÃO

ANDREY LUCAS DE SOUZA QUEIROZ:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Fametro - Manaus

RESUMO: O crime de estupro de vulnerável encontra-se tipificado no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro. Trata-se de um crime absoluto quando se falar de um menor de 14 anos, sendo considerado irrelevante apesar do consentimento da vítima. Estuda como o crime em questão tem tomado cada dia mais relevância na sociedade, visto que nesses momentos os olhos se viram mutuamente para quem é a vítima, para quem cometeu o crime e, principalmente, para quem irá conduzir o procedimento em busca de uma sentença, visto que este último terá apenas o testemunho da vítima para fins de comprovação do ato. Demonstra o assunto com relação a palavra da vítima, trazendo respostas para sua importância e consequências. Busca entender o valor do testemunho da vítima, em que poderá gerar condenações que não condizem com a realidade, em outro ponto, destacar os principais mecanismos probatórios, como por exemplo: exames periciais. Analisa possíveis traumas desencadeados nas vítimas, que possam vir a prejudicar na identificação do autor do ato. Aborda sobre os princípios da presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Vítima. Condenação. Provas.

ABSTRACT: The crime of rape of a vulnerable person is typified in article 217-A of the Brazilian Penal Code. It is an absolute crime when talking about a minor under 14 years old, being considered irrelevant despite the victim's consent. It studies how the crime in question is becoming more and more relevant in society, since at these moments the eyes turn mutually to who is the victim, to who committed the crime and, mainly, to who will conduct the procedure in search of a sentence, since the latter will only have the victim's testimony to prove the act. It demonstrates the subject in relation to the word of the victim, bringing answers to its importance and consequences. It seeks to understand the value of the victim's testimony, which can generate convictions that do not correspond to reality, and to highlight the main evidential mechanisms, such as expert examinations. It analyzes possible traumas triggered in the victims, which may harm the identification of the author of the act. Addresses the principles of presumption of innocence and the principle of *in dubio pro reo*.

KEYWORDS: Rape of Vulnerable. Victim. Conviction. Evidence.

1 INTRODUÇÃO

O crime de estupro sempre existiu nas sociedades e, assim como inúmeros outros tipos penais, no Brasil, sofreu um longo processo de evolução de interpretação, conotação e valoração no ordenamento jurídico. Observar, com os conhecimentos, ideias e valores contemporâneos, a primeira lei que trouxe a tipificação do estupro no país, o Código Penal do Império, a reação de fato será assustadora, haja vista que em muito, desde àquela época, a sociedade progrediu em seus valores socioculturais, o que permitiu que hoje se imprimisse a interpretação ao crime de estupro de vulnerável que a Lei nº 12.015/2009 conferiu. Isto não significa que, como cidadãos, o ápice do

conhecimento fora atingido e que o crime de estupro não mais sofrerá mutações no Código Penal, afinal as leis acompanham, em um regime democrático de direito, as necessidades da comunidade em que estão inseridas e estas, com o decorrer do tempo, sofrem transformações.

Não é novidade para ninguém, tendo se tornado fato público e notório, que condenados por estupro, diversas vezes, acabam por morrer, durante o cumprimento de suas penas, assassinados pelos próprios presidiários, tamanha repulsa moral que o delito possui perante a sociedade brasileira. Quando não morrem, são vítimas do seu próprio crime e, geralmente, são estuprados na prisão.

Seguindo essa linha de raciocínio, estudasse a necessidade do direito das ciências penais, além do poder legiferante, pensando no uso de ferramentas e profissionais adequados, ou seja, conferir maior aparato aos julgamentos desta natureza, que visem proporcionar maior segurança nas decisões tomadas pelos jurados e magistrados.

Na modalidade de estupro em situação de vulnerabilidade, etapa deste artigo, ainda subsista a figura da criança facilmente manipulável pelo meio social em que está inserida, podendo até ser objeto de alienação parental, tema que será abordado discutido ao longo do artigo. Isso obriga os jurados e juízes a redobrar o cuidado na coleta de provas a partir das palavras da criança a suposta vítima, pois há o risco de manchar o perpetrador e, portanto, cair no conceito de perjúrio.

Em suma, esta pesquisa enfrenta os seguintes problemas: "no ordenamento jurídico brasileiro, sejam utilizados os meios mais adequados e devidamente dotados

de máxima segurança jurídica possível na tomada de decisões sobre julgamentos, principal alegação é estupro de uma pessoa vulnerável? Existem riscos de se ter uma condenação injusta em casos de crime de estupro de vulnerável, caso o julgador tenha como subsídio apenas a palavra da vítima? Os juízes e magistrados brasileiros prestam atenção para as características de fragilidade da prova do crime, neste caso pesquisas para que eles estejam convencidos de que os meios utilizados e disponíveis são adequados por convicção?". Entre as questões colocadas, este artigo visa analisar, refletir, pesquisar e desenvolver postos-chaves envolvendo o crime de estupro de vulnerável, para, desta forma, evitar as falsas condenações que o assolam, conferindo maior segurança jurídica às decisões tomadas pelos jurados e magistrados.

O trabalho aqui apresentado está relacionado com a lei e a própria sociedade brasileira, na medida em que busca evitar que uma pessoa seja condenada por um crime que não cometeu. Tal objetivo tem implicações não apenas para a esfera individual dos cidadãos, mas para a comunidade como um todo, uma vez que a segurança jurídica nas decisões relacionadas ao estupro de pessoas vulneráveis está ao alcance de qualquer pessoa, por qualquer motivo, acusada de crimes conexos. Além disso, vale ressaltar que, ao eliminar a ocorrência de condenações injustas, o sistema prisional brasileiro também se beneficia, pois menos pessoas serão presas, o que constitui um importante remédio para a atual superlotação carcerária do país.

Portanto, demonstra-se um estudo sobre estupro de pessoas vulneráveis. Em seguida, vai ao cerne das questões relativas à pesquisa social e psicológica necessária para a compreensão dos crimes, e comenta possíveis melhorias na formação de condenações por tais crimes por parte de jurados e magistrados, com o objetivo de dar segurança jurídica às decisões.

2 DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE

Vulnerável, termo de origem latina, *vulnerabilis*, em sua origem vem a significar a lesão, corte ou ferida exposta, sem cicatrização, feridas sangrentas com sérios riscos de infecção.

Em primeiro plano, o legislador atribui a condição de *vulnerável* ao menor de 14 (quatorze) anos ou a quem, por *enfermidade* ou *deficiência mental*, não tem o *necessário discernimento para a prática do ato*, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

É indiscutível que toda pessoa humana é vulnerável, é por este motivo a existência da própria lei para que possa ser realizada a tutela necessária. A partir desse ponto que a proteção legal passa a ser lente pela qual possa ser visualizado aquele que se apresente como o mais frágil, necessitando de cuidados especiais.

2.1 O legislador e o conceito de vulnerabilidade

Para o legislador a vulnerabilidade trata-se da absoluta e da relativa. Segundo Bitencourt (2012, p. 95) o questionamento é totalmente diferente, ou seja, não se trata da presunção absoluta ou da relativa, trata-se do pressuposto da vulnerabilidade, que se entende que existe, mas não se sabe o grau, intensidade ou extensão.

As leis editadas após a Constituição Federal de 1988 carregam um comprometimento diferenciado, não só na sua estrutura legislativa como também nas tutelas anunciadas. As proteções são as mais variadas dentro da esfera dos direitos fundamentais, como a vida, a saúde, a cidadania, a segurança, educação, cultura, moradia, alimentação, esporte, lazer, trabalho, liberdade, dignidade e acesso à justiça, independentemente de classe social, de origem, raça, orientação sexual, cultura, renda, idade, religião ou qualquer outra forma de discriminação, além do que, num só artigo, a Lei Maior resume a isonomia que deve prevalecer no Estado Democrático de Direito.

A Lei nº 11.340/2006, conhecida por Maria da Penha, é exemplo dessa “nova” tarefa legislativa. Apresenta claramente seus objetivos, as políticas públicas voltadas para o combate à violência doméstica e os mecanismos para atingir seus fins, além dos tipos penais específicos. Dentre tantas, existem outras leis, tais como a Lei nº. 11.343/2006 e a Lei nº. 12.015/2009 que tratam da “nova” tarefa legislativa.

Desse modo, lentamente, a palavra vulnerabilidade foi ganhando espaço nas ordenações brasileiras. A lente do legislador voltou seu foco para a perspectiva do fraco, aquele que, por razões das mais diferenciadas matizes, não reúne condições iguais à do cidadão comum, tendo como fonte de referência a figura do *homo medius*.

De forma direta ou indireta, a vulnerabilidade ingressou no Código Penal, exigindo um espaço para explorar sua dimensão. No entanto, a realidade é que o legislador utiliza o termo vulnerabilidade para diversos enfoques, sendo assim, entende-se que há concepções distintas de vulnerabilidade.

2.1.1 A doutrina e o conceito de vulnerabilidade

Para a doutrina, o conceito de vulnerabilidade é capaz de influenciar práticas sociais. Segundo Costa (2012, p. 13) são conceituados como vulneráveis aqueles que:

Vivem à margem da lei, crianças, idosos, mulheres, deficientes, analfabetos, menores de quatorze anos órfãos ou abandonados e dependentes químicos estes correm o risco de sofrer ataques, roubos, golpes e até violência sexual. Vulnerável é um termo presente no código penal que tipifica um tipo de violência a indivíduos considerados vulneráveis. Este termo dedica-se ao direito como uma expressão que qualifica grupos sociais ou indivíduos mitigados juridicamente ou politicamente no que se refere a efetivação da promoção, da proteção ou garantia de direitos. O Estado assume um papel importante para preservar a dignidade da pessoa humana dos vulneráveis no que concerne a promoção do desenvolvimento físico, intelectual, moral e social.

Já Carmo e Guizardi (2017, p. 05) vulnerabilidade é:

característica de quem é incapaz, inferior, frágil ou delicado, é mais susceptível a danos físicos, morais e sociais. Neste caso, a vulnerabilidade pode ser permanente ou passageira, o que também indica fraqueza no comportamento social quando expostos a determinados aspectos como: desigualdades econômicas, étnicas, culturais e outros.

Houaiss, por sua vez, assim o define: "que pode ser fisicamente ferido; sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido".

Assim, o indivíduo é visto como um bem que deve ser conservado para a própria perpetuação da humanidade. As imperfeições fazem parte da natureza humana, mas se apresentam como obstáculos a serem superados. Do contrário, não se justifica a grandiosidade do ser humano.

3 DO CONCEITO DE ESTUPRO

Toda pessoa tem o direito e a liberdade de escolher com quem quer se relacionar, deste modo o estupro mostra-se como um crime que atinge diretamente este direito, na medida em que o agressor coage e força a vítima à conjunção carnal, ou à prática de atos libidinosos, sendo estes últimos entendidos pela doutrina como todo o ato destinado a satisfazer a lascívia e o apetite sexual, incluído neste conceito o beijo lascivo, e que independe do contato entre genitálias.

Segundo Salim e Azevedo (2017, p. 461), o tipo penal busca a proteção do bem jurídico liberdade sexual, consistente na faculdade de disposição do próprio corpo (a pessoa possui liberdade de escolha dos parceiros sexuais). Em uma dimensão mais ampla, tutela-se a própria dignidade do ser humano.

Ao adentrarmos no conceito de estupro, entende-se que sua característica nada mais é do que se encontra expresso no caput, ocorre quando há prática de conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso. Nesse sentido, Masson (2014, p. 132) diz que:

A conjunção carnal consiste na introdução total ou parcial do pênis na vagina [...]. Ato libidinoso é o revestido de conotação sexual, a exemplo do sexo oral, do sexo anal, dos toques íntimos, da introdução de dedos ou objetos na vagina ou no ânus, da masturbação etc. A propósito, a conjunção carnal constitui-se em ato libidinoso, mas foi expressamente destacada pelo legislador. Nesse caso, a relação entre agente e vítima pode ser heterossexual ou homossexual.

De modo geral, o crime de estupro encontra-se tipificado no artigo 213 do Código Penal, que traz a seguinte redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Vale ressaltar que, o termo “alguém” transcrito no artigo acima, evidencia o fato de que qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo ou passivo no crime de estupro, inexistindo no ordenamento jurídico contemporâneo, a ideia ultrapassada e de cunho machista de que apenas a mulher pode ser vítima e o homem agressor no tipo penal em comento.

Além disso, Sanches (2017, p. 482) diz que:

Tutela-se a dignidade sexual da vítima, constrangida mediante violência ou grave ameaça. O vocábulo estupro, no Brasil, se limitava a incriminar o constrangimento de mulher à conjunção carnal. Outros atos libidinosos estavam tipificados no artigo seguinte, que protegia, também, o homem. Resolveu o legislador, com a edição da Lei 12.015/2009, seguir a sistemática

de outros países (México, Argentina e Portugal), reunindo os dois crimes num só tipo penal, gerando, desse modo, uma nova acepção ao vocábulo estupro, significando não apenas conjunção carnal violenta, contra homem ou mulher (estupro em sentido estrito), mas também o comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso.

Hoje a lei unificou os dois crimes e se os atos libidinosos forem praticados em momentos distintos ou ao mesmo momento terá o réu que responder por vários estupros em concurso material, ou seja, mais de um crime similar ou não, tornando como diz o direito continuidade delituosa, e dependente da circunstância a qual foi cometido o crime a pena poderá ser majorada.

3.1 Do estupro de vulnerável

Segundo o dicionário, vulnerável é aquele que tende a ser danificado, derrotado, ou aquele que detém a condição de frágil. No que condiz ao crime de estupro, a legislação diz que a condição de vulnerável é concedida: aos menores de 14 (quatorze) anos de idade; às pessoas portadoras de enfermidade ou doença mental, que não tenham o necessário discernimento para a prática do ato e, por fim às pessoas impossibilitadas de oferecer resistência.

O Código Penal dispõe da seguinte redação:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Estando o sujeito condicionado a mesma pena se praticar conduta tipificada no §1º do mesmo artigo, o qual dispõe:

§1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Neste caso, o tipo penal traz dois verbos principais: o verbo *ter* e *praticar*. Logo, não é necessário que ocorra a violência, conforme o caput do artigo 217-A que vem prevendo a configuração do crime, seja no ato sexual quanto a prática de qualquer ato libidinoso com pessoa vulnerável. Para Masson (2014, p. 125) "o Código Penal tem em vista a integridade de determinados indivíduos, fragilizados em face da pouca idade ou de condições específicas, resguardando-as do início antecipado ou abusivo na vida sexual."

Para Delgado (2009, p. 10) a lei com todas as controvérsias acerca dos crimes de estupro e estupro de vulnerável se enquadravam na hediondez, o artigo 1º da Lei 8.072/90 inseriu em seu texto que esses dois delitos se tratavam de crimes hediondos:

Em síntese, o abuso sexual deve ser entendido como uma situação de ultrapassagem (além, excessiva) de limites: de direitos humanos, legais, de poder, de papéis, do nível de desenvolvimento da vítima, do que está sabe, compreende, do que o abusado pode consentir, fazer e viver, de regras sociais e familiares e de tabus. E que as situações de abuso infringem maus tratos às vítimas. (FALEIROS, 2000, p. 7 apud BREMM e BIDARRA, 2008)

Portanto, se busca a penalização do agente que pratica a conduta delitativa com vulnerável, sendo menor de 14 anos, ou que tenha enfermidade ou deficiência mental, por exemplo, e que não possua discernimento.

Tratando do discernimento e a impossibilidade de resistência da vítima, que o tipo penal traz em seu bojo, no §1º sobre a prática do ato libidinoso ou da conjunção carnal, que está relacionada com a vítima que não tenha discernimento mental ou que não ofereça resistência, trazemos o que Silva (2008, p. 481) diz a respeito:

[...] pode derivar-se de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou de doença mental. Como é presumida da idade da pessoa, quando absolutamente incapaz, é esta indicada como sem discernimento para compreender o valor ou caráter do ato que venha a praticar [...]

Para Mirabete e Fabbrini (2011, p. 408):

[...] a lei deixa claro que aquela condição deve ser aferida no caso concreto, impondo-se, portanto, não somente a constatação da existência da enfermidade ou deficiência mental, mas também a aferição do grau de discernimento em relação às questões sexuais em geral e em particular, diante das especificidades do ato sexual.

No entanto, diante da impossibilidade de resistência prevista na segunda parte do §1º, o doutrinador Sanches (2017, p. 500) sinaliza como exemplo “[...] pessoa que não padece de nenhuma anomalia mental, embriaga-se até a inconsciência e, inerte, é submetida ao ato sexual sem que possa resistir”.

Diante do exposto, nota-se que o crime de estupro vem ganhando novos formatos legais no ordenamento jurídico. Faz-se necessário uma reflexão dos meios que existem para coibir a prática de estupro de vulnerável, além de pensar em políticas que possam visar a garantia dos direitos fundamentais de quem foi abusado. No entanto, caso a declaração da vítima seja vaga, é importante que seja ouvida novamente, para que possa relatar novamente como ocorreu o crime.

3.1.1 Da lei 12.015/09 e suas alterações

A primeira positiva modificação introduzida pela Lei 12.015/2009 consistiu na alteração do Título VI, que passou à denominação correta: Dos crimes contra a dignidade sexual. Não havia mais sentido, nos dias de hoje, a vetusta nomenclatura de crimes contra os costumes, evidenciando o recato e a moralidade no contexto da sexualidade, incompatíveis com os avanços obtidos nas

últimas décadas. Portanto, o que se pretende tutelar é a dignidade sexual, no mesmo prisma da dignidade da pessoa humana, na ótica do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF).

Em 2009, a Lei 12.015/09 foi reformulada, sendo assim a conjunção carnal passou a não ser mais obrigatório para se configurar crime de estupro, incluindo o atentado violento ao pudor. Um exemplo muito comum seria “uma mulher que tivesse seios apalpados sem consentimento era apenas considerada atentado violento ao pudor e não crime de estupro, se o acusado no mesmo momento obrigasse a vítima à conjunção carnal ele responderia pelos dois delitos”.

Outra modificação relevante diz respeito à unificação, na mesma figura penal (art. 213), dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Portanto, a partir da edição da referida Lei, qualquer pessoa pode cometer estupro contra qualquer pessoa. Anteriormente, no caso de estupro, somente a mulher poderia ser sujeito passivo. A partir de agora, homens e mulheres podem ser sujeitos passivos desse delito. A consequência imediata dessa alteração é a criação de um tipo misto alternativo, ou seja, a prática da violência sexual para obter a conjunção carnal e também outro ato libidinoso dá margem à tipificação apenas em um crime: estupro. Não existem mais dois delitos (estupro e atentado violento ao pudor), mas somente o previsto no art. 213 do Código Penal.

Para Guilherme Nucci, cuidando-se a Lei 12.015/09 de lei penal benéfica, deve retroagir no tempo, envolvendo todos os fatos cometidos antes de sua vigência. Por isso, quem foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, contra a mesma vítima, no mesmo contexto, a uma pena mínima de doze anos, poderá pedir a sua revisão, alterando-se para o mínimo de seis.

Outra novidade legislativa foi a criação do tipo penal do estupro de vulnerável. A anterior previsão do art. 224, referindo-se à presunção de violência, deixou de existir como norma autônoma, passando a integrar a composição do tipo penal. Assim sendo, ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos é crime de estupro contra vulnerável, sujeito à pena de reclusão, de 8 a 15 anos. A vantagem dessa mudança é a cessação do debate em relação à existência, no Código Penal, de norma atuando com a denominação de presunção e funcionando contra os interesses do réu. Não mais existe presunção independente, mas incorporada no tipo penal.

Arremata-se a discussão sobre a hediondez do estupro, na forma simples, bem como do estupro, quando ocorrido por presunção de violência. Havia quem dissesse não serem essas formas hediondas. O art. 1º, da Lei 8.072/90, passa a ter nova redação, abrangendo, claramente, a previsão do estupro nas formas simples e qualificadas, bem como o estupro do vulnerável, nas formas simples e qualificadas.

Finalmente, a ação penal, nos casos de delitos sexuais, passa a ser pública condicionada à representação da vítima, afastando-se a aplicação da Súmula 608 do STF. Por exceção, a ação será pública incondicionada, quando envolver menor de 18 anos ou vulnerável, nos termos da nova redação dada ao art. 225 do Código Penal.

4 O DEPOIMENTO DA VÍTIMA E O VALOR PROBATÓRIO

Tem-se que no âmbito de crimes de estupro, geralmente não se obtém um conjunto probatório vasto, ou seja, é um delito onde a comprovação da autoria e materialidade muitas vezes possuem como subsídio o exame de corpo de delito (em alguns casos), o depoimento da vítima e de testemunhas (em alguns casos). Nesse aspecto, aborda Arraes (2018, p. 45): “Os crimes sexuais não podem ser analisados como os outros crimes, desde o tocante de discutir sobre o crime até a parte processual, por meio da prova”. Dessa forma, tem-se que o mencionado delito merece uma atenção especial e grande cautela por parte do julgador, haja vista tratar-se de um delito praticado às escuras, sem prova material.

De maneira a complementar o que já foi exposto, é importante salientar que a prova pericial se faz necessária para que o Ministério Público elucide a materialidade da infração, no entanto, nem todos os crimes são passíveis de comprovação via prova pericial. Dessa forma, a palavra da vítima, no âmbito de crimes sexuais, adquire maior valoração.

No que se refere ao depoimento da vítima, compreende-se que esse, para fins de relevância e credibilidade, deve pautar-se na verossimilhança e coerência com as demais alegações e provas produzidas. Desse modo, acredita-se que o elemento importante para o crédito da palavra da vítima é o modo firme com que presta suas declarações.

Acerca da relevância e valoração do depoimento da vítima, ainda enfatiza Mirabete (2019, p. 1349):

Embora verdadeiro o argumento de que a palavra da vítima, em crimes sexuais, tem relevância especial, não deve, contudo, ser recebida sem reservas, quando outros elementos probatórios se apresentam em conflitos com suas declarações. Assim, existindo dúvida, ainda que ínfima, no espírito do julgador, deve, naturalmente, ser resolvida em favor do réu, pelo que merece provimento seu apelo, para absolvê-lo por falta de provas.

Esclarece-se, ademais, que o magistrado poderá requerer a condução coercitiva da vítima, caso ela seja devidamente intimada e deixe de comparecer em juízo, sem quaisquer motivos ou justificativas plausíveis.

4.1 Do princípio da presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*

De acordo com Alexy (2008), os princípios, de uma forma geral, são considerados “mandados de otimização”, ou seja, estão contidos nas entrelinhas das normas e estabelecem um norte, um caminho a seguir pelos operadores de direito. Dessa forma, tem-se que os princípios podem ser satisfeitos em diferentes graus, possibilidades fáticas e jurídicas:

Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. “O âmbito

das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, 2008, p. 90).

Compreende-se, nesse esteio, que os princípios, sobretudo os constitucionais, atuam como verdadeiras bases, representando o ponto de partida daqueles que aplicam as leis e indicando a melhor decisão a ser tomada.

Dentre os diversos princípios existentes, destaca-se o denominado princípio da presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*, no âmbito de análise do crime de estupro de vulnerável.

No contexto apresentado, tem-se que o princípio da presunção de inocência é considerado um princípio fundamental no âmbito do direito penal, onde pressupõe-se que o ente público não poderá prosseguir com a ação penal, caso não existam elementos comprobatórios de culpabilidade do acusado.

Nesse aspecto, observa-se que o mencionado princípio se encontra previsto no artigo 5º, inciso LVII da Magna Carta de 1988, *in verbis*:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

[...] LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Observa-se, portanto, que o princípio da presunção de inocência busca, sobretudo, considerar que o direito de liberdade do indivíduo deve ser considerado e defendido, sendo à prisão uma exceção ao direito em comento. Ademais, tem-se que o acusado deve ser considerado inocente durante o trâmite processual e só será considerado culpado após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Nesse diapasão, conforme preleciona Lopes Jr., considera-se a presunção de inocência como um “princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 182).

Dessa forma, não há de se considerar um indivíduo culpado ou imputar uma culpabilidade a alguém, senão por intermédio de provas que possam subsidiar uma sentença condenatória.

No mesmo prumo, tem-se também o princípio denominado “*in dubio pro reo*”, ou seja, um princípio fundamental em direito penal onde se prevê que, diante de quaisquer dúvidas acerca da culpabilidade do acusado, preponderará a presunção de inocência, haja vista que a culpa deverá ser comprovada nos autos. Com relação ao termo “dúvida razoável”, pondera Flor (2016) que se

trata de um fator incerto com relação ao grau de culpabilidade de alguém, ou seja, a falta de condições de se imputar ao acusado o ônus pelo cometimento de um crime:

Entende-se como dúvida razoável o fator incerto quanto a culpa do acusado. É, em apertada síntese, a falta de condições plenas de imputar ao acusado a ampla responsabilidade pelo cometimento do delito. O fator incerto, aquele que gera determinada dúvida quanto à existência do ato infracional, bate de frente com o princípio da presunção de inocência, e por este é plenamente repellido do campo da capacidade de imputação de responsabilidade penal ao acusado (FLOR, 2016).

No sentido apresentado, vislumbra-se que o *in dubio pro reo* é considerado um alicerce do processo penal no âmbito do Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, considera-se o mesmo como princípio correlato à presunção de inocência, haja vista que, diante de dúvidas com relação à culpabilidade de alguém, presume-se a inocência deste, ou seja, decide-se “em favor do réu”. Urge salientar que tal contexto encontra-se tipificado no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal, que assim dispõe: “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação [...]”

Ademais, conforme Tourinho Filho (2009), o mencionado princípio visa, sobretudo, proteger os denunciados de atos injustos e arbitrários, impossibilitando uma condenação que tenha como subsídio provas falhas. Dessa forma, quando o magistrado incorrer em dúvidas com relação à culpabilidade, deverá recorrer ao princípio do *in dubio pro reo*. Em caráter complementar ao exposto, preleciona Nucci:

Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu- e sua liberdade e o direito- dever de o Estado punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo está na previsão de absolvição quando não existem provas suficientes na imputação formulada (NUCCI, 2020, p. 103).

No mesmo contexto, também aborda Souza Neto (2003) que a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* culmina na absolvição do acusado, ou seja, sem possibilidade de propagação de decisões injustas, sem qualquer violação à legislação vigente, mas interpretando-a da maneira mais plena possível.

É importante salientar, segundo Nucci (2020), que os princípios abordados também são aplicáveis na esfera de crimes sexuais, sendo que o magistrado, diante da inexistência de provas cabais da autoria e culpabilidade, deverá levar em consideração a presunção da inocência e o *in dubio pro reo*.

5 CONCLUSÃO

Levando em consideração todo o conhecimento detalhado aqui, chegamos ao ponto principal é que os juízes estão dentro dos limites do sistema nacional de justiça criminal. Quando se trata de estupro de pessoas vulneráveis, cuidado extra deve ser tomado ao criar condenações

baseadas em baseado inteiramente nas palavras de vítimas vulneráveis. O juiz deve conhecer a vulnerabilidade da criança e sua inocência.

Sabendo da fragilidade da criança, de sua inocência, de sua capacidade de imaginar os fatos, de sua condição no estágio de desenvolvimento psicológico, o juiz deve buscar os mais diversos meios jurídicos possíveis que o levem a determinar se está na situação dada no momento, se houver aversão por parte de um dos pais, ou se os fatos relatados pela vítima forem compatíveis com seu meio social, dando-lhe a verdade.

Com base nisso, por meio de pesquisas psicológicas aprofundadas sobre o meio social e da divulgação de todos inseridos, uma lei mais ampla pode ser alcançada, tomando decisões destinadas a eliminar com certeza a possibilidade de impor punições injustas para o crime de estupro de vulnerável, levando em conta os crimes mencionados, conforme demonstrado neste artigo, são condenados na sociedade, o que torna as consequências de sua condenação mais graves do que as consequências de condenados comuns.

Desta vez, sabe-se que o tipo de crime envolvido não é suportado por evidências, pois é claramente um crime cometido às escondidas, por isso é difícil encontrar evidências que justifiquem sua importância. No entanto, após as pesquisas iniciadas por esta pesquisa, é certo que mesmo que a possibilidade de inovação em testes de campo seja praticamente impossível, juízes ilustres devem utilizar ferramentas que já lhes são úteis, como somente por meio de estudos especializados em psicologia e até psiquiatria. Conduz estudos de caso, mas ampliou o escopo desses estudos.

Em outras palavras, ao final, como medida processual, o juiz não deve apenas responder ao pedido das partes, mas também realizar a revisão social que o juiz faz sobre elas, o acusado, a vítima e até em toda a família do ciclo em que estão.

Para identificar possíveis falhas e inconsistências nos depoimentos, ainda casos não aparecem nos documentos, pois são naturalmente ocultos, como personalidades parentais alienadas. Essa abordagem do estupro de pessoas vulneráveis é muito diferente do sistema de justiça atual, que tende a investigar apenas as vítimas vulneráveis e os acusados, sem buscar uma compreensão mais profunda de cada um. Isso requer uma busca mais profunda por detalhes e informações que também podem ser cruciais para o desfecho do caso.

É importante destacar que a doutrina e jurisprudência pátria não consideram que apenas a palavra da vítima tenha o condão de condenar alguém pelo crime de estupro de vulnerável. Dessa forma, deve o magistrado atuar com cautela, com a utilização de mecanismos probatórios que permitam maior percepção dos fatos, da verdade real e, conseqüentemente, possa prolatar uma decisão justa e equânime.

No âmbito do Processo Penal e do Direito Penal, deverá o julgador fazer uma ponderação de valores e buscar, sobretudo, pautar-se por todos os elementos juntados nos autos. Dessa forma, só se prolatará uma sentença condenatória quando as provas deixarem muito claro a autoria delituosa.

Outro ponto de grande destaque, presente na pesquisa científica, refere-se ao denominado “depoimento sem danos”, ou seja, um projeto inicialmente elaborado por um magistrado e que, posteriormente, transformou-se em Lei. O mencionado projeto e Lei buscam tratar sobre os direitos e garantias de crianças e adolescentes e, sobretudo, a possibilidade de ouvi-las, em casos de crimes sexuais, em um ambiente menos formal, com o acompanhamento de psicólogos e também de assistentes sociais. Ressalta-se, nesse aspecto, que a legislação pátria deverá amparar tanto os direitos das vítimas de crimes sexuais (principalmente quando se tratar de pessoas vulneráveis) quanto dos direitos dos acusados (aplicando-se, sobretudo, os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*).

Portanto, em resposta à questão norteadora, compreende-se, portanto, que se trata de uma ponderação de valores, direitos e garantias, devendo o magistrado analisar cada caso de maneira individual, para que não se tenha a propagação de injustiças.

6 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, vol. 4, p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 07 de dezembro de 1940.

_____. Lei 12.015, 07 de Agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

CARMO, Michelly Eustáquia; GUIZARDI, Francine Lube. O Conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. São Paulo, 2017.

CASTRO, Leonardo. Legislação comentada – Artigo 213 – Estupro.

COSTA, Ticiania Lima Cordeiro. Estupro de vulnerável. Repositório UNICEUB, 2012.

DELGADO, Yordan Moreira. Comentários à Lei nº 12.015/09. SP, 2019.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte especial (artigos 213 a 359-H). 4. ed. Rio de Janeiro-RJ: Método, 2014

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal: parte especial (artigos 121 a 234-B). 28. ed. São Paulo-SP: Atlas, 2011.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, De Palácio e. Vocabulário Jurídico. 27. ed. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2008.

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO E A RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR POR DANOS MORAIS

JOEL PEREIRA LOPES:

Graduando no curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO

RESUMO: O presente trabalho tem como principal objetivo demonstrar o que é assédio moral nas relações de trabalho através das problemáticas organizacionais, tendo como seu principal foco à responsabilização do empregador por danos morais. Demonstra as principais diferenças nas formas de assédio moral. Especifica as principais formas de assédio moral no trabalho. Estuda as medidas de responsabilização do empregador. Pontua jurisprudências com objetivo de melhor averiguar o entendimento referente as possibilidades pelos danos causados. Verifica as diversas consequências que advém do assédio moral no trabalho, sendo elas familiar, social e profissional. Apresenta estudos e falas de doutrinadores que debatem sobre o assunto com objetivo de esclarecer as causas e responsabilidades dos empregadores. Estuda a função do Ministério Público do Trabalho, que tem o objetivo de atuar em defesa dos direitos dos trabalhadores. Analisa decisões cabíveis para que possa combater e prevenir o assédio moral no ambiente de trabalho. Neste sentido, fundamenta-se o trabalho em pesquisas metodológicas baseadas em bibliografias e jurisprudência.

Palavras-chave: Assédio Moral; Relações de Trabalho; Responsabilização; Danos Morais.

ABSTRACT: The main objective of this work is to demonstrate what is moral harassment in labor relations through organizational problems, having as its main focus the responsibility of the employer for moral damages. It demonstrates the main differences in the forms of bullying. Specifies the main forms of bullying at work. It studies the employer's accountability measures. It scores jurisprudence with the objective of better verifying the understanding regarding the possibilities for the damage caused. It verifies the various consequences that result from moral harassment at work, being family, social and professional. It presents studies and statements of indoctrinators who discuss the subject in order to clarify the causes and responsibilities of employers. It studies the function of the Public Ministry of Labor, which aims to act in defense of workers' rights. It analyzes appropriate decisions so that it can combat and prevent bullying in the workplace. In this sense, the work is based on methodological research based on bibliographies and jurisprudence.

Keywords: Bullying; Work Relations; Accountability; Moral Damage.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO DE DANO MORAL. 1.1. O DANO MORAL E O DIREITO DO TRABALHO. 2. DO CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL. 2.1. O ASSÉDIO MORAL E O AMBIENTE DE

TRABALHO. 2.1.1. O ASSÉDIO MORAL E SUAS CLASSIFICAÇÕES. 3. DAS CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. 3.1. DAS CONSEQUÊNCIAS PARA O EMPREGADOR. 3.1.1. DAS CONSEQUÊNCIAS PARA O EMPREGADO. 4. PROPOSTAS DE PREVENÇÃO AO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. 4.1. POLÍTICAS SINDICAIS DE PREVENÇÃO AO ASSÉDIO MORAL. 5. DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. 5.1. CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO. 5.1.1. DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO EMPREGADOR POR DANOS MORAIS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O assédio moral no local de trabalho é um problema que se tornou uma grande preocupação social, pelo desgaste que causa, pelo impacto negativo que tem na saúde e no bem-estar da vítima e da empresa.

O problema não é novo, existe desde o início das relações humanas. entretanto, especialmente nas relações de trabalho, é considerado um fenômeno novo em termos de sua visibilidade. O debate sobre o tema no mundo do trabalho está a todo vapor, como comprovam as publicações de médicos, psicólogos, gestores, sindicalistas e especialistas em direito do trabalho em todo o mundo. Isso mostra que áreas diferentes estão interessadas em proteger efetivamente os interesses das pessoas envolvidas nessa relação.

É importante ressaltar que o assédio moral se desenvolve em todas as relações de trabalho. Existe uma clara diferença entre relação de trabalho e vínculo empregatício.

A relação de trabalho é de natureza geral, e sua principal característica é sua disposição essencial, que se concentra na obrigação de desempenho decorrente do trabalho humano, ou seja, é qualquer forma de utilização do trabalho humano permitido.

Por isso é necessário estudar o fenômeno denominado assédio moral, suas particularidades na vida laboral, seus elementos característicos, sua origem, o perfil dos envolvidos, e também é necessário conhecer a extensão de seu impacto na saúde. É a isso que este estudo se propõe: contribuir para aumentar a visibilidade jurídica e social do fenômeno por meio da pesquisa.

Portanto, todas as formas de contratos de trabalho existentes no mundo jurídico atual pertencem ao escopo da relação de trabalho.

Nesse sentido, busca-se resposta ao seguinte problema: Como identificar, combater e reparar a prática do assédio moral imposta no ambiente de trabalho?

Afim de responder o questionamento acima, coloca-se a hipótese de haver a implementação de medidas preventivas e responsabilização do assediador por danos morais, através das penalidades e reparações ao combate do Assédio Moral no Trabalho. Neste contexto, a pesquisa se faz necessária para que se faça uma avaliação para debater o tema, que ainda é um

tema pouco falado entre os trabalhadores, porém há diversos doutrinadores debatendo o assunto com intuito de esclarecer as causas e devidas responsabilizações do empregador.

Os aspectos jurídicos das consequências do assédio moral no contrato de trabalho estão em pauta tanto do ponto de vista da empresa quanto dos empregados que se tornaram vítimas ou assediadores. Esta parte nortenha analisa a caracterização de justa causa, despedimento violento e despedimento indireto. Da empresa, observam-se os custos de absenteísmo, redução de produtividade, mudança de emprego e desvio de atividades sociais. A seguir, consideramos a responsabilidade civil que destaca as consequências do dano moral.

1 CONCEITO DE DANO MORAL

Segundo a doutrina explica, o conceito de dano moral encontra-se em definições para todos os públicos. Para a doutrina, classifica-se como “aquela que atinge diretamente o amago do indivíduo, causando-lhe dor (incluindo-se aí a incolumidade física), sofrimento, angústia, vexame ou humilhação”

Já o magistrado e professor Cavalieri (2002, p. 85-86)preceitua da seguinte forma:

"hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos — os complexos de ordem ética — razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português".

Tratando-se de dano moral à luz da Constituição Federal, é a violação do direito à dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III. Insta salientar que também decorre o direito à saúde, mais especificamente, saúde mental, proteção conferida no artigo 6º da Constituição Federal.

1.1 O dano moral e o direito do trabalho

Desde sua promulgação, a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT – já contemplava a possibilidade de ocorrência do dano moral trabalhista por ambas as partes, no entanto, é notório que o índice é maior vindo do ato que fora praticado pelo empregador, que segundo pesquisas, se dá em razão de poder, principalmente econômico.

Na teoria, a partir do contrato de trabalho são gerados direitos e obrigações, as quais deveriam ser recíprocas, que implica em uma situação de poder organizacional do empregador e subordinação por parte do empregado.

Já na prática, o empregado colabora com a prestação do serviço, juntamente com seu trabalho e a necessidade de seu salário para sustento familiar, no entanto, nesse meio tempo o

empregador atinge seus objetivos econômicos, investe em disciplina e ordem aos seus empregados.

Neste sentido, o Direito do Trabalho nasce com a garantia de proteção na relação empregado e empregador, com objetivo de sempre destacar o princípio da isonomia como principal critério e fundamental.

2 DO CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL

O assédio moral é conceituado como exibição de indivíduos a situações constrangedoras em ambientes públicos, durante um longo período e de modo repetitivo.

Para especialistas, o assédio moral é uma conduta abusiva, seja ela manifestada por meio de atos, comportamentos, gestos e palavras no dia a dia, e que acarretam danos diversos a quem fora praticado.

O assédio moral tem características comuns em sua maioria. E é praticado de forma contínua no ambiente de trabalho.

2.1 O assédio moral e o ambiente de trabalho

No ambiente de trabalho, o assédio moral é caracterizado por ações repetitivas, que em sua maioria excedem os limites das funções e da relação entre empregado e empregador.

Para Robson Zanetti, o assédio moral é definido pela intenção de uma ou mais pessoas que praticam, seja ela por ação ou omissão, abuso de poder e até palavras hostis, no ambiente de trabalho. Essas atitudes são praticadas comumente por superiores hierárquicos, e não há limite de duração.

Desta forma, o assédio moral não é uma conduta lícita, pois atinge também o psicólogo, além de comprometer a dignidade da pessoa e suas relações familiares, afetivas, gerando à saúde mental, e muitas vezes a saúde física.

2.1.1 O assédio moral e suas classificações

O assédio moral se classifica em interpessoal, que ocorre de modo individual, direto e pessoal, tendo como principal objetivo prejudicar o empregado com relação a equipe.

Já o assédio moral institucional ocorre pela própria empresa, que além de incentivar o assédio, não toma providências para combatê-lo. Neste caso, o assédio moral é dividido em vertical e subdividido em descendente, quando ocorre por pessoas de nível hierárquico diferente e caracterizado pela pressão em relação aos subordinados. O ascendente é quando praticado inverso, neste caso, os empregados praticam o ato contra seus empregadores.

No assédio moral horizontal, ocorre de igual para igual, ou seja, pessoas que tem o mesmo grau de hierarquia.

Por fim, o assédio moral misto, que nada mais é uma mistura do assédio moral vertical e moral horizontal. Ocorre quando a pessoa é assediada pelos seus superiores e colegas de trabalho.

3 DAS CONSEQUENCIAS DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Para Alkimin (2008, p.83):

“O assédio moral gera sofrimento” psíquico que se traduz em mal-estar no ambiente de trabalho e humilhação perante os colegas de trabalho, manifestando o assediado sentimento e emoção por ser ofendido, menosprezado, rebaixado, excluído, vexado, cujos sentimentos se apresentam como medo, angústia, mágoa, revolta, tristeza, vergonha, raiva, indignação, inutilidade, desvalorização pessoal e profissional, que conduzem a um quadro de depressão com total perda da identidade e dos próprios valores, com risco de suicídio.”

A partir do exposto, chegasse a uma única conclusão: o assédio moral no trabalho causa danos irreparáveis para a vida da vítima, sendo considerada uma forma de violência grave.

3.1 Das consequências para o empregador

Para o assediador (empregador), todas as atitudes, gestos, comportamentos e palavras caracterizadas como assédio moral se enquadram no art. 483, principalmente pelas alíneas a, b e g da CLT. Ressalta-se que, o assédio moral pode ensejar em responsabilidade penal, caracterizando crimes contra a honra, previsto nos artigos 138 e 145 do Código Penal.

O empregador também responderá pelos danos morais reclamados pelo assediado - ainda que não tenha cometido o ato - por ser objetivamente responsável pelos atos de seus empregados ou prepostos, conforme o que dispõe o artigo 932, inciso III, do Código Civil.

Isso porque é sua responsabilidade manter um ambiente de trabalho saudável por meio de medidas de controle e prevenção.

Além disso, de acordo com o artigo 483, da CLT, assédio moral refere-se a um erro grave cometido pelo empregador, em decorrência do qual o empregado pode pleitear rescisão indireta do contrato de trabalho e indenização.

No entanto, o empregador tem garantido o direito de entrar com uma ação de restituição contra o funcionário assediador que causou a ordem de compensação, segundo o artigo 934, do Código Civil.

3.1.1 Das consequências para o empregado

Quando se trata das consequências do assédio moral para o empregado, falamos de efeitos lesivos sobre a saúde da vítima. A humilhação repetida e prolongada no ambiente de trabalho constitui um risco invisível, porém concreto nas relações de trabalho e na saúde dos trabalhadores. É que se tornou prática costumeira nas empresas onde há menosprezo e indiferença pelo sofrimento dos trabalhadores que, mesmo adoecidos, continuam a trabalhar. Isso revela uma das mais poderosas formas de violência sutil nas relações organizacionais.

As consequências daí resultantes para o trabalhador vítima de assédio moral, afetam não só o seu estado psicológico, mas também o adoecimento do trabalhador ou, melhor dizendo, o agravamento da sua condição física. No entanto, segundo Silva, o assédio moral causa graves consequências para a vítima em dois âmbitos específicos: saúde e patrimônio.

E é nesse sentido que Silva (2005, p. 55) relata:

[...]

Os mesmos motivos levam a vítima a se afastar de seu convívio social. A depressão, a amargura, o sentimento de fracasso e de vergonha impulsionam o assediado, como regra, a um isolamento da sociedade, não vislumbrando mais qualquer interesse em eventos ou encontros com amigos ou conhecidos. Tudo isto passa a ser uma tortura para a maioria das vítimas do assédio moral, pois temem ser apontados como fracos ou covardes. Muitas vezes os amigos nem têm conhecimento dos fatos vividos pelo assediado, pois este prefere manter o isolamento, aniquilando sua convivência social e entregando-se à corrosão de seus vínculos afetivos. O dano moral decorrente é evidente; a humilhação sofrida pela vítima causa danos não somente de ordem psicológica, como também física.

Assim se desenvolve através das práticas perversas e arrogantes da relação autoritária entre empresa e sociedade. As humilhações repetidas e prolongadas tornaram-se comuns nas empresas, onde persiste o desprezo e a indiferença muitas vezes desconhecidos pelo sofrimento dos trabalhadores doentes.

4 PROPOSTAS DE PREVENÇÃO AO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Diante disso, ressalta-se que é de suma importância que a responsabilização dos assediadores seja efetiva na prevenção da continuação da atividade lesiva e na sua exclusão de terceiros.

As recomendações para prevenir o assédio moral no local de trabalho incluem formas de informar a todos sobre assédio moral e formas de responsabilidade, garantir a participação efetiva na gestão da empresa, definir claramente cada condição de trabalho, introduzir medidas

preventivas. assédio moral, atentando para mudanças de comportamento, incentivando o bom relacionamento e a cooperação no trabalho.

4.1 Políticas sindicais de prevenção ao assédio moral

Nesse sentido, é importante falar sobre os sindicatos e suas políticas de prevenção ao assédio moral. Alguns estudiosos argumentam que os sindicatos têm o dever de priorizar a segurança do trabalhador além de abrir portas únicas para reclamações, e são responsáveis pela participação por meio, entre outras coisas, de mecanismos de conscientização, palestras e esclarecimentos.

E da mesma forma também está em pauta a atuação do procurador do trabalho, cujo principal objetivo é atuar pela proteção dos direitos conferidos ao empregado. E utiliza inquéritos civis e procedimentos administrativos para garantir o cumprimento dos direitos sociais.

Um dos objetivos institucionais mais importantes é combater a discriminação no emprego e investigar os casos de assédio continuamente relatados. Uma forma eficaz de combater o assédio moral no ambiente de trabalho é uma perspectiva coletiva que abranja todas as áreas possíveis. Esses são os passos mais importantes para um ambiente de trabalho justo e sem riscos de assédio moral.

5 DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público do Trabalho ornou-se ainda mais visível, ele tem grande importância para proteger, por exemplo, direitos básicos, interesses sociais, pessoas inacessíveis, e seus campos de atuação devem ser enfatizados:

O Ministério Público do Trabalho atua em situações de desrespeito aos direitos difusos, coletivos e individuais, homogêneos de relevante valor social, no campo das relações de trabalho. As principais áreas de atuação do Ministério Público do Trabalho; Promover a igualdade de oportunidades e combater a discriminação nas relações de trabalho; combater o assédio moral nas relações de trabalho;

O Ministério Público do Trabalho disponibiliza em seu sítio eletrônico oportunidade de registrar denúncias sobre assédio moral. A sua investigação tem métodos próprios, é aceita por iniciativa da vítima ou testemunha da notícia, é rápida, confidencial e diligente, ajuda e fiscaliza as partes interessadas, incluindo colegas ou representantes sindicais ou associativos, permite a mediação de conflitos em qualquer fase do procedimento.

Além disso, podemos notar que o corpo prepara manuais, cartilhas para prevenir a perseguição moral. Medidas de combate e prevenção ao bullying moral não são fáceis de serem implementadas, exigem a estruturação da sociedade, mudando a visão do outro. No entanto, é

extremamente importante e necessário combater esse comportamento prejudicial e censurável no local de trabalho.

5.1 Consequências do assédio moral sobre o contrato de trabalho

As agressões vivenciadas no ambiente de trabalho podem se refletir na vida íntima da vítima e afetar sua saúde mental e física. Com isso, a vítima não se valoriza mais, passa a se achar incapaz e competente, o que causa dor e desconfiança, o que fere o que as pessoas mais valorizam: a dignidade humana.

A vítima experimenta medo, ansiedade, depressão, estresse, aumento da confusão, o que a leva a ter baixa autoestima, fraqueza e senso de identidade enfraquecido, o que causa prejuízos nas relações interpessoais, o que enfraquece suas experiências com colegas e familiares.

Nesse sentido, no entendimento de Robson Zanetti "o assediador visa destruir a relação entre a pessoa intimidada no ambiente de trabalho e no meio social, ferir a dignidade da vítima por meio de atitudes humilhantes, palavras abusivas e boatos maliciosos sobre a vida privada da vítima."

Além de prejudicar a saúde do trabalhador, o assédio ético a que foi submetido afetou negativamente seu ambiente de trabalho. A relação pessoal da vítima com os demais funcionários se deteriora, o que se reflete no trabalho, onde a vítima fica frustrada e frustrada e assim não consegue manter os níveis de produtividade. Quando você luta no ambiente de trabalho, a qualidade de seu desempenho e sua forma física sofrem. Como resultado dessas ações, o ambiente de trabalho pode se deteriorar, tornando-se insuportável e prejudicial para todos os trabalhadores.

O assédio moral é analisado como uma matéria de cunho individual, contra outra, causando disfunções em sua saúde e até mesmo a perda do emprego. O Estado, por assim dizer, é prerrogativa do indivíduo, que é a causa da doença e do desemprego. Os perigos do assédio moral no local de trabalho são mais amplos, claros e ambíguos.

Os autores prosseguem dizendo que o assédio moral na esfera privada afeta a individualidade, a autenticidade e o orgulho. Gera conflitos na vida emocional, grupal, profissional, familiar e afetiva da vítima, ou seja, causa problemas de saúde, principalmente psicológicos na vítima, causando um desequilíbrio em sua vida. Essas mudanças podem matar sua capacidade de concentração, colocando seu trabalho e sua vida em risco.

As vítimas se afastam de seus trabalhos, às vezes perdem seus empregos, pensam em se machucar e, em alguns casos, tentam o suicídio. Eles se sentem injustos, desconfiados e indiferentes, o que em alguns casos leva a problemas com álcool e drogas em um círculo vicioso.

Do lado organizacional, são observados diversos efeitos negativos, tais como: abandono individual por doença, acidentes de trabalho, alto absenteísmo, alta rotatividade, distrações levando a "paradas de equipamentos", níveis de renda mais baixos, custos legais em indenizações

etc, incentivos para comportamento negativo devido à impunidade para aqueles que praticam assédio moral.

Além disso, a má imagem da organização perante os consumidores internos e externos da mesma natureza afeta a apatia em todo o ambiente de trabalho, limita o recrutamento de novos talentos devido ao desempenho negativo do nome da organização e leva à diminuição do valor da empresa. Na esfera social, os fatos são ignorados, mas com consequências nefastas que atingem a todos. Incapacidade, acidentes de trabalho, aumento dos custos médicos, benefícios sociais, aposentadoria precoce, assédio social e familiar por desagregação, baixo investimento em educação e desenvolvimento profissional, diminuição da capacidade de trabalho.

Quando a pessoa assediada não pode trabalhar, a sociedade como um todo paga por isso. Por exemplo, custos médicos e trabalhistas são refletidos em custos de litígio doméstico, mas alguns desses casos podem ser tratados no nível institucional.

Além disso, essas disputas têm custos financeiros significativos que são repassados aos consumidores das empresas envolvidas porque não aumentam os lucros para cobrir despesas legais ou financeiras.

Pode-se afirmar categoricamente que para todas as empresas desta lista, das menores às maiores, o Estado paga por este tipo de crueldade trabalhista, que afeta o desenvolvimento da sociedade como um todo. o corpo. Consequências como suicídio, aposentadoria precoce e redução da capacidade de trabalho. Uma doença recorrente com graves consequências evitáveis.

Muitas vezes esquecido e negligenciado, o local de trabalho torna-se um terreno fértil para o bullying, ocupando cada vez mais espaço e arruinando suas vítimas.

De fato, muitas empresas focam no acúmulo de objetivos e riquezas, e não olham para as pessoas ao seu redor, essa "peça de xadrez" é a base para o desenvolvimento saudável da empresa. Se as pessoas que trabalham lá não fizerem um bom trabalho, não tem como a empresa fazer um bom trabalho. Esse comportamento é nojento e é lamentável que ainda exista no local de trabalho.

5.1.1 Da responsabilização civil do empregador por danos morais

O assédio no trabalho prejudica o trabalho, causa absenteísmo, reduz a produtividade, perde empregos, desvirtua a imagem do trabalho e enfraquece a atividade empresarial, além da possibilidade de impor responsabilidades específicas por danos morais e materiais aos seus empregados e suas ações.

A responsabilização do empregador cai em tema de responsabilidade civil no âmbito do Direito Civil, mas diz respeito ao Direito do Trabalho, pois envolve empregado e empregador, em razão dos prejuízos gerados.

O artigo 927 do Código Civil dispõe que:

Artigo 927 – Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem

A 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, através do relator Cesar Machado julgou um caso em que se fala do dano moral e dever de reparação:

ASSÉDIO MORAL. DIREITO AO TRABALHO. ESVAZIAMENTO DE FUNÇÕES. CONFIGURAÇÃO. O esvaziamento de funções, no qual o empregador impõe o ócio ao empregado, ofende a moral do trabalhador e faz nascer o dever de reparação. Tal situação representa desrespeito à dignidade da pessoa humana, ensejando a condenação em danos morais.

(TRT-3 - RO: XXXXX01401403000 MG XXXXX-69.2014.5.03.0014, Relator: Cesar Machado, Terceira Turma, Data de Publicação: 16/11/2015)

No entanto, cabe examinar como a responsabilidade civil do empregador por lesões do empregado, seja subjetiva ou objetiva, é fundamental para a efetiva reparação do dano ao empregado. Para isso, é necessário um controle de assédio mental do perpetrador: se o perpetrador for um empregador, assumiremos responsabilidade civil própria, e se o perpetrador for seu agente e empregado, assumiremos responsabilidade civil estrita.

Os Tribunais brasileiros consideram como um dos elementos essenciais para configuração das situações de assédio moral, a perseguição reiterada contra uma pessoa específica, diferenciando-a de situação pontual, em que pode haver dano moral, mas não há o intuito reiterado de denegrir a imagem da pessoa atacada, que há no assédio moral.

Desse modo, alguns julgados abaixo relatam a omissão das partes não relacionadas à matéria do assédio. Foram utilizados acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, instância máxima na estrutura trabalhista.

RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/14. DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A Corte Regional, soberana no exame da prova, decidiu pelo direito do empregado ao

pagamento de indenização por danos morais por assédio moral, tendo arrematado que "as atitudes de perseguição, embora conduzidas de forma insidiosa e sutil, foram continuadas e prolongadas, além de, talvez em razão do alto cargo ocupado pelo preposto, não impedindo, contudo, de configurar o assédio moral." Para tanto, consignou as seguintes premissas fáticas: "a análise do contexto em que ocorreram os atos e fatos narrados na inicial demonstra que houve efetiva situação de assédio moral dirigida ao reclamante e gerada não pelo tratamento dispensado ao autor, mas sim pelas atitudes do preposto da ré, que, de forma sutil e disfarçada, buscava atacar e minar a segurança e até mesmo a autoestima do reclamante"; que "resta cabalmente comprovado o assédio moral sofrido pelo reclamante, consistente no conjunto de ações e procedimentos que tinham por objetivo submetê-lo a situações incômodas e aviltantes, a ponto de abalar sua firmeza profissional, chegando mesmo a debilitá-lo física e psicologicamente"; e que "os documentos trazidos pelo autor (Id bd94ab4 - Pág. 2 a 6 e e9d36f0) prestam-se a comprovar que o autor passou a apresentar sinais e sintomas de stress ocupacional no mês de maio/2014, chegando a se afastar do trabalho por mais de 03 meses, sendo 80 dias em benefício previdenciário, sempre com diagnósticos relacionados a transtornos mentais e do comportamento." Nessa linha, concluiu que os atos ocorridos, quais sejam, realização de tarefas que não eram afetas à sua área e/ou função, com prazos fora de razoabilidade, várias transferências, inclusive a possibilidade para o Setor (Patrimônio), onde não desenvolveria as atividades que há anos vinha desenvolvendo, mudança de horário que cumpria há anos e recolhimento de seu computador feito de forma irregular e às pressas, além de prestar esclarecimentos em sindicância, consubstanciaram-se em conduta abusiva por parte do preposto da ré. Desse modo, para se concluir que não se traduziram em atos de perseguição, mas tão somente se inseriram no mero exercício do poder diretivo da empresa, a fim de que seja afastado o pagamento da indenização por assédio moral, seria necessária a reanálise do contexto fático-probatório dos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 126/TST e inviabiliza o conhecimento do recurso de revista . Recurso de revista não conhecido . QUANTUM INDENIZATÓRIO - REDUÇÃO. (...) NÃO APRESENTAÇÃO DA TRANSCRIÇÃO DO TRECHO DO ACÓRDÃO REGIONAL QUE IDENTIFICA O PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA OBJETO DO APELO. LEI 13.015/2014. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. (...) . HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ASSISTÊNCIA SINDICAL - NECESSIDADE. (...) . JUROS DA MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. EQUIPARAÇÃO À

FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. Trata-se de matéria não analisada no v. acórdão recorrido. Ausente o prequestionamento estabelecido pela Súmula nº 297/TST . Recurso de revista não conhecido. CONCLUSÃO: Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (TST - RR: 11606420145170004, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 26/11/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/11/2018)

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. - MOMENTO CHEERS- ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Diante da delimitação do eg. Tribunal Regional de que o reclamante era exposto à situação vexatória e constrangedora, perante a presença de todos os trabalhadores, e que inexistia qualquer possibilidade de escolha de participar ou não do -momento cheers-, não há como se verificar a apontada violação dos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 186 do Código Civil. Óbice da Súmula 126 do c. TST. Incólumes, ainda, os arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, uma vez que a lide não foi dirimida com base na regra de distribuição do ônus da prova, mas com base na valoração da prova efetivamente produzida. Por fim, os arestos apresentados não levam em consideração os aspectos fáticos delineados pelo eg. Tribunal Regional, razão pela qual são inespecíficos, nos termos das Súmulas n.ºs 23 e 296 desta Corte. Recurso de revista não conhecido. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. R\$ 15.000,00.** A violação dos arts. 5º, V, da CF e 944 do CC quando a quantia estabelecida como indenizatória (R\$10.000,00) não parece exorbitar o razoável, mas considerando a extensão do dano, a gravidade da conduta e a capacidade econômica da reclamada, atende aos limites da razoabilidade. Recurso de revista não conhecido. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. (...)** . (TST - RR: 3788920135040251, Data de Julgamento: 26/11/2014, Data de Publicação: DEJT 28/11/2014)

A identificação dos sujeitos envolvidos é de fundamental importância para apurar responsabilidades. O assediador é descrito como o sujeito anormal movido por uma variedade de fatores, desde o simples ciúme até a busca de poder, sendo o motivo mais imediato a discriminação, que revela um desenvolvimento no caráter ele é um homem sem moral. Um personagem sem qualquer manifestação externa de ações, gostando de ver suas vítimas se submeterem a seus assaltos injustos. Por outro lado, nenhum grupo está destinado a ser vítima de assédio.

CONCLUSÃO

Nas relações de trabalho, o assédio moral adquire tons dramáticos devido à inadequação de um sujeito que teme a possibilidade de perder o emprego e o sustento, o que sujeita a vítima aos mais terríveis caprichos e fúrias, não só de seu empregador, mas também de seus próprios colegas.

A doutrina distingue os tipos de assédio moral com base na origem das agressões, que podem ser horizontais, entre colegas do mesmo nível hierárquico, verticais descendentes, praticados por superior contra subordinado, ou vertical ascendente feita por um subordinado ou um grupo de subordinados contra um superior. Destes últimos, embora menos frequente, não é menos perverso.

Constatou-se que existem diversas definições de assédio moral nas relações de trabalho, que diferem entre si de acordo com o ponto de vista de cada autor. Além disso, porque os métodos de redução de podem variar tanto que uma definição estanque prejudicaria seu ajuste para casos específicos. Mas mesmo que não haja uma metodologia específica, pode-se permitir uma compreensão efetiva do fenômeno a partir dos seguintes elementos comuns aos departamentos: violação da dignidade humana do trabalhador, natureza psicológica, comportamento violento, reincidência, propósito de exclusão e a intencionalidade da ação.

O surgimento do assédio moral no ambiente de trabalho é o desencadeador dos problemas de saúde de empregados, o que causa doenças e danos evidentes ao ambiente de trabalho dessa prática. Por isso, o Ministério Público do Trabalho detém autorização para agir, cujo objetivo é exigir o cumprimento das normas de segurança e requisitos de saúde ocupacional e prevenir, eliminar ou minimizar riscos à saúde e à integridade física e mental dos empregados.

A atuação dos integrantes da CIPA também pode contar com o mecanismo interno de prevenção e mitigação do processo de assédio moral no ambiente de trabalho. A atuação do Ministério Público do Trabalho foi enfatizada no combate ao assédio moral no ambiente de trabalho, a instauração de procedimentos judiciais e extrajudiciais obteve resultados satisfatórios.

Por fim, o assédio moral também foi presenciado no ambiente de trabalho, a instauração de processos judiciais e extrajudiciais obteve resultados satisfatórios, devem agir, sair da posição de expectadores e condenar, solidariamente com seus colegas, porque o mesmo ataque com colegas, hoje, também pode ser contra você. Portanto, aumentar os laços de solidariedade entre colegas ajudará muito a prevenir e evitar esse tipo de violência.

REFERÊNCIAS

ALKIMIM, Maria Aparecida. Assédio moral na relação de emprego. Curitiba: Juruá, 2005.

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

BRASIL. Novo Código Civil brasileiro: Lei 10.460, de 10 de Janeiro de 2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. Org. Giselle de Melo Braga Tapai. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2016].

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 3a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

HIRIGOYEN, Marie-Francie. Assédio moral: a violência perversa do cotidiano. Tradução Maria Helena Kuhner, 8ª ed., Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2006, p. 65.

MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MINAS GERAIS, TRT 3ª REGIÃO. Recurso Ordinário Trabalhista nº. 0002466-04.2013.5.03.0001. Rel.ª Paula Oliveira Cantelli. DJE. 16/09/2019.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. *Assédio moral no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.

ZANETTI, Robson, **Assédio Moral no Trabalho**. E-book.2009.

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E SEUS REFLEXOS NA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVO

MARIA APARECIDA RODRIGUES VIANA:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro.

RESUMO: A gestação por substituição compõe uma das técnicas de reprodução assistida a qual ganha novos contornos que possibilita avanços na sociedade brasileira trazendo outra visão acerca dos novos modelos e do planejamento familiar, ou seja, visa garantir o direito a qualquer pessoa ou casal a constituir sua família, portanto consiste no tratamento específico sendo direcionado para aqueles que pretende ter filhos e por alguma razão ou intercorrência não consegue o êxito. Essas novas relações advindas de outros núcleos familiares são o resultado das alterações legislativas que a Constituição brasileira de 1988 inseriu no ordenamento jurídico, e a evolução da família contemporânea sendo está considerado como a estrutura de toda a sociedade. Busca-se neste artigo acompanhar as mudanças analisando os aspectos determinantes da barriga solidária e seus reflexos na filiação, identificando os efeitos em relação a dificuldade desta prática, além disso visa demonstrar as resoluções do Conselho Federal de Medicina explicando que são parâmetros utilizados para a regulamentação da reprodução visando acompanhar suas possíveis atualizações no mundo jurídico, pretendendo buscar o devido conhecimento acerca de todo o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Conselho Federal de Medicina. Gestação por Substituição. Filiação. Aspectos. Omissão. Ordenamento Jurídico.

ABSTRACT: Pregnancy by substitution is one of the assisted reproduction techniques which gains new contours that enables advances in Brazilian Society, bringing another vision about new models and family planning, that is, it aims to guarantee the right of any person or couple to constitute their family, therefore it consists of the treatment being directed to those who intend to have children and for some reason or intercurrent are not successful. These new relationships arising from other Family groups are the result of legislative changes tha the Brazilian Constitution of 1988 insert into the legal system, and the Evolution of the contemporary Family is considered as the structure of all Society. The aim of this article is to monitor the changes through the analysis of the solidary belly na its reflexes in the affiliation, , identifying the effects in relation to the difficulty of this practice, ind addition it aims to demonstrate the resolutions of the Federal Council of Medicine explaining that they are parameteres used for regulation of reproduction, aiming to follow its possible updates in the legal world, intending to seek the proper knowledge about the whole subject.

KEYWORDS: Famiy. Federal Council of Medicine. Substitution Management. Sonship. Affiliation.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de família foi ampliado a partir da nova visão da Constituição brasileira de 1988, com isso buscou-se entender o novo ideal em relação aos arranjos familiares, com o intuito de

acompanhar o avanço social. A Constituição inseriu dispositivos legais no ordenamento jurídico surgindo um novo parâmetro e novas figuras como é o caso do planejamento familiar, da paternidade responsável, dos novos núcleos familiares, da igualdade no exercício conjugal e outros, percebe-se que com o surgimento destas figuras os casais passam a ter mais liberdade sem interferência do Estado para tomada de decisão em relação ao desejo de constituir sua família devendo ocorrer conforme suas realizações pessoais seja por laços sanguíneo ou pelo afeto.

Com o advento constitucional foi trazido também a figura da filiação a qual vem ganhando novos contornos na realidade, tendo em vista que a própria Constituição menciona acerca dos filhos, observa-se uma inovação no mundo jurídico, com isso surge um problema no instituto da filiação. O Código Civil de 2002 ainda não se ocupou em inserir um capítulo exclusivo sobre o direito da filiação.

Assim, o estudo a ser realizado neste artigo fará a análise e destacará alguns pontos priorizados como objeto de pesquisa devendo ser abordado no meio acadêmico para que se obtenha respostas no mundo jurídico, a temática detém grande relevância social as quais devem ser dada a real importância que será feita por meio de estudos baseando-se na lei, doutrinas, autores e posicionamentos.

O artigo tratará da ampliação do conceito de família e como se adequam suas novas formas na realidade, a verificação de todo o instituto da filiação e suas possíveis evoluções, como também constará a explicação de alguns princípios constitucionais sendo estes responsáveis por nortear o direito da filiação, objetivando contribuir com o conhecimento.

Por fim, a pesquisa trará uma visão quanto os aspectos jurídicos relevantes da gestação por substituição, identificando os efeitos negativos em relação as dificuldades desta prática em decorrência da lacuna no ordenamento jurídico o que dificulta a regulamentação das técnicas como a gestação por substituição, resultando em posicionamentos conflituosos levando em consideração que a prática é regulamentada através de resoluções do Conselho Federal de Medicina, deste modo será analisado todos parâmetros utilizado, demonstrando que não são mais instrumentos capazes e suficientes para conter os conflitos existente em torno da reprodução assistida.

2 DOS NOVOS NÚCLEOS FAMILIARES COM O ADVENTO CONSTITUCIONAL

Com a evolução nota-se a ampliação no conceito família sendo está considerada como tal base estrutura da sociedade, logo verificou-se a possibilidade do surgimento de novos arranjos familiares e com isto, a necessidade de criação de medidas que pudessem regulamentar os novos núcleos garantindo a todos e qualquer casal o direito ao planejamento familiar desejando o bem estar e a dignidade daqueles que pretendem compor o espaço familiar, deste modo a legislação insere no ordenamento jurídico dispositivos legais como dispõe Art.227, § 6º da Constituição Federal, tratando sobre a ideia de novos modelos familiares.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

(BRASIL, 1988 online).

Para Gonçalves, a criação foi extremamente necessária, tendo em vista que a própria Constituição elucida com clareza o que são deveres daqueles que compõe o espaço familiar, ademais dispõe também acerca do tratamento em relação aos filhos havidos de outras formas, ou seja, todos terão os mesmo direitos, não levando em consideração a forma de como foi havido.

Ademais, todas as mudanças sociais apontadas e o advento da Constituição Federal de 1988 implicaram a formulação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma paternidade responsável, além da adoção de uma realidade familiar concreta, em que os vínculos de afetividade se sobrepõem à verdade biológica. O aludido diploma legal reservou um título para reger o direito pessoal, e outro para a regulamentação do direito patrimonial da família. Desde a sua entrada em vigor, ratifica a igualdade dos cônjuges, materializando a paridade no exercício da sociedade conjugal e construindo a figura do poder familiar (GONÇALVES, 2010, p. 33-34, Apud SILVA, 2021, p.27).

Segundo Gomes, com o avanço social, notou-se que os novos modelos familiares estão adotando o planejamento familiar, isso significa que o casal tende a constituir sua família com a visão pautada na afetividade e na igualdade do exercício da sociedade conjugal.

Com a nova realidade da família brasileira, em que houve um rompimento de preconceitos em torno da família, ocorreu uma valoração por parte do legislador e dos aplicadores do Direito, dando ênfase a princípios basilares, como a igualdade e liberdade, para que se busque um novo ideal de família, calcado no afeto e nas realizações pessoais. Os princípios constitucionais servem como embasamento para essas novas formas de entidades familiares, adaptando-se à evolução social e respeitando, especialmente, o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, o da dignidade humana. (GOMES, 2009, p. 9, Apud, ARAÚJO, MELLO, MAIRINK, 2022, p.5).

Destaca-se que essa valoração permite que o casal constitua seu lar baseando-se em novos parâmetros de modelo familiar e em suas realizações pessoais. Ademais, os princípios servem para ajudar a regulamentar o surgimento de novas formas de entidades familiares baseada no vínculo afetivo, o qual será objeto de estudo na filiação socioafetiva.

2.1 Da filiação socioafetiva

Este instituto se aperfeiçoa quando ocorre a filiação, portanto a maternidade e a paternidade neste momento são reconhecidas juridicamente apenas pelo afeto, desconsiderando-se o vínculo sanguíneo. Tal reconhecimento propõe-se a garantir aos filhos os mesmos direitos, ou seja, produzindo efeitos igualmente ao da relação biológica.

Vale destacar que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça entendem que o rol de famílias previsto na Constituição Federal é meramente exemplificativo, o Código Civil de 2002 reconhece três formas de filiação, podendo proceder do vínculo biológico, vínculo civil ou o vínculo socioafetivo, sendo vedado qualquer tipo de discriminação de filhos adotivos e nascidos fora do casamento.(SILVA,2021, p.27).

De tal forma dispõe o caput do Art.1593 e Art.1596, CC/2002.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Conclui-se, portanto, que a filiação socioafetiva é uma construção social, fundamentada no afeto, no desejo real de ocupar os papéis de “pai”, “mãe” e filho”, bem como no efetivo desempenho de tais papéis independentemente da verdade biológica ou registral. Tal filiação concretiza-se com efetivo exercício da paternidade e maternidade para além das obrigações materiais, uma vez que envolve também o comprometimento com a satisfação das necessidades morais, afetivas e emocionais do ser humano. (ARTONI,2019, p.32)

2.2 Das mudanças no ato registral da filiação

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça ditou tal Provimento n. 63/2017 que trata acerca dos critérios no ato registral de crianças e adolescentes, vale ressaltar que mesmo com este regulamento do CNJ, o ordenamento jurídico necessita realizar algumas modificações.

O Provimento nº 63 do CNJ estabelece novos modelos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito; dispõe sobre o reconhecimento voluntário e averbação da paternidade e maternidade socioafetiva; e, ainda, regula o registro de nascimento dos filhos havidos por reprodução assistida. A partir desta normativa, que atinge todos os cartórios do país, os vínculos consensuais socioafetivos de filiação passam a poder ser registrados voluntária e diretamente nas serventias de registro civil de pessoas, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, o que é uma alteração significativa. (CALDERON; TOAZZA,2018, p.4)

O reconhecimento da filiação pode ocorrer de duas formas, via extrajudicial diretamente no cartório com a presença das partes, ou via judicial com algumas ressalvas.

No que tange ao procedimento de reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva em si, o CNJ determinou que pode ser realizado em qualquer serventia, e não apenas naquela onde foi lavrado o assento de nascimento do pretense filho. A fixação de competência territorial ilimitada tem notório intuito de proporcionar facilidades aos cidadãos e eliminar burocracias. (ARTONI,2019, p.76).

A filiação, qualquer que seja sua origem, possui a mesma importância e deve receber igual respeito e consideração. A facilitação do reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva está alicerçada nos princípios da afetividade, da igualdade e do direito de filiação, de modo que não pode ser ignorada ou dificultada. Neste sentido, acerta o Conselho Nacional de Justiça ao adotar tal medida em prol da desburocratização, unificando esta possibilidade no cenário nacional. (CALDERON; TOAZZA,2018, p.5)

Conclui-se que mesmo com o Provimento nº 63 do CNJ é necessário que haja ainda mais atualizações para que sejam aplicados nos casos existentes e consiga solucionar conflitos advindos do ato registral da filiação e que acompanhem as mudanças decorrentes destes novos nascimentos que compõem o novo ideal de família.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS

De forma breve, foi escolhido alguns princípios com o intuito de se obter conhecimento acerca de como estes são aplicados na realidade, tendo em vista que são uma das principais formas de embasamento, tais como: princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e o da presunção da verdade registral que serão expostos abaixo visando o entendimento e como se adequam na prática.

3.1 Dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, concebe a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Trata-se de princípio próprio ao Estado democrático de direito, instituído por esta norma de maior hierarquia em nosso país. A ideia principal é valorizar a pessoa, afastando a patrimonialização exclusiva dos direitos privados. (MOTTA,2021, p.32).

Nesse contexto, a tutela à dignidade da pessoa humana tem como norte proteger o ser humano e suas peculiaridades. Trata-se de preceito supremo, instituído em nossa vigente Constituição Federal, com base em valores morais e éticos, que abrangem a proteção dos direitos fundamentais inerentes ao homem. Ressalta-se sua amplitude nas variadas relações sociais, com relevante dimensão jurídica especialmente ao direito de família. (MOTTA,2021, p.33)

Este princípio é considerado um dos preceitos supremo decorrente da Constituição Federal, a qual visa a proteção dos direitos fundamentais de cada indivíduo, ou seja, crianças e adolescentes estão inseridos e gozam desta proteção sendo garantida principalmente sua dignidade e que possam viver de forma saudável no espaço denominado familiar.

3.2 Afetividade

Esse princípio, trata-se de elemento indispensável na garantia da dignidade do ser humano, preservando o instituto familiar e rompendo com a ideia exclusivamente patrimonialista deste, existente no passado, além de contribuir para o direito de família tendo em vista sua repercussão no mundo jurídico. Sabe-se que o direito de família, principalmente, está fundado na estabilidade das relações socioafetiva e na comunhão de vida entre os membros comuns a esta. Então, tendo o princípio da afetividade como liame na promoção da dignidade humana, pode-se inferir que se trata de direito fundamental. Certamente, o elemento mais importante para que haja uma constituição familiar é a afetividade entre as pessoas que a compõe. A família socioafetiva é aquela formada, não por vínculos biológicos, sanguíneos, mas por vínculo de afetividade. (MOTTA,2021, p.42).

A criação dos núcleos familiares depende destes dois princípios que detém elementos que são indispensáveis para que se tenha constituído um espaço familiar com respeito e bastante amor, os princípios da dignidade da pessoa humana e o da afetividade deve sempre estar em comum acordo.

O objetivo fundamental deste princípio constitucional implícito, que deriva da convivência familiar, é a garantia da felicidade como um direito a ser alcançado na família. É de ressaltar que a manutenção da união familiar, sobretudo, sustenta-se no afeto, em especial quanto ao vínculo travado entre as pessoas (pais e filhos), independentemente da sexualidade ou mesmo de aspectos biológicos. A reprodução assistida para uniões homoafetivas, portanto, legitima-se diante dessa construção principiológica do direito de família, deixando de lado os resquícios da doutrinação religiosa ou mesmo da antiga concepção de procriação como substrato para o reconhecimento pela sociedade e também pelo Estado. (NUNES, LEHFELD, PEREIRA,2019, p.10).

Com a nova realidade é possível perceber a dimensão e quais vínculos são capazes de ser construídos por meio da afetividade em decorrência do planejamento familiar, com isso aumentando os vínculos em família socioafetiva, mudando certamente a percepção das pessoas que desejam compor esses espaços familiar.

3.3 Presunção de veracidade no ato registral

Ainda no âmbito dos princípios, porém, afastando-se um pouco do direito de família, entendemos relevante apontar o princípio da presunção da verdade registral, tendo em vista a possibilidade e necessidade de inserção em registro público do nome da pessoa identificada e reconhecida como pai/mãe socioafetivo para garantia dos direitos inerentes à filiação. Este princípio é, na verdade, decorrente da ideia de fé pública inerente aos registros públicos, uma vez que são atos derivados do exercício privado, conferido por delegação do Poder Público, nos termos do artigo 236 da Constituição Federal 77. Assim, a Lei nº 6.015/7378 e a Lei nº 8.935/9479, que dispõe sobre os registros públicos e regulamenta referido dispositivo constitucional, deixam evidente o caráter de autenticidade e segurança destes atos jurídicos, em razão da fé pública. (MOTTA,2021, p.53).

Por fim, é notório que a nossa realidade não detém ainda instrumentos jurídicos adequados

que regulamente esses casos advindos de situações da reprodução assistida, resultando em incertezas e aumentando a insegurança jurídica em relação aos direitos e deveres dos novos modelos de família que busca essa possibilidade.

Deve- ser recorrer a métodos com soluções proporcionais com a finalidade de abrandar as possíveis consequências advindas desta prática, verificou- se tamanha importância que estes princípios constitucionais tem para o direito das famílias servindo como norteadores, com o intuito de regulamentar quaisquer relações advindas dos núcleos familiares conforme a realidade atual.

4 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO OU BARRIGA SOLIDÁRIA

A barriga solidária é uma possibilidade que visa garantir aos casais o direito de formar uma família, e consiste em um tratamento direcionado para aqueles que desejam ter filhos, mas devido alguma intercorrência não conseguem ter.

O Código Civil no Art.1597 trata do tema, dispondo acerca da presunção dos filhos concebidos por meio de fecundação, inseminação e concepção artificial.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL,2019 online).

Essa prática compõe uma das formas de reprodução assistida, consiste no ato de ceder o útero para gerar o filho de outra pessoa, sendo vedado o caráter lucrativo no Brasil, ou seja, é incorreto devido caracterizar-se uma relação comercial e em consequência a exploração de mulheres mais pobres, portanto tal prática em troca de dinheiro é proibido.

O termo denominado como “barriga de aluguel” como é conhecido popularmente, possui, na verdade, diversos sinônimos, tais como, maternidade substitutiva, gestação de substituição ou substitutiva, barriga de aluguel, maternidade sub-rogada, útero de empréstimo, etc. Para o jargão médico e pela Doutrina, é entendido como “gestação de

substituição” ou “cessão temporária de útero”, (NASCIMENTO, 2021, p.17).

Portanto, é necessário compreender todos os termos existente acerca desta prática para que seja possível conhecer de forma detalhada todo o procedimento que o Conselho Federal de Medicina regulamenta.

4.1 Resoluções do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina é responsável por regulamentar tal prática e ao longo dos anos as mudanças são atualizadas por meio de resoluções que dispõe exigências que devem ser observadas, conforme a Resolução n. 2.294/2021 do CFM.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau - pais/filhos; segundo grau - avós/irmãos; terceiro grau - tios/sobrinhos; quarto grau - primos), desde que não incorra em consanguinidade.
3. A idade limite para a doação de gametas é de 37 (trinta e sete) anos para a mulher e de 45 (quarenta e cinco) anos para o homem. (BRASIL, 2021, online)

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina.
2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.
3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:

3.1 Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2 Relatório médico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3 Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4 Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, públicos ou privados, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5 Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6 Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável. (BRASIL, 2021, online);

Por meio destas resoluções são impostos critérios e que devem ser observado pelos casais, para que sejam realizado tal procedimento com eficiência e com objetivo de evitar possíveis consequências no âmbito jurídico devido as lacunas na lei, por este motivo é necessário que as resoluções estejam em constante mudanças acompanhando sempre os novos núcleos familiares e dando-lhes sempre segurança jurídica.

Se reconhece ao julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma. Ou seja, deve ser o juiz investido de amplos poderes de direção, possibilitando-lhe adaptar a técnica aos escopos do processo em cada caso concreto, mesmo porque a previsão abstrata de todas as hipóteses é praticamente impossível. (STRECK ,2014, apud NASCIMENTO,2021, p.30).

Ademais, é notório que as resoluções tem a finalidade de regulamentar a reprodução assistida, auxiliando na prática dos inúmeros casos existentes devendo o julgador analisar minuciosamente estes casos, em decorrência da ausência de legislação que trate do tema o que dificulta a regulamentação, tendo em vista que as resoluções não detém coerção, isso significa que não possuem força de lei, portando permitindo a prática ilegal em suas várias formas.

Ressalta-se também outras mudanças no procedimento viabilizando a gestação e por

consequência ampliando os direitos das pessoas transgêneros.

A nova resolução garante o uso das técnicas por heterossexuais, homoafetivos e transgêneros – em normativas anteriores, pessoas trans não eram citadas. Também frisa a permissão à "gestação compartilhada" pelas uniões homoafetivas femininas, situação em que o embrião obtido a partir da fecundação dos óvulos de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira. (SILVA,2021, p. 19).

Por fim, devido as mudanças trazidas pela resolução os casais que pretendem adotar um dos métodos de reprodução assistida devem-se atentar para as atualizações e para o preenchimento de todos os requisitos, para que o planejamento familiar ocorra com mais segurança jurídica.

4.2 Do registro de crianças nascidas por barriga solidária

Conclui-se que a própria resolução já lista todos os documentos necessários, o procedimento se inicia quando todas as partes assinam um termo de consentimento, juntamente com uma espécie de contrato o qual estabelecerá a filiação da criança, em seguida um atestado médico que comprove a situação clínica e emocional da gestante, além da garantia de acompanhamento no pós- parto, caso seja necessário, e por fim a garantia do registro civil da criança em relação aos pais intencionais (BRASIL,2021, online).

5 CONCLUSÃO

O presente estudo científico abordou toda a questão dos aspectos envolvendo a gestação por substituição e seus variados reflexos no instituto da filiação, identificando os efeitos e as dificuldades desta prática pela ausência de legislação até o presente momento, tendo em vista que somente o Conselho Federal de Medicina se ocupou em regulamentar por meio de resoluções que são atualizadas ao longo dos anos, o problema surge com o avanço social fazendo com que as resoluções não sejam mais suficientes para tratar os conflitos advindo destas novas relações compreendidas como novos moldes familiares, além disso de forma negativa a omissão permite o aumento da prática ilegal envolvendo a barriga de aluguel refletindo no instituto da filiação.

Buscou-se organizar todo o artigo em tópicos, de forma breve foi demonstrado todo o advento constitucional, a ampliação no conceito de família, a dimensão dos direitos e deveres de forma mais ampla e a compreensão da família contemporânea, bem como, os princípios constitucionais considerado grandes norteadores no sistema jurídico, ainda abordou a nova figura do instituto da filiação e por último foi escolhido uma das técnicas da reprodução assistida sendo a gestação por substituição e suas atualizações por meio da Resolução n. 2.294/2021, sendo possível compreender todo o objeto do presente trabalho.

A partir de uma nova percepção verificou-se que a filiação de fato é uma grande construção social que vem ganhando novos contornos desde a Constituição brasileira de 1988, este instituto envolve toda a questão do afeto, pois é seu critério primordial, ou seja, as pessoas ou casais que desejam ocupar lugares na vida das crianças ou adolescentes deixam de lado os critérios de laços sanguíneos e adotam unicamente os laços de afeto, formando diversos vínculos afetivo e por

consequente compondo novas formas de família. Desta forma, o Código Civil de 2002 foi omissivo diante de tamanha realidade ao que tange o direito da filiação acarretando lacunas no ordenamento jurídico, uma vez que as novas relações que compõem o direito de família refletem negativamente no instituto da filiação, socioafetiva e na reprodução assistida.

Conclui-se, assim com gestação de substituição a qual pertence uma das técnicas da reprodução, que consiste em procedimento direcionados para aqueles que não conseguem ter filhos por algum motivo pessoal ou intercorrência, deste modo, verificou-se durante toda a análise que os parâmetros utilizados das resoluções não são mais suficientes para regulamentar os casos advindo desta prática, tendo em vista que as resoluções não conseguem compreender todo o instituto da gestação por substituição refletindo diretamente na filiação socioafetiva e no direito da filiação, devido a omissão no ordenamento jurídico, acarretando consequências que atingem diretamente outras searas do direito, portanto, é necessário a retomada de projetos de leis visando buscar os meios adequados que possam regulamentar, sob uma nova ótica, os institutos analisados no presente estudo, visando acompanhar as mudanças decorrentes da sociedade brasileira e seus avanços.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 mai. 2022

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº. 2.294/2021 Vigente. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294> Acesso em: 03 de mar.2022

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 30 mai. 2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

ARTONI, P. O Registro Civil da Filiação Socioafetiva no Direito.2019 (Monografia). Universidade Estadual Paulista (UNESP). Franca, 2019. 112 f.

MOTTA, A. A Filiação Socioafetiva e o Supremo Tribunal Federal.2021 (Mestrado). Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC). São Paulo, 2021. 123 f.

BRASIL, Provimento do Conselho de Justiça n. 63, de 14 de novembro 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça.

BRASIL, Provimento n.83, de 14 de agosto de 2019 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível:<https://drwanderbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/746072696/provimento-n-83-de-14-08-2019-determina-aos-cartorios-a-reconhecer-filiacao-socioafetiva-para-pessoas-acima-de-12-anos>. Acesso em: 15 mai.2022

NASCIMENTO, A. Barriga de Aluguel E Seus Aspectos Jurídicos.2021. (Monografia). Curso de Direito Uni Evangélica. Anápolis. 2021, 112 f. Disponível em: [//repositorio.aee.edu.br/jspsui/bitstream/aee/18450/1/Andressa%20lobo.pdf](http://repositorio.aee.edu.br/jspsui/bitstream/aee/18450/1/Andressa%20lobo.pdf).

SILVA, V. As técnicas de Reprodução Humana Assistida Frente ao Vigente Ordenamento Jurídico Brasileiro.2022 (Monografia). Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Goiás, 2022. 38 f.

GONÇALVES, D. Reprodução Assistida e Seus Impactos na Família Contemporânea. Revista Direito & Consciência, v.01, n.01, julho,2022.

ARAÚJO, F. MELLO, R. MAIRINK C. Gestação de Substituição: Aspectos Legais e Sociais. LIBERTAS DIREITO, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 1-41, jan./jul. 2022.

NUNES, D. LEHFELD, L. PEREIRA F. Os desdobramentos do reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetivo. civilistica.com || a. 8. n. 2. 2019 || 3.

PILLA, J. BARROS, D. Possibilidade Jurídica da Gestação de Substituição no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Toledo, v.13, n.13, p. 1-18, 2017.

A CRESCENTE CONTRATAÇÃO DE MEIS FRENTE A CONSOLIDAÇÃO DE LEIS TRABALHISTAS

OTAVIO FERNANDES MUNIZ:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Fаметro - Manaus

RESUMO: O trabalho decorre a partir das pesquisas realizadas para demonstrar como a Reforma Trabalhista, após entrar em vigor em novembro de 2017, surtiu efeito nas relações de Trabalho, alterando diversas regras, dentre elas as que se referem à contratação de autônomos e na atuação dos Microempreendedores Individuais – conhecidos como MEIs. Relata a problemática que foi assentada com a terceirização trabalhista no país e seus impactos decorrentes da Reforma Trabalhista. Aborda os grandes índices de desemprego que favoreceram a reforma trabalhista na sua implementação no país, e acabou por trazer uma grande discussão sobre o tema e uma grande flexibilização frente as novas leis e os MEIs. Expõe os impactos gerados através da Consolidação das Leis Trabalhistas. Demonstra como a Consolidação de Leis Trabalhistas garantiu a segurança dos profissionais de todas as áreas, e como a reforma trabalhista garantiu a contratação de um profissional, neste caso, buscando um resultado de maior mobilidade dentro da CLT.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Microempreendedor Individual. Impactos. Mudanças.

ABSTRACT: The work takes place from the research elapsed to demonstrate how the Labor Reform, after entering into force in November 2017, had an effect on labor relations, changing several rules, among them those that refer to the hiring of self-employed and the performance of Individual Microentrepreneurs – known as MEIs. It reports the problem that was settled with labor outsourcing in the country and its impactstemming the Labor Reform. It addresses the large unemployment rates that favored labor reform in its implementation in the country, and eventually brought a great discussion on the subject and a great flexibility in the face of the new laws and the MEIs. It exposes the impacts generated through the Consolidation of Labor Laws. Demonstrates how the Consolidation of Labor Laws ensured the safety of professionals in all areas, and how labor reform ensured the hiring of a professional, in this case, seeking a result of greater mobility within the CLT.

KEYWORDS: Labor Reform. Individual Microentrepreneur. Impacts. It's a change.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de um estudo acerca da crescente contratação de MEIS frente a consolidação de leis trabalhista. Desde então, discute-se a mensuração dos efeitos nocivos de longo prazo e a minimização dos existentes, com base na regressão máxima das condições de trabalho perigosas e das condições de trabalho.

Com a reforma trabalhista em 2017, as empresas passaram a contratar como pessoa jurídica, terceirizando atividades básicas. Assim, a relação é estabelecida através da contratação de uma empresa por outra empresa para a prestação de serviços ou para o desempenho de uma função, o que inclui a contratação conjunta com partes de atividades básicas, de acordo com determinadas

regras. Essa dinâmica foi analisada e os antecedentes constituem a proposta deste estudo a partir do qual será abordada.

Por esta razão, analisando o panorama contrastado na sociedade, principalmente devido à evolução das condições de trabalho instáveis, o estudo se justifica no sentido de tentar compreender o processo de terceirização no âmbito do MEI e propondo possíveis alternativas para que não há resultados piores nos próximos anos do que os observados atualmente.

Neste ponto, o objetivo do estudo é analisar o processo de terceirização imposto pela Consolidação de Leis Trabalhistas - CLT. E estudar o que levou a um aumento da terceirização, tendo um impacto significativo nos direitos sociais e, portanto, precisa ser protegida.

Nesse sentido, iniciou-se a análise dos requisitos que envolvem o microempreendedor individual, sua conceituação à luz da legislação aplicável. Na mesma esteira, foi analisado o MEI enquanto política para o desenvolvimento econômico, bem como os limites estabelecidos para as atividades desenvolvidas.

Portanto, procura mostrar que a instabilidade das relações laborais devido à redução gradual dos direitos dos trabalhadores a favor do processo apenas contribui para o crescimento das economias centralizadas. Um método dedutivo foi usado e é baseado em uma pesquisa de literatura com base na doutrina e uma visão geral da lei nacional, jurisprudência e tribunais nacionais.

2 DO CONCEITO DE MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL - MEI

Até 2020, o Brasil já havia ultrapassado a marca de 10 milhões de MEIs – Microempreendedores individuais. Para empreender individualmente e estar regularizado com a lei, e poder trabalhar por conta própria contando com um CNPJ, emitir notas fiscais, contratar um funcionário e contribuir para a aposentadoria, são alguns dos benefícios do MEI se regularizar.

Para se encaixar na categoria, é preciso faturar até R\$81.000,00 por ano e não ter participação em outra empresa, como titular e nem ser sócio. Existem diversas atividades permitidas para o microempreendedor individual, o Portal do empreendedor apresenta todas as atividades para aqueles que querem confirmar se seu negócio é permitido para o formato.

É necessário descrever o que foi a Reforma Trabalhista, que diz respeito à reformulação da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), com intuito de flexibilizar as relações de trabalho. A atualização entrou em vigor no ano de 2017, através da Lei nº 13.467/2017, e causou uma grande divergência entre especialistas da área.

Por conseguinte, conceitua-se o MEI, que nada mais é do que uma natureza jurídica (tipo societário) criada com o objetivo de facilitar a regularização das atividades econômicas de pessoas que trabalham por conta e que não têm sócios.

Segundo Vitor Torres, CEO e fundador do Blog Online CONTABILIZEI, o MEI é a sigla para Microempreendedor Individual. Trata-se de um modelo empresarial simplificado, instituído

pela Lei Complementar nº128, de 19 de dezembro de 2008, com o propósito de facilitar a formalização das atividades de quem trabalha de maneira autônoma.

Já Inácio (2021, p. 13) conceitua o MEI como:

Uma figura que sempre esteve presente no nosso ordenamento social, é aquele que de forma individual exerce a empresa em âmbito micro, entretanto, em momento anterior à Lei que o regula, em grande parte atuava de maneira irregular, por não ter uma legislação benéfica à sua regularização.

Por fim, Tomazette (2019, p. 696) cita:

Com o intuito de retirar boa parte da economia da informalidade, a Lei Complementar n. 128/2008 introduziu a figura do Microempreendedor Individual – MEI, nos arts. 18-A a 18-C na Lei Complementar n. 123/2006. O objetivo dessa criação foi a retirada da informalidade de pequenos exercentes de atividades econômicas, possibilitando a eles um recolhimento tributário fixo e permitindo-lhes o acesso ao crédito.

Após aceitação e grande repercussão do MEI, o Estado se viu com a necessidade de regular e definir quem seria o *MEI*, de modo que poderiam fiscalizar e assessorar o indivíduo por trás. Sendo assim, Cruz (2020, p. 922) conceituou conforme previsto em Lei, o MEI, que ficou definido como:

O art. 18-A, por sua vez, trata do MEI – Microempreendedor Individual, e dispõe em seu § 1.º que para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual que se enquadre na definição do art. 966 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), que seja optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.

No entanto, vale destacar que além da definição em relação a renda bruta anual acima, gerada pelo MEI, a doutrina aponta outras características que definem esta figura empresária, como a admissão de não sócios, quantidade de pessoas que possam ser colaboradores, e outros. Vejamos o que diz Fraporti (2020, p. 66) a respeito:

[...] microempreendedor individual (MEI) — é o tipo de empresa em que a pessoa trabalha sozinha, por conta própria, de forma regularizada. O MEI não pode ser sócio ou titular de outra empresa, e só pode ter um

empregado contratado, desde que ele receba somente o salário mínimo ou o piso da categoria.

Logo, o empresário que preenche todos os requisitos e características, poderá registrar o seu MEI junto ao Registro Público de Empresas Mercantis, conhecido como RPEM, bem como junto à receita federal, e, assim atuar regularizado e chegando até a obter acesso às linhas de crédito e fiscalização do Poder Público.

Ressalta-se que o intuito de incentivar a regularização do MEI veio com um tratamento diferenciado no que diz respeito à tributação, fazendo com que uma gama de tributos fosse compilada e simplificada no SIMPLES Nacional, que foi instituída no art. 13 da Lei Complementar 123/2006, com objetivo de arrecadar vários tributos em um documento só, o que geraria maior facilidade ao MEI, e sendo uma forma de demonstrar a desburocratização para microempresários.

2.1 Os direitos de quem usa o MEI

Ainda que seja uma opção bastante interessante para quem deseja ter o próprio negócio, para ser MEI é preciso, primeiro, atender a uma série de exigências. O MEI funciona como um modelo empresarial simplificado para autônomos e pequenos empreendedores. Ao abrir MEI, o profissional que deseja trabalhar por conta própria passa a ter um CNPJ e, assim, pode emitir notas fiscais, além de contar com direitos de uma pessoa jurídica.

Esses direitos abrangem benefícios como aposentadoria, auxílio-doença e auxílio-maternidade. Torna-se mais fácil também a solicitação de crédito e abertura de conta bancária.

Além disso, o Microempreendedor Individual que mantém suas obrigações em dia tem acesso a alguns benefícios voltados para quem tem um CNPJ, como por exemplo, a emissão de notas fiscais que é obrigatória para certas negociações, bem como, conta com a opção de contratar um funcionário para auxiliar nas demandas da empresa, além de prestar serviços ou vender seus produtos para pessoas físicas e também jurídicas.

Indo além, ainda que as pessoas relutem em se tornar MEI, este oferece um baixo custo mensal de tributos e valores fixos, comparados a outras empresas:

MEI – Atividade	INSS + ICMS/ISS	Contribuição MEI 2022
Comércio e Indústria - ICMS	60,60 + 1,00	R\$61,60
Serviços - ISS	60,60 + 5,00	R\$65,60
Comércio e Serviços – ICMS e ISS	60,60 + 6,00	R\$66,60

Possibilidades de contratar um colaborador com baixo custo, tendo apenas 11% sobre o valor total da folha de salários. Sendo um encargo previdenciário de 3% e alíquota de 8% sobre seu salário para o FGTS.

Outro ponto, é poder contar com o apoio técnico do Sebrae. Com este apoio é possível tirar dúvidas sobre empreendedorismo, aprender sobre negociações, preços e condições de compra de mercadorias e obter melhor prazo junto aos atacadistas.

Com objetivo de ajudar o MEI, o crédito facilitado é oferecido por algumas instituições bancárias, principalmente as públicas, com ofertas e taxas diferenciadas.

Ter um emprego regularizado é importante tanto para o Governo quanto para o próprio trabalhador. Muitas pessoas não sabem, mas o Microempreendedor Individual possui direitos trabalhistas, sim. Não se trata de um trabalho informal, e é pensando nos direitos do MEI que existe a contribuição mensal.

A aposentadoria é um direito que incentiva os trabalhadores a se formalizar como MEI. Cumprindo com as suas obrigações mensais, o empreendedor estará pagando 5% do salário mínimo para a previdência social.

A idade mínima para se aposentar sendo MEI é de 60 anos para mulheres e 65 anos para os homens, para isso é necessário a contribuição de no mínimo 15 anos como Microempreendedor Individual.

Para ter direito à aposentadoria por tempo de contribuição é preciso complementar o valor mensal em 15% em cima do salário mínimo nacional vigente. Caso queira uma aposentadoria maior que um salário mínimo será preciso aumentar o valor também.

O MEI também tem direito à aposentadoria por invalidez, para isso, é preciso ter contribuído pelo menos um ano com a Previdência. Em caso de acidente de qualquer natureza, ou doenças determinadas em lei, esta carência não será necessária.

Outra modalidade contemplada pelo MEI é o auxílio-doença, afinal ficar doente é uma grande preocupação para quem é autônomo. A partir do MEI, o empreendedor garante o direito ao afastamento para realizar o tratamento necessário. O MEI poderá contar com a remuneração da Previdência, com direito ao benefício no valor de um salário mínimo. Para garantir esse direito é preciso ter contribuído, no mínimo, por um ano e comparecer ao exame pericial.

O MEI possibilita o auxílio-maternidade, através de uma solicitação na página da Previdência Social. O pagamento é feito pelo INSS e a contribuição mensal durante este período é descontada do valor do benefício de forma automática.

No entanto, para ter acesso ao auxílio maternidade é necessário ter contribuído para a Previdência por pelo menos 10 meses, independente do sexo, a solicitação também pode ser feita para fins de doação.

O auxílio reclusão também se encaixa como um direito no MEI, em casos em que o trabalhador seja preso, em regime semiaberto ou fechado, mesmo antes do veredito da condenação, e desde que esteja em dia com suas contribuições mensais.

A pensão por morte se encaixa no MEI com alguns critérios:

- Recebimento por 4 meses a partir da data do óbito: o benefício é pago ao cônjuge sem que o segurado tenha realizado 18 contribuições à Previdência. Ou no caso de casamento ou união estável de até 2 anos;
- **Duração variável de acordo com a idade do segurado:** caso o MEI tenha feito mais de 18 contribuições, a duração máxima da pensão pode variar, sendo 3 anos para segurados com menos de 21 anos ou sendo vitalícia, para segurados com 44 anos ou mais.

A Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, diz que o MEI não precisa emitir nota fiscal na venda de produtos para pessoa física. No entanto, isso se torna obrigatório quando falarmos sobre vendas ou prestação de serviços para pessoas jurídicas.

O MEI pode emitir notas fiscais através do Portal do Empreendedor, assim que tiver o registro feito pela Secretaria da Fazenda do seu estado: apesar de não ser obrigatório, o MEI pode utilizar notas fiscais eletrônicas. Por isso, caso você opte por utilizá-la, será necessário cumprir os mesmos requisitos de uma empresa que não opta pelo MEI.

O MEI também pode vender para o Estado ou vender para o governo através de licitações públicas. Para que isso seja possível, é preciso que o MEI providencie os documentos previstos nos artigos 27 a 31 na Lei 8666, que trata das compras governamentais. E que lida com a legislação para licitações públicas.

3 DE COMO SE TORNAR UM MEI

Segundo a cartilha do Microempreendedor Individual, disponível no site do Senado Federal:

a formalização do Microempreendedor Individual pode ser feita, a qualquer momento e de forma gratuita, por meio da rede mundial de computadores, no Portal do Empreendedor. O processo é relativamente simples. Também pela internet, ele pode fechar negócios e preencher a declaração única exigida para comprovar o cumprimento de suas obrigações fiscais e tributárias. Vale dizer: nos dias de hoje, a contratação de um contador não é mais indispensável, muito embora o acesso ao computador passe a ser quase um imperativo na vida diária do Microempreendedor (Brasil, 2014).

Ademais, o Governo Federal disponibiliza um curso bastante didático para informar como os empreendedores podem se formalizar, a importância disso, além de saber direitos, benefícios e algumas obrigações que precisam ser cumpridas.

Sobre as formas de atuação, é bom deixar claro que é preciso saber que esse campo se refere “às maneiras pelas quais as atividades mercantis e/ou serviços serão exercidos, mediante contraprestação financeira”, de acordo com a definição oficial do governo.

Elas podem ser caracterizadas pelos seguintes tipos:

- Estabelecimento Fixo: atividades exercidas em local determinado;
- Internet: atividades exercidas por meios online;
- Em Local Fixo Fora de Loja: atividades fora do local fixo;
- Correio: atividades exercidas com entregas;
- Porta a Porta, Postos Móveis ou Ambulantes: atividades de deslocamento;
- Televendas: atividades exercidas pelo telefone;
- Máquinas Automáticas: atividades exercidas com uso de máquinas;
- Atividade desenvolvida fora do estabelecimento do cliente.

Saber esses pontos é muito importante para não deixar passar nenhuma informação relevante e não ter que se retratar mais para frente.

3.1 O que a legislação fala sobre o MEI e sua regularização

A Lei complementar nº 128/2008 foi quem criou a figura do Microempreendedor Individual – MEI, tendo sua vigência a partir de julho de 2009.

Considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (adiante reproduzido) - Código Civil, que tenha auferido receita bruta até o limite estabelecido:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

A partir de novembro de 2011, a Resolução do CGSN Nº 94, de 29 de novembro de 2011(Consolidação Normativa), no Título II, arts.91 a 108, tratam do MEI.

O MEI poderá optar pelo Sistema de Recolhimento em Valores Fixos Mensais dos Tributos abrangidos pelo Simples Nacional - SIMEI, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês.

O optante pelo SIMEI recolherá, por meio do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS), valor fixo mensal correspondente à soma das parcelas relativas à contribuição previdenciária, do ICMS e o ISS, quando cabíveis.

Segundo Vanessa Marques (blog online, 2022), responsável pela coluna no site Jornal Contábil, as maiores dúvidas dos empreendedores estão relacionadas aos direitos do MEI que presta serviços à uma empresa. Desta forma, ela esclarece que o microempreendedor individual não possui direitos trabalhistas como ocorre com os demais trabalhadores que são regidos pela CLT.

Acontece que o empreendedor tem apenas os direitos que são oferecidos ao MEI, como por exemplo, cobertura na previdência social que é garantida devido à contribuição de 5% do salário-mínimo. Assim, o MEI tem acesso à benefícios, como auxílio-doença, salário-maternidade, aposentadoria, dentre outros, que são comuns aos trabalhadores brasileiros.

Vanessa Marques informa que para garantir mais segurança a estes profissionais, a reforma trabalhista regulamentou a contratação de um profissional autônomo – com ou sem exclusividade, para a prestação de serviços contínuos ou eventuais. Mas isso é permitido se todas formalidades legais forem seguidas.

Desta forma, o profissional tem liberdade para a prestação de serviços, não sendo necessário cumprir uma jornada de trabalho estabelecida pela empresa. Assim, fica comprometido apenas com a entrega das obrigações contratadas.

No entanto, vale destacar também as desvantagens de ser um MEI profissional liberal, tais como:

Na relação de chefe e MEI não pode haver requisitos que configurem vínculo empregatício, subordinação e cumprimento de horários e ordens. Caso isso seja identificado, o contratante deverá se responsabilizar pelas obrigações trabalhistas e de previdência, arcando financeiramente em casos de acidente de trabalho, doença profissional e demais contratemplos.

O site Rh Center Gestão de Pessoas destaca também a respeito das obrigatoriedades CLT x MEI, e diz que se “tratando de modelos trabalhistas bem distintos, o MEI é mais indicado para profissionais liberais que desejam sair da informalidade e que não possuam um alto valor de faturamento anual. Mas como MEI, o trabalhador não se isenta de algumas burocracias fiscais.”. Em seguida o site cita algumas burocracias das quais o MEI se isenta, sendo elas:

- Pagamento de um tributo fixo referente ao Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS);

- Emissão de nota fiscal, opcional nos casos de serviços prestados ao consumidor final (pessoa física);
- Registro do relatório mensal de receitas;
- Entrega da Declaração Anual do Faturamento do Simples Nacional (DASN-SIMEI);
- Prestação de informações do funcionário contratado, caso se aplique.

No entanto, destaca-se que o regime CLT é adotado por empresas que tem em seu quadro funcionários com vínculos empregatícios e que sejam remunerados para realizar serviços relacionados à atividade-fim da empresa.

Novamente o site Rh Center Gestão de Pessoas expõe as obrigatoriedades caso o empregador opte pelo modelo CLT, sendo eles:

- Pagamento do salário por meio de recibo até o quinto dia útil do mês;
- Recolhimento do INSS de 3% da empresa e 8% descontado do funcionário;
- Pagamento de vale-transporte no início do mês, quando solicitado pelo empregado;
- Prestação da movimentação de funcionários admitidos e demitidos durante o mês;
- Recolhimento do FGTS, de até 8% sobre o salário do colaborador, através da Guia de Recolhimento (GRF) do FGTS. Obrigação custeada pelo empregador.

Desta forma conseguimos perceber que é possível reconhecer o vínculo empregatício, e que o MEI foi completamente estudado e apresentado para regularização do MEI, com objetivo de retirar a ilegalidade de empresários no país, através da facilitação e desburocratização do registro necessário, além de incentivar o empreendedorismo.

3.1.1 Principais dispositivos constitucionais sobre MEI.

O MEI, sendo uma nova pessoa jurídica instituída com base no Regulamento Nacional da Micro e Pequena Empresa, que alterou as disposições das seguintes leis: MEI é uma nova pessoa jurídica instituída com base no Regulamento Nacional da Micro e Pequena Empresa; para alterar as disposições das leis nºs 8.112 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis

do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Alterada pela Lei Complementar nº 127 de 14 de agosto de 2007. Alterada pela Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008.

Republicação em consonância ao disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. Alterada pela Lei Complementar nº 133, de 28 de dezembro de 2009. Alterada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011. Republicação em atendimento ao disposto no art. 5º da Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011. A Lei Complementar **nº 147 de 07 de agosto de 2014** altera a Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nºs: 5.889, de 08 de junho de 1973, 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, 9.009, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993.

É necessário sempre saber as normas da Prefeitura para o funcionamento do seu negócio, seja ele qual for. Não se registre se não estiver dentro dos requisitos municipais, principalmente em relação à possibilidade de atuar no endereço. Caso o empreendedor não disponha dessa informação, recomenda-se que ele não finalize o registro. A própria administração municipal pode prestar as informações necessárias.

4 DOS TRIBUTOS QUE CORREM NO MEI

Com a formalização do MEI este será enquadrado no Simples Nacional e ficará isento dos tributos federais, tais como Imposto de Renda, PIS, COFINS, IPI e CSLL.

Desse modo, ficará da seguinte forma: pagará mensalmente 5% sobre o valor do salário mínimo (INSS), acrescido de R\$ 5,00 (Prestadores de Serviço) ou R\$ 1,00 (Comércio e Indústria) por meio de carnê emitido através do Portal do Empreendedor. Esses valores serão atualizados anualmente, de acordo com o salário mínimo.

O pagamento desses valores é feito por meio do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS), que pode ser gerado por qualquer pessoa em qualquer computador conectado à internet. O pagamento deve ser feito na rede bancária e casas lotéricas, até o dia 20 de cada mês.

Valores a serem recolhidos, mensalmente, com base no salário-mínimo de R\$ 954,00, em vigor a partir de 1º de janeiro de 2018:

INSS = 5% do salário mínimo.....(Atividades isentas de ICMS e ISS)

INSS+R\$ 1,00.....(Comércio e/ou Indústria)

INSS +R\$ 5,00.....(Prestação de Serviços)

INSS+R\$ 1,00 + R\$ 5,00.....(Atividades mistas)

Caso haja esquecimento/imprevisto de fazer o pagamento na data certa, será cobrado juros e multa. A multa será de **0,33% por dia de atraso** e está limitado a 20%. Os juros serão calculados com base na taxa Selic, sendo que para o primeiro mês de atraso os juros serão de 1%.

Após o vencimento deve ser gerado novo DAS relativos ao mês em atraso, que já virá com os acréscimos dos juros e multa.

4.1 Das obrigações que correm para o MEI

O MEI tem algumas obrigações, tais como emitir nota fiscal nas vendas e nas prestações de serviços para pessoas jurídicas (empresas) de qualquer porte, ficando dispensado, desta emissão para o consumidor final, pessoa física.

Em relação a Declaração Anual Simplificada (DASN SIMEI), o MEI deve declarar o valor do faturamento do ano anterior. A primeira declaração pode ser preenchida pelo próprio Microempreendedor Individual ou pelo contador optante pelo Simples, gratuitamente no site do governo. A declaração referente ao exercício deverá ser entregue até o último dia de maio de cada ano.

O MEI deve produzir relatório mensal de receitas brutas mensalmente até o dia 20 de cada mês, o Microempreendedor Individual - MEI deve preencher (pode ser manualmente), o Relatório Mensal das Receitas que obteve no mês anterior. Deve anexar ao Relatório as notas fiscais de compras de produtos e de serviços, bem como das notas fiscais que emitir.

Além do mais, O Microempreendedor Individual pode ter um empregado ganhando até um salário mínimo ou o piso salarial da profissão. O MEI deve preencher a Guia do FGTS e Informação à Previdência Social (GFIP) que é entregue até o dia 7 de cada mês, através de um sistema chamado Conectividade Social da Caixa Econômica Federal.

Ao preencher e entregar a GFIP, o Microempreendedor Individual deve depositar o FGTS, calculado à base de 8% sobre o salário do empregado. Além disso, deverá recolher 3% desse salário para a Previdência Social.

Com esse recolhimento, o Microempreendedor Individual protege-se contra reclamações trabalhistas e o seu empregado tem direito a todos os benefícios previdenciários como, por exemplo, aposentadoria, seguro-desemprego, auxílio por acidente de trabalho, doença ou licença maternidade.

Todas as contas necessárias para esses cálculos são feitas automaticamente pelo sistema GFIP, que deve ser baixado da página da Receita Federal (será aberta uma nova janela) na internet, na parte de download de programas.

Em resumo, o custo total do empregado para o Microempreendedor Individual é 11% do salário mínimo ou do piso da categoria.

O cálculo é sempre feito pelo valor do salário multiplicado por 3% (parte do empregador) e por 8% (parte do empregado).

É preciso lembrar também que todos os demais direitos trabalhistas do empregado devem ser respeitados.

4.1.1 Da reforma trabalhista e o MEI

É importante lembrar que o MEI não é um trabalhador assalariado, portanto ele não pode ser obrigado a se enquadrar no regime por alguém que requer seus serviços. Existem também algumas limitações para os MEIs após a Reforma Trabalhista:

- ter outra pessoa executando o seu trabalho;
- apresentar justificativas para faltas e atrasos nas contribuições;
- ter qualquer relação de emprego (prestação de serviços contínuos) com uma empresa.

As vantagens do MEI são destinadas apenas para ele e não se estendem às empresas nem órgãos públicos que os contratam. O Microempreendedor Individual também pode trabalhar de carteira assinada e exercer a sua atividade empreendendo nas horas vagas para complementar a renda

5 CONCLUSÃO

Por meio da pesquisa, percebeu-se que as questões relacionadas à reforma trabalhista estão se tornando cada vez mais complexas. Do ponto de vista liberal, a informalidade dos trabalhadores por conta própria, que não geram impostos a recolher ao fisco, levou o governo a comprometer-se desde já a resolver simultaneamente as duas situações de formalização do MEI e de desemprego.

A terceirização, antes restrita a trabalhos temporários, foi, portanto, ampliada na medida em que pode ser legitimada pelo MEI, pois não exige especialização em determinada atividade e não foram considerados os possíveis efeitos adversos.

E neste momento o MEI, agora empresário, viu uma oportunidade de aumentar a receita de dadas as crescentes oportunidades de emprego. Isso agora também está sendo considerado por meio de atividades principais. No entanto, como observado, o estudo constatou que essas expectativas começaram a ser distorcidas, pois o mercado não respondeu às reformas como esperado e muitos MEIs foram desfeitos.

A manutenção dessas atividades deve ser apoiada em primeiro lugar por empresas que buscam terceirizar determinadas atividades para reduzir custos sem a despesa de contratação formal. Porém, não é bem assim, a taxa de desemprego não diminuiu significativamente no período estudado (após a reforma e até então), e as empresas tiveram grandes dificuldades para se manter no mercado.

Dessa forma, os MEI podem ser protegidos porque já conhecem as condições em que serão contratados e, ao mesmo tempo, os trabalhadores formais que não estão ameaçados pelo espectro da terceirização podem ser protegidos. Nesse caso, essa promoção pode ser feita antes dos segmentos de produção relacionados a uma determinada atividade, mesmo que nem todos sejam considerados.

Por isso ficou tão evidente a necessidade de um olhar mais sensível para o meio social, separado da maquinaria econômica que sempre foi protagonista da reforma trabalhista. A busca constante pela redução de custos e alívio das dores dos trabalhadores foi uma demanda da empresa para a criação de mais postos de trabalho. No entanto, como vimos, as perspectivas inicialmente apresentadas pelo governo e as promessas das empresas de implementar reformas não levaram a resultados positivos que alterassem a instabilidade que ainda existe.

4 REFERÊNCIAS

BLOG ONLINE. Contabilizei, contabilidade online. 2022.

BLOG ONLINE. Rede Jornal Contábil. MEI e a reforma trabalhista: veja o que mudou. 2021.

BLOG ONLINE. Rh Center Gestão de Pessoas. CLT ou MEI: saiba como escolher a melhor opção para o seu negócio. Curitiba – Aguas verdes, 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília/DF.

CRUZ, André Luiz Santa. Direito Empresarial. Volume Único, 10ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2020

FRAPORTI, Simone. Direito Empresarial I. Porto Alegre: Grupo A, 2020.

FREITAS, Alexandre Souza Inácio de. Microempreendedor Individual lançado à recuperação judicial no Brasil. Defesa Monografia – Curso de Direito – UniEVANGÉLICA, 2021.

Microempreendedor Individual Para Além do Direito: A Política. Revista Economic Analysis of Law Review. Brasília, v. 09, n. 02, p. 177-193, maio/ago. 2018

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial. v 1 - teoria geral e direito societário. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

SEBRAE. Cartilha do Microempreendedor Individual. 2013 © Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas Bahia

REFORMA TRABALHISTA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ELANE FERREIRA FARIAS:

Graduando do Curso de Direito
do Centro Universitário
FAMETRO.

RESUMO: Os direitos fundamentais servem de base garantidora de um Estado Democrático de Direito, pois visam proteger os direitos individuais e coletivos perante a atuação Estatal, garantindo direitos essenciais para que o ser humano possa viver de maneira digna. Nesse sentido, após longos anos de muitos abusos e arbitrariedades sofridos pela classe trabalhadora, finalmente na Constituição Federal Brasileira de 1988, o direito ao trabalho foi expressamente colocado no rol dos direitos fundamentais, como um direito social fundamental a ser protegido. Ocorre que com a Reforma Trabalhista, trazida pela lei 13.467/2017, alguns pontos alterados quando analisados de maneira crítica, se apresentam controversos e revelam a supressão de garantias fundamentais, o que vai de encontro com o princípio da proibição do retrocesso social. Dessa forma o presente artigo, apresenta de forma objetiva uma análise crítica e reflexiva sobre como a Reforma Trabalhista afetou alguns direitos fundamentais e identifica os pontos que possam estar indo de encontro com o Princípio do não Retrocesso Social, pois estes não podem sofrer alterações no que diz respeito a sua efetividade, devendo, portanto, serem protegidos contra as arbitrariedades estatais que venham a suprimir ou alterá-los de forma danosa.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista. Direitos Fundamentais. Retrocesso Social.

ABSTRACT: Fundamental rights serve as the guarantor of a Democratic State of Law, because they aim to protect individual and collective rights in the face of State action, guaranteeing essential rights so that the human being can live in a dignified way. In this sense, after long years of many abuses and arbitrariness suffered by the working class, finally in the Brazilian Federal Constitution of 1988, the right to work was expressly placed on the list of fundamental rights, as a fundamental social right to be protected. Happens that with the Labor Reform, brought by law 13.467/2017, some points changed when analyzed critically, are controversial and reveal the suppression of fundamental guarantees and reveal the suppression of fundamental guarantees, which goes against the principle of prohibiting social regression. In this way, this article objectively presents a critical and reflective analysis of how the Labor Reform affected some fundamental rights and identify the points that may be going against the Principle of No Social Backlash, because they cannot be altered in terms of their effectiveness, therefore, they must be protected against state arbitrariness that may suppress or alter them in a harmful way.

KEYWORDS: Labor Reform, Fundamental Rights, Social Setback.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo demonstra através de evidências históricas, sociais e jurídicas que algumas das alterações das relações de trabalho advindas da Lei 13.467/2017, podem contribuir para um retrocesso social e jurídico, diante da supressão, violação e flexibilização de alguns direitos

e garantias conquistados por trabalhadores através de muitas reivindicações e conflitos vividos ao longo da história.

No primeiro momento busca-se demonstrar toda a evolução histórica do direito do trabalho desde sua origem, trazendo a baila a sua evolução a nível mundial e nacional. Posteriormente traz a abordagem de como o trabalho passou a ser um direito social positivado na Constituição Federal de 1988.

Ademais, apresenta algumas alterações realizadas pela Lei 13.467/2017 que podem em algum momento violar direitos fundamentais e ir de encontro com o que estabelece o princípio do não retrocesso social.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 Origem do Direito do Trabalho

A origem do trabalho possui um viés muito particular dos estágios evolutivos de cada sociedade e sua cultura, nesse sentido sua origem apesar de muito antiga no desenvolvimento da humanidade é observada sob diferentes óticas de acordo com o espaço, o tempo e a cultura da sociedade em que se encontra inseridas. De acordo com Peter Drucker (1995), o trabalho é tão antigo como o ser humano.

Em uma definição da origem da palavra “trabalho”, Leite (2021, p. 26) afirma que “trabalho na antiguidade era um castigo, dando-nos uma ideia de pena, fadiga, tarefa penosa e pesada. Daí a expressão “trabalho”, originada de *tripalium*, instrumento composto de três paus (estacas) usado para torturar escravos”.

Diante dessa definição é possível identificar o quanto o trabalho significava algo árduo, torturante e visto como sinônimo de punição. Essa definição parte da razão pela qual de fato no decorrer da história o trabalho, dentro de determinada época e contexto social foi sinônimo de situação degradante. Na Grécia antiga, por exemplo, o trabalho era realizado por escravos.

Sob os aspectos religiosos, o cristianismo no auge de sua atuação pregava que a intenção principal do trabalho era de punição pelos pecados cometidos pelos humanos. Assim como, sob outra perspectiva, era visto como os desígnios de Deus para os homens na terra, que os instituía de diferentes habilidades para que todos pudessem cumprir atividades que se destinassem a sua subsistência e sobrevivência no mundo. Nesse entendimento, se manifestou Oliveira:

“As primeiras manifestações de labor humano revelam, portanto, a indissociabilidade entre o esforço despendido naquelas atividades e as necessidades visíveis às quais o homem estava submetido”. (OLIVEIRA, 2018, p.2).

O fato é que essa concepção foi se transformando ao longo da evolução das sociedades e de seus vários períodos históricos, a ponto do trabalho se tornar algo nobre, uma ferramenta essencial para que se alcançasse a liberdade e desenvolvimento pessoal e social.

Observando os princípios de João Calvino (1509 - 1564):

Deus chama cada um para uma vocação particular cujo objetivo é a glorificação dele mesmo. O comerciante que busca o lucro, pelas qualidades que o sucesso econômico exige: o trabalho, a sobriedade, a ordem, responde também ao chamado de Deus, santificando de seu lado o mundo pelo esforço, e sua ação é santa.

Em relação ao Brasil, o trabalho originou-se com a escravização dos índios nativos e dos negros trazidos da África, através do processo de colonização e de exploração do país pelos portugueses, cujo único propósito era o enriquecimento através dos esforços do trabalho escravo.

O fato é que o trabalho passou por grandes transformações ao longo da história, sendo um dos momentos de grande relevância, o ocorrido durante a revolução industrial, onde as máquinas passaram a substituir cada vez mais o trabalho braçal e deram um maior destaque para o enaltecimento do trabalho intelectual.

Assim, da mesma forma que a revolução industrial marcou a transformação do trabalho, também a tecnologia, a ciência, a internet e outras áreas de conhecimento vêm sendo fontes de mudanças e como as relações sociais são dinâmicas, sempre acompanharão essas mutações.

2.2 Evolução do Direito do Trabalho no Brasil

Em 13 de maio de 1888, a Lei Áurea, oficialmente Lei n.º 3.353, foi a responsável pela determinação da extinção da escravidão no Brasil, sendo o último país das Américas a aderir a abolição da escravidão. Esse fato histórico tornou-se o marco inicial da evolução do Direito do Trabalho no Brasil.

Isso porque, após a proibição do trabalho forçado, muitos negros ficaram sem rumo e sem nenhuma perspectiva de subsistência, os que foram para as cidades eram submetidos a subempregos, a economia informal e ao artesanato, aumentando consideravelmente o número de ambulantes, empregadas domésticas, quitandeiras que não possuíam qualquer tipo assistência e garantias; além de crescente prostituição de mulheres negras. Deste modo, os trabalhos nas fábricas, armazéns, fazendas e manufaturas eram supridos pelos estrangeiros que viviam no país.

No ano seguinte à abolição dos escravos, ocorreu a Proclamação da República, porém os ideais do liberalismo estavam extremamente presentes e os movimentos sociais não foram fortes o suficiente para influenciar o ordenamento jurídico nacional. Já em 1930, no Governo Getúlio Vargas, começou de fato uma discursão sobre uma nova política trabalhista.

Assim, foi com a Constituição de 1934 que finalmente a classe dos trabalhadores pôde contar com avanços sociais que garantiram direitos a liberdade sindical, salário mínimo, jornada de 8 horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e crianças, repouso semanal e férias anuais remuneradas.

Contudo, foi em 1943 com a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que os direitos trabalhistas ficaram fortalecidos, porém, somente com Constituição Federal de 1988 que esses direitos ganharam status constitucionais, consagrados como direitos sociais diretamente relacionados a dignidade da pessoa humana, apresentando-se como valor, princípio e direito fundamental do ser humano, tornando a categoria jurídica do trabalho pautada em uma ampla estrutura normativa focada em sua proteção

Vale frisar ainda, que o Brasil sendo membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que através de sua Agenda de Políticas Públicas estabelece orientações que definem o que seria um trabalho decente, além de ser signatário de diversas convenções que versam sobre direitos humanos, possui o dever de honrar o compromisso firmado e seguir as premissas pré-estabelecidas por essas organizações.

Assim, de acordo com a Organização Internacional do Trabalho: “entende-se por trabalho decente um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna” (OIT, 2010).

3 DIREITO DO TRABALHO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

3.1 Conceito de Direito Fundamental

Para se entender o que de fato seriam os direitos fundamentais, é importante que se direcione o olhar primeiramente aos direitos humanos, e ao se falar desses não se pode deixar de relacioná-los ao período pós 2ª Guerra Mundial. Isso porque, somente através de uma análise dos efeitos nocivos advindos da guerra foi possível identificar inúmeras barbaridades sofridas pelos homens, que variavam desde soldados submetidos a condições degradantes a experiências com humanos, além de mortes de crianças e inocentes, tudo isso em um cenário em que o homem era visto apenas como um meio utilizado para se alcançar objetivos pessoais de uma classe dominante, era a lei da sobrevivência do mais forte.

Assim, depois de amplas discussões humanitárias e o mundo sofrendo os devastadores efeitos da guerra, esse cenário começou a mudar quando em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela ONU amparando e fortalecendo os direitos básicos inerentes aos seres humanos. Ocorre que esses direitos ao serem positivados pela Constituição Federal tornaram-se os Direitos Fundamentais, direitos esses que norteiam nossa Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988.

Ingo Wolfgang Sarlet, afirma que existe uma distinção clara entre direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem. Nesse sentido, o termo “direitos fundamentais” se aplica ao direito dos seres humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

3.2 O Trabalho como Direito Social Positivado

Dentre os diversos direitos fundamentais assegurados pela Constituição consta o direito ao trabalho como direito social, conforme preceitua o art. 6º da Constituição Federal de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nesse sentido, preceitua Suzéte Reis:

[...], adotar-se-á a concepção que define o direito social do trabalho como aquele direito que visa garantir à pessoa o exercício pleno das garantias asseguradas constitucionalmente, em particular aquelas elencadas no artigo 7º da Constituição Federal de 1988. Assim, o direito social do trabalho inclui não apenas a garantia de acesso ao emprego formal, mas também a proteção contra a despedida arbitrária, as condições dignas de trabalho, a remuneração adequada, a observância das normas de medicina e de segurança do trabalho, incluindo os limites etários e de jornada de trabalho. Inclui ainda a proteção contra o trabalho precário e em condição análoga ao de escravo, a igualdade de gênero, o combate ao trabalho infantil e a todas as formas degradantes de trabalho. (<https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/14256/8253>).

É importante salientar que para que se chegasse ao reconhecimento dos direitos sociais, foram necessários inúmeros movimentos que representaram lutas de classes, surgidas a partir da Revolução Industrial, dando origem assim a classe trabalhadora. Desta forma, não é incomum dizer que os direitos sociais acabam por se fundir com a própria história do direito do trabalho, pois ambos estão intimamente conectados.

De acordo com o que preceitua José Afonso da Silva ao considerar os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais:

dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida dos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexam com o direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporcional condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Nesse contexto, traz a baila Sarlet:

Na história do constitucionalismo brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a criar um título especial para os denominados direitos e garantias fundamentais - Título II, culminando na consagração de direitos

sociais básicos e de cunho mais geral, com previsão de vasto rol de direitos dos trabalhadores, estabelecidos igualmente no capítulo dos direitos sociais. (Sarlet,2013, p. 554)

Portanto, não se pode negar que o valor do social do trabalho é uma das premissas básicas para a dignidade da pessoa humana e permite a oportunidade de exercer a própria cidadania como prevê Constituição Federal em seu artigo 1º, incisos II, III e IV.

4 ALTERAÇÕES QUE PODEM FERIR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS EMPREGADOS

Ao analisar algumas alterações dos direitos dos trabalhadores, decorrentes da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), observa-se que alguns direitos fundamentais, dependendo do caso concreto, podem ser violados, isso porque a partir do momento em que se flexibiliza as negociações do contrato de trabalho, deve-se levar em consideração a desigualdade na relação entre empregado e empregador, além de perceber que muitos trabalhadores, principalmente aqueles que exercem atividades básicas, que admitem baixo grau de escolaridade, na maioria das vezes não possui conhecimentos compatíveis com o homem médio, ficando desprotegidos em relação aos seus direitos e mais expostos a acordos abusivos caso lhes falte as orientações adequadas.

Nesse sentido, a necessidade de garantir o mínimo de subsistência para uma vida digna pode levar ao aceite de contratos e cláusulas em que o trabalhador abra mão de alguns direitos sem que possa perceber que está sendo lesado.

Outro ponto que pode contribuir para a violação dos Direitos Fundamentais, após a reforma, é o fato de desobrigar a representação do trabalhador pelo sindicato, sendo esse em alguns momentos o único instrumento de acesso conhecido por muitos trabalhadores para a garantia de seus direitos. Assim como a alteração do art. 58, §2º da CLT, que institui que o tempo gasto na locomoção do empregado de sua residência ao posto de trabalho não deveria ser computado a sua jornada de trabalho.

4.1. A Prevalência do Acordado Sobre o Legislado

Um dos pontos principais que nortearam a reforma trabalhista foi o art. 611 – A da CLT, que versa sobre a convenção e acordos coletivos, assentando que estes têm prevalência sobre a lei. Nesse sentido, o legislador trouxe à baila a limitação da justiça do trabalho, tendo como prevalência o acordado sobre o legislado, dessa forma, destaca o referido artigo:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II – banco de horas anual; III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de

novembro de 2015; V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI – regulamento empresarial; VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X – modalidade de registro de jornada de XI – troca do dia de feriado; XII – enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

No entanto, no Art. 611-B estabelece rol taxativo de ilicitude de convenção coletiva e acordo coletivo, ou seja, tudo aquilo que não é passível de negociação, com uma redação que muito se assemelha ao artigo 7º da CF.

Evidentemente é necessário respeitar a hierarquia da jurisdição brasileira e as decisões do STF sobre a constitucionalidade do tema, no entanto nada impede que estudiosos e operadores do direito continuem construindo suas teses defensivas sobre essas questões, pois o direito é uma ciência dinâmica e em constantes transformações, devendo assim se direcionar o foco para as questões que violem os direitos absolutamente indisponíveis. Traz-se a pauta essa colocação em virtude de que recentemente o STF finalizou o julgamento do Tema 1046 no dia 02/06/2022 onde firmou a seguinte tese:

São constitucionais os acordos e as convenções coletivas de trabalho, que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamento de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.

Nessa toada analisa Carvalho (2017, p. 04):

Cabe aqui dar um exemplo de como a junção de dois ou mais dispositivos pode ter um potencial danoso ao trabalhador do que quando analisados isoladamente. O Artigo 394-A permite o trabalho de gestantes em atividades insalubres em graus médio e mínimo, exceto mediante apresentação de atestado de saúde; entretanto, o item XII do Artigo 611-A permite a negociação do enquadramento da insalubridade, o que abre a possibilidade para que gestantes trabalhem em condições de insalubridade que atualmente sejam consideradas de grau máximo.

Contudo, contrariando o que dispõe Lei 13.467/2017, que desprotegeu o trabalho da mulher grávida e da lactante, permitindo seu labor em atividades insalubres, como consta

representado no Art. 394-A, temos a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5938.

"EMENTA: DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente."

Portanto, resta claro que a busca por reconhecimentos de violação a direitos fundamentais dos trabalhadores deve manter-se fortalecidos e enfrentados pelos operadores do direito, pois somente assim teremos a garantia de sua proteção.

4.2. Das Horas In Itinere

O vocábulo em latim "*horas itinere*" é utilizado para se referir ao tempo gasto pelo empregado no deslocamento de sua residência até o seu local de trabalho, bem como o seu retorno após sua jornada. Este período, antes da Reforma Trabalhista, era computado em sua jornada de trabalho quando se tratava de local de difícil acesso, não servido de transporte público ou empregador fornecendo a condução.

Sobre jornada de trabalho, discorre Carlos Henrique Bezerra Leite:

Jornada de trabalho possui um sentido mais restrito que o de duração de trabalho, abrangendo especificamente o tempo em que o empregado esteja não só efetivamente trabalhando como também colocando a sua força de trabalho à disposição do tomador do seu serviço, por um período contratual ou legalmente fixado, tal como ocorre com o tempo de prontidão, de sobreaviso ou de deslocamento (*in itinere*). (LEITE, 2021, p. 497).

Com a Reforma Trabalhista e a redação do art. 58, parágrafo 2º da CLT, esse instituto como direito foi suprimido. Essa mudança é visivelmente mais benéfica ao empregador e prejudicial ao trabalhador que percorre longas distâncias ou tem seu posto de trabalho em lugar de difícil acesso, sentindo as consequências financeiras dessa alteração. Não obstante, tal medida vai de encontro com o entendimento que o legislador, em seu papel social, tem o dever de atender as necessidades da sociedade em prol de sua dignidade e bem estar e não retroceder ao suprimir direitos conquistados a duras custas de uma luta desigual.

De acordo com o entendimento de Francisco Meton e Francisco Péricles:

A súmula n. 90 do TST considera o tempo de serviço do trabalhador o período que ele passa no transporte para o local de trabalho, em transporte fornecido pelo empregador em virtude de não haver transporte público regular no trajeto. E a orientação jurisprudencial n.98 da SDI-I considera horas *in itinere* também o tempo gasto da portaria da empresa ao local de trabalho. É uma supressão de direito há muito consagrado no sistema nacional.

Neste sentido, e tratando-se especialmente de trabalhadores rurais, que percorrem grandes distâncias, levando horas para chegarem aos seus postos de trabalho, onde na maioria dos casos são locais ermos e sem transporte público, é prática costumeira o fornecimento de condução por parte do empregador aos empregados, evidentemente em interesse próprio, visto que ele é o principal interessado para que haja mão de obra disponível em seu processo produtivo, caso contrário, sua produção e seu lucro ficariam prejudicados.

Desse modo, não parece justo que o período longo de horas em deslocamento, a disposição do empregador, não seja contabilizado em sua jornada de trabalho, horas essas que poderiam estar sendo utilizada para o seu descanso e manutenção de sua saúde física e mental, garantindo sua dignidade humana como ser social.

Para uma análise mais ampla, vejamos o que diz o art. 4º, caput e § 2º da CLT que estabelece:

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

§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

I- práticas religiosas;

II - descanso;

III - lazer;

IV - estudo;

V - alimentação;

VI - atividades de relacionamento social;

VII - higiene pessoal;

VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

Diante do que é exposto no artigo supracitado, Renato Janon e Cynthia Garcia chegaram a uma interessante conclusão:

Como se vê, nesse rol de exceções não há qualquer menção ao tempo gasto com transporte ou deslocamento da residência para o trabalho, de modo que temos aí a primeira contradição e incompatibilidade sistêmica, na medida em que o artigo 4º da CLT (norma que estabelece uma regra geral) não dialoga com o artigo 58, parágrafo 2º da CLT (norma específica e mais restrita). Logo, se fôssemos aplicar a mesma técnica de exegese gramatical daqueles que defendem a aplicação literal do artigo 58, parágrafo 2º, da CLT, poderíamos sustentar que o artigo 4º da CLT, ao não excluir o tempo gasto com transporte em seu parágrafo 2º, está reconhecendo que o período de deslocamento integra o contrato de trabalho e deve ser considerado como à disposição do empregador, conforme diz o seu caput. Em resumo, se não excluiu é porque integrou, ou seja, prevalece a regra geral quando não há exceção explícita — *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.* - (<https://www.conjur.com.br/2018-dez-04/opiniao-reforma-trabalhista-nao-acabou-horas-in-itinere>)

Ademais, por analogia, convém citar o art. 249 da CLT, 294 – “O tempo despendido pelo empregado da boca da mina ao local do trabalho e vice-versa será computado para o efeito de pagamento do salário”.

Por consequente, não há como novamente não fazer referências ao princípio constitucional do não retrocesso social, que impede a supressão dos direitos sociais sem a implantação de medidas compensatórias justas.

4.3. A Não Obrigatoriedade de Representação do Sindicato

A Constituição Federal em seu art. 8º, garante a liberdade sindical através de livre associação profissional ou sindical, podendo o trabalhador escolher se quer se associar-se ou não a determinado sindicato, além de ser livre a criação de novos.

De acordo com o conhecimento de Brito Filho:

[...] direito dos trabalhadores (em sentido genérico) e empregadores de constituir as organizações sindicais que reputarem convenientes, na forma que desejarem, ditando suas regras de funcionamento e ações que devam ser empreendidas, podendo nelas ingressar ou não, permanecendo enquanto for sua vontade.

Contudo, em face da Reforma Trabalhista, sobre a égide da Lei 13.467/2017, a figura do sindicato perdeu um pouco de sua essência anteriormente assegurada, bem como o seu enérgico e efetivo papel de lutar em defesa dos direitos individuais e coletivos, através das negociações e acordos coletivos, assim como a defesa direta do trabalhador. Isso porque, agora enfraquecido, ele acaba que se tornando indispensável do ponto de vista da reforma, que a partir dela reforça que o empregado poderá negociar diretamente com o empregador sem que haja necessidade de mediação do sindicato da categoria. Nessa nova perspectiva, se dispensou a necessidade de que as rescisões homologadas sejam assistidas pelo sindicato.

Nesse sentido, não há que se falar em uma relação justa quando partimos do entendimento que muitos dos trabalhadores desconhecem efetivamente seus direitos, principalmente aqueles com grau de instrução escolar baixo, pois tinham a figura do sindicato como um protetor e orientador de seus direitos trabalhistas. Diante desses casos identifica-se um certo desrespeito aos princípios de igualdade, isonomia e dignidade humana. Sim, dignidade humana, pois quando um trabalhador com baixo grau de instrução, desamparado por uma classe sindical e em sua hipossuficiência se vê frente a frente com o empregador com a finalidade de assinar contratos, rescindir ou acordar cláusulas, que muitas vezes podem ser abusivas, isso pode comprometer muito além do financeiro, mas também seu bem estar social.

5 O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

5.1 Conceito

O Princípio do Não Retrocesso Social baseia-se na ideia que é vedada a possibilidade de reduzir os direitos sociais já concretizados pelo Estado, ou seja, a partir do momento que um direito

social é alcançado, é vedada a sua supressão ou redução pelo legislador sem que haja a criação de medidas compensatórias.

Nesse entendimento e de acordo com o que expõe Nilson Matias de Santana:

[...] trata-se de um princípio implícito decorrente do sistema jurídico-constitucional, e estabelece que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, este passa a se incorporar ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. (SANTANA, 2008, p.45)

Ainda em relação à proibição do retrocesso no ordenamento jurídico, J. J. Gomes Canotilho disserta sobre a os direitos sociais com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais, conforme demonstra:

Os direitos sociais e econômicos (direitos dos trabalhadores, à assistência, à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos. [...] O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial. (CANOTILHO, 2017, p. 340).

Nesse sentido, fica evidenciado que o retrocesso social dilacera a rede protetiva que foi construída e assegurada pela constituição brasileira, portanto, o princípio da proibição do retrocesso social é um dos principais instrumentos para garantir que os direitos fundamentais sejam protegidos e a segurança jurídica de um Estado seja preservada.

5.2 Reforma Trabalhista e o Princípio do Não Retrocesso Social

Com a justificativa de modernizar a legislação trabalhista, através da valorização das negociações coletivas e com a promessa de geração de empregos, bem como estimular o crescimento do país, como demonstrado anteriormente neste artigo, algumas de suas alterações acabam por ferir direitos individuais e sociais trabalhistas adquiridos ao longo de várias décadas, através de varias revoluções e manifestações de classes em busca de melhores condições sociais e dignas de trabalho.

Dentre as alterações estão a prevalência do acordado pelo legislado, que acabou por colocar em risco alguns direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal; o enfraquecimento da força sindical, permitindo que o empregado possa dispensar a mediação do sindicato ao acordar diretamente com o empregador sobre o contrato de trabalho, a supressão das horas in itinere; já em relação à gestante, o art. 394-A da CLT autoriza em grau mínimo e médio, o trabalho da gestante em atividades insalubres, violando um dos direitos sociais já fortalecidos pela Constituição Federal.

Portanto, ratifica-se que essas alterações apresentadas podem prejudicar a classe trabalhadora violando assim o princípio do não retrocesso social, assim, devem ser questionadas sob o aspecto constitucional dos direitos fundamentais.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, ao constatar que o trabalho foi assentado como direito fundamental social, com a finalidade de assegurar respeito à dignidade do homem, através da proteção do poder estatal que garantam as condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, não se pode deixar que alguns direitos sejam diminuídos ou suprimidos por dispositivos de leis que firmam o princípio do não retrocesso.

Nesse sentido, resta claro que algumas alterações advindas da Lei 13.467/2017, apesar de terem o objetivo de modernizar os direitos trabalhistas, sob a ótica de ideais liberais, que pregam a liberdade contratual, levando o Estado a um papel secundário ao deixar mais livre as negociações entre particulares, exige certa cautela para que o papel limitado do Estado não privilegie novamente o capital em detrimento do trabalho do homem e de valores sociais.

Portanto, a flexibilização do direito do trabalho, apresentada sob o prisma de assegurar uma igualdade civil entre os cidadãos, bem como o desenvolvimento econômico do Estado, caso não seja tratada de forma responsável, pode transforma-se em algo perigoso para a classe trabalhadora, uma vez que ao estimular a hipótese de pacto entre as partes, de forma genérica, estas nunca estarão em condições de igualdade negocial, levando em consideração o alto poder econômico do empregador em relação à hipossuficiência do empregado.

7 REFERÊNCIAS

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical**. 8ª. ed. São Paulo: LTr, 2019.

CALVINO, João. In: Mousnier, Roland. **História Geral das Civilizações. Os séculos XVI e XVII: os processos da civilização europeia**. SP: Difel, 1973, p. 90, tomo IV, v. 1)

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., 20 reimp. Coimbra, Almedina, 2017, p. 340.

CARVALHO, Sandro Sacchet de. **Uma visão Geral sobre a Reforma Trabalhista**. Política em Foco: Mercado de Trabalho, São Paulo, ed. 01, 06 mar. 2017.

CONTENTINO, M.C. **Proibição do Retrocesso Social está na Pauta do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucionalproibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno.** 2.ed. – São Paulo: Ltr, 2015.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência.** São Paulo: LTr, 2009.

JANON, Renato; GARCIA, Cynthia. **Reforma Trabalhista Não Acabou Com o Direito às Horas in Itinere.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-04/opinioao-reforma-trabalhista-nao-acabou-horas-in-itinere>>. Acesso em 15 de novembro de 2022.

Julgado STF – SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, **a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade.** *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, março/abril/maio, 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=182>. Acesso em 30 de maio de 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho.** 13ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto.** São Paulo: LTR, 2017.

REIS, Suzéte da Silva. **A Efetivação do Direito Social ao Trabalho na Perspectiva dos Direitos Fundamentais na Sociedade Contemporânea.** Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/14256/8253>>. Acesso em 16/11/2022.

SANTANA, Nilson Matias de. **O processo legislativo e a proibição de retrocesso social: um limite à atuação do legislador.** Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/>>. Acesso em: 20/11/2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 13ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 444.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A ELEVADA CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA, SEUS EFEITOS DE EVASÃO E ELISÃO FISCAL E A ALTERAÇÃO DO ATUAL SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

BENI NATÃ DE SOUSA MENEZES:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O Brasil está presenciando na segunda década do século XXI, uma crise financeira, que vem afetando o mercado privado, que mostrando uma constante queda o que provoca mudanças nas funções do Estado frente a seu papel em torno das decisões relacionadas às despesas públicas. Dentro desse contexto o presente objetiva demonstrar como a carga tributária elevada, produto de um sistema tributário desequilibrado, com pendências de reformas que visem equidade, justiça social, desde o processo do poder constituinte que gerou Constituição Federal de 1988 que o estado tomou para si, um conjunto de objetivos sociais, para isso ocorrer necessitou de recursos cada vez maiores, resultando numa carga tributária elevada e insuportável ao contribuinte brasileiro que cada vez mais passou a adotar formas de se evadir do fisco, afetando diretamente a arrecadação estatal, formando um ciclo vicioso presente até os dias de hoje. Por fim, comenta-se que os valores pagos ao Estado pela sociedade ou responsáveis tributários são fontes originárias de arrecadação. Todavia, pontua-se que em determinados momentos que vive a sociedade brasileira e dependendo da motivação, a carga tributária pode ser flexibilizada ou uma finalidade arrecadatória mais elevada, como é o caso dos tributos fiscais e extrafiscais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Carga Tributária. Evasão Fiscal. Elisão Fiscal.

ABSTRACT: Brazil is witnessing in the second decade of the XXI century, a financial crisis, which has been affecting the private market, showing a constant decline which causes changes in the functions of the State facing its role around the decisions related to public spending. Within this context the present aims to demonstrate how the high tax burden, the product of an unbalanced tax system, with pending reforms aimed at equity, social justice, since the process of constituent power that generated the 1988 Federal Constitution that the state took for itself, a set of social objectives, for this to occur required increasing resources, resulting in a high and unbearable tax burden to the Brazilian taxpayer who increasingly began to adopt ways to evade the tax authorities, directly affecting the state collection, forming a vicious cycle present until today. Finally, it is commented that the amounts paid to the State by society or taxable persons are original sources of revenue. However, it is pointed out that in certain moments that the Brazilian society lives and depending on the motivation, the tax burden can be relaxed or a higher collection purpose, as is the case of fiscal and extra-fiscal taxes.

KEYWORDS: Tax Law. Tax Burden. Tax Evasion. Tax Avoidance.

1 INTRODUÇÃO

O estado brasileiro angariou para si competências sociais em prol do bem comum com a Constituição Federal (CF) de 1988, vale destacar que estava no vocabulário popular o dever do Estado em proporcionar desenvolvimento através investimentos, emprego, benefícios sociais, habitacionais e financeiros. Para esses objetivos serem conquistados, o Estado criou tributos,

aumentou alíquotas, desenvolveu contribuições para ter fontes de recursos para financiar atividades sociais.

Nesse cenário, o efeito do suplício social foi a elevação da carga tributária, devido ter sido feito um conjunto de modificações no sistema tributário nacional para efetivar a luta social expressa na CF, o resultado disso tudo foi alto, pois a forma utilizada para atingir esse objetivo gerou efeitos negativos sentidos até os dias de hoje, principalmente devido a utilização de tributos indiretos em detrimento dos diretos no que possibilitou em uma mitigação do poder de compra do brasileiro ao adquirir bens e serviços sendo o principal fator que motiva a evasão fiscal elevada que por sua vez atingem diretamente o fisco na arrecadação que poderiam ser utilizadas em usufruto para a sociedade. Nesse contexto, a presente pesquisa busca responder o seguinte questionamento: Em quais momentos a carga tributária pode ter finalidade extraordinária e também com o intuito arrecadatório?

Para solucionar o desequilíbrio existente no sistema tributário nacional em que com o tempo se tornou mais complexo, presidentes, especialistas se debruçaram para encontrar formas de tornar o sistema mais equitativo, suportável ao contribuinte, porém pouco foi feito, vale destacar que classes mais baixas da sociedade são mais atingidas pelos tributos pois estes incidem de maneira indireta, ou seja, em produtos e serviços, enquanto as classes mais altas conseguem contribuir pouco pois a renda não é a principal forma de arrecadação do fisco, resultando em concentração de renda e poder de compra dos mais ricos.

Sendo assim, esse estudo busca analisar os principais momentos em que a carga tributária pode ter finalidade extraordinária e também com o intuito arrecadatório. Cabe destacar aqui, que a evasão fiscal surge como meios ilícitos de esquivar-se do pagamento de tributos ao fisco, por outro lado a elisão fiscal é a forma lícita que o contribuinte utiliza para estar em dia com o fisco. Sendo assim, a pesquisa analisou os principais momentos em que a carga tributária pode ter finalidade extraordinária e também com o intuito arrecadatório, de acordo com o interesse econômico do Estado.

2 CARGA TRIBUTÁRIA E SEUS EFEITOS NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Tem-se na redação do art. 146 da Constituição Federal, *in verbis*

Art. 146. Cabe à lei complementar:

- I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;
- III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.
- d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239 (BRASIL, 1988).

Observando a presente jurisdição, cabe ressaltar que a carga tributária se define pelo valor total de riquezas produzidas por um país (Produto Interno Bruto - PIB) somada a arrecadação de tributos que resulta na diferença entre o que se produziu e arrecadou em tributos resultando na porcentagem que é a definição de carga tributária. No Brasil utilizando dados anteriores a pandemia (COVID-19), tempos de melhor performance da economia mundial, foi de 33,17% a carga tributária de acordo com dados do tesouro nacional, colocando o país entre uma das maiores proporções entre a arrecadação do estado para custeio de sua estrutura social no mundo.

Acompanhando essa linha de raciocínio Amaro (2020) comenta que, o Brasil não é o país que mais cobra tributos mas seu modelo de arrecadação atual se demonstra complexo com competências de legislar sobre impostos de maneira descentralizada entre a união, estados, municípios e o Distrito federal além de contribuições excedentes, o que culmina em comprometer o desenvolvimento econômico, pois investidores estrangeiros e empreendedores acreditam ser burocrático em comparação com outros países o investimento inicial em empresas, além de afetar a própria arrecadação devido como a preferência de incidência de impostos indiretos o que afeta o preço de produtos surgindo particularidades tributárias.

Vale destacar que para lidar com esse sistema grande e completo, existem custos que minam a competitividade devido vasto tempo necessário para lidar com a burocracia tributária brasileira, O tributarista Dr. Kiyoshi Harada pondera:

O vício burocrático em matéria tributária vem quase que dobrando o encargo tributário. As horas gastas com o cumprimento das obrigações tributárias acessórias e para o cálculo correto dos tributos a serem recolhidos com o concurso de advogados, contadores e administradores é simplesmente impressionante. Fala-se em 2.600 horas por ano para o contribuinte cumprir todas as suas obrigações tributárias. É muito desperdício de tempo! (HARADA, 2020).

Pode-se notar um efeito cascata do sistema tributário brasileiro que pela sua existência desproporcional de alíquotas de tributos e competência para legislar, resulta em ambiente

burocrático, que gera custos altíssimos para empresas e até mesmo pessoas físicas que gastam mais ao comprar produtos e serviços, mitigando o poder de compra do brasileiro.

De acordo com Fabrício Oliveira, o atual modelo tributário brasileiro é antigo porém sofreu alterações com a constituição federal de 1988, vale mencionar que o Brasil vivia tempos de adequação da constituição, discussões sobre o federalismo fiscal que deveria descentralizar da união para os estados para que ocorresse uma descentralização tributária assim garantir a competência legislativa para que levantasse financiamentos, suplício de direitos sociais que deveriam ser financiados pelo estado, por fim a crise financeira, fiscal e cambial que foram somente solucionadas pelo plano real.

De qualquer maneira, inaugurou-se com as opções feitas à essa época um padrão de ajuste fiscal que, favorável para o governo federal em termos de arrecadação e mantido nos períodos que se seguiriam a 1994, revelar-se-ia altamente prejudicial para a questão da equidade, da competitividade da economia brasileira, enfim, para o crescimento econômico e para a própria federação, ao anular os ganhos, notadamente dos estados, ganhos obtidos com a Constituição de 1988, e colocar, em risco, o atendimento, por esses governos, das demandas da população por serviços públicos essenciais. Se durante o regime militar a função tributação foi colocada a serviço do processo de acumulação em detrimento de seu papel como instrumento de justiça fiscal, e, na Constituição de 1988, essa ênfase foi deslocada para aprofundar o processo de descentralização e fortalecer a federação, a crise econômica que marcou o período, associada à crise fiscal e à ameaça permanente de deflagração de um processo hiperinflacionário, bem como à necessidade do governo federal de encontrar soluções para o financiamento das políticas sociais estabelecidas na Carta de 1988, transformou o sistema tributário em um mero instrumento de ajuste fiscal: de seu ventre, deveriam vir os recursos indispensáveis para o financiamento do governo, mesmo que, para isso, fosse necessário torná-lo, como de fato aconteceu, um instrumento antinômico do crescimento econômico, da equidade e da federação. (Uma pequena história da tributação e do federalismo fiscal no Brasil (OLIVEIRA, 2019, p. 82)

Esse ambiente em que o Brasil se encontrava foram fundamentais para a descentralização de competência de tributação da união para os estados e municípios, assim como a criação de impostos indiretos em prioridade aos diretos, o que gerou um superávit primário inicialmente e a carga tributária continuou a se elevar, sendo o consumo afetado, enquanto que o patrimônio e renda tiveram ajustes inferiores não sendo prioridades do estado, vale ressaltar que essa estrutura existente predomina o patrimônio dos mais ricos em detrimentos dos mais pobres que sofrem o efeito de pagar caro pelo consumo. Frente a esse contexto:

O sistema brasileiro , com sua tributação regressiva, pouco eficaz na redução das suas desigualdades econômicas , pautado por interpretações

formalistas, tipos fechados, conceitos constitucionais imutáveis, composto por normas constitucionais de marcada rigidez e seu modelo de cobrança dependente de chancela judicial parece se satisfazer em garantir a segurança jurídica do contribuinte acima de tudo, a qualquer preço sacrificando até mesmo a justa distribuição da carga tributária. (FLORENTINO, 2020, p. 233).

Tal afirmação nos leva a uma nova ponderação, a existência do formalismo constitucional que impede que o sistema tributário nacional seja mais flexível a mudanças movidas pelas necessidades atuais. Vale destacar que a forma regressiva de tributação em vigor no Brasil, com imediatismo o nível da renda mais baixo do contribuinte já é afetado enquanto quem possui mais capital possui maneiras mais abrangentes para alocar capital e pagar menos tributos, existe o critério expresso em lei federal sobre tributos que o contribuinte suporta de forma direta e indireta. Por sua vez, Hugo de Brito Machado destaca:

Nosso sistema tributário é realmente muito complicado. Temos inúmeros tributos federais, estaduais e municipais. São impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico (as famosas cides), contribuições profissionais, contribuições de seguridade social, formando um complexo sistema que nem os especialistas conseguem entender plenamente. Mas não é necessário entender todo o sistema tributário para que se tenha certeza de que nossa carga tributária é realmente muito elevada. Basta conhecermos as alíquotas do imposto de renda das pessoas físicas (devido sobre o que ganhamos), e do ICMS, da COFINS e da contribuição Carga Tributária e Transparência 15/02/2005 2 conhecida como PIS/PASEP (devidos sobre o que consumimos), para que se tenha uma ideia bem segura do peso dos tributos no bolso de cada um de nós (MACHADO, 2020, p. 109).

O Estado possui necessidades sociais, porém como seu sistema se organiza e se estrutura para conquistar esses objetivos, são determinantes para seu sucesso. Na CF/88, fruto de grandes suplícios sociais, que foram criadas pelas necessidades sociais, objetivos expressos na constituição, são sempre normas jurídicas de grande relevância para o ordenamento jurídico. Para perseguir esses objetivos, caberia ao estado financiar diversas frentes sociais para garantir o mandamento constitucional em prol dos mais necessitados. O meio utilizado foi garantir via criação, alteração de alíquotas de tributos, criação de contribuições, assim como expandir entre a união, estados e municípios a competência tributária de legislar, nas suas limitações, para garantir o bem-estar social.

Essa expansão de competências e distribuição de tributos é asseverada por Roberto Pereira de Oliveira:

O Sistema Tributário do Brasil é de grande complexidade devido a enorme quantidade de tributos criados ao longo dos anos em todas as esferas do governo, que o seu entendimento se torna difícil por parte dos

contribuintes. Essa dificuldade acontece porque nos deparamos com uma grande quantidade de normas existentes, como também, pelas contínuas alterações nada sucintas na legislação tributária. A Constituição Federal, a lei maior, institui as diretrizes principais sobre o tratamento tributário em todo território nacional, logo abaixo dela estão dispostas, hierarquicamente, as Emendas Constitucionais; as Leis Complementares; as Leis Ordinárias; as Leis Delegadas; Medidas Provisórias; Decretos Legislativos; e as Portarias, Resoluções e Instruções Normativas. (OLIVEIRA, 2020, p. 82).

O processo supracitado se tornou grande, complexo e custoso para o contribuinte, que com o passar do tempo percebeu-se que grande parte da renda seria direcionada ao estado, por sua vez minou o acúmulo de riqueza para a classe baixa e média, devido ao sistema tributário brasileiro ser sobre o consumo através de incidência em produtos e serviços.

O fato é que não houve projeto de reforma tributária que atacasse esse problema, que se acentua na medida em que produtos e serviços presentes na economia, ao serem comprados, atacam a renda de quem menos recebe devido consumir seus recebimentos em face do que mais possui, que sua renda não é tributada como deveria, assim como ao comprar determinado produto ou serviço consome menos de seu capital.

Vale destacar que um conjunto de fatores colaboram com isso, primeiramente a existência do contribuinte de fato, que paga pelos tributos que incidem em produtos, direcionados pelo produtor, secundamente pela incidência complexa e superior de alíquotas de tributos no consumo que na renda, pois, ao analisarmos o panorama tributário brasileiro, pode-se notar que, existem nos tributos sobre consumo (IPI, ICMS, ISS, COFINS, entre outros), com uma vasta legislação, como exemplo: O ICMS contém 27 legislações por seu imposto estadual, assim como o ISS pela natureza ser imposto municipal possui 5.570 legislações.

Em face ao ambiente desenvolvido pelo ordenamento jurídico brasileiro, acentuaram os efeitos a esse modelo que vigora no Brasil. Destacando o ambiente de expansão de competências tributárias de legislar, modelo regressivo de arrecadação e o consumo como principal foco do estado em oposição ao patrimônio e a renda, o sistema tributário deve ser simples e informativo ao contribuinte e principalmente equitativo, assim será suportado por todos os contribuintes, o que é o oposto a realidade brasileira.

Em meio ao exposto discorre que o demonstrativo sobre a essência do ordenamento jurídico tributário, em caráter histórico contribui para atos feitos por parte do contribuinte de forma ideológica ou até mesmo como meio de sobrevivência por acreditar que o caminho certo para a manutenção de empresas, patrimônio e bens e questionando o modo de arrecadação por parte do estado acompanhando a falta de legislação punitiva, a dificuldade de fiscalização pelo fisco por se tratar de um país continental, existir um efetivo de fiscalização mais baixo que o levante de fiscalização, e por fim tendo o Brasil fazendo fronteira com países que facilitam a entrada e saída de produtos sem dar crédito ao fisco.

Diante do que foi exposto, é preciso reforçar que existe a responsabilidade legislativa e tributária na aplicação da repartição de competência tributária, conforme art. 1º da LC101/2000, que é direcionada a administração pública direta e empresas estatais dependentes, com exceção das entidades que exercem atividades econômicas como as sociedades de economia mista e as empresas públicas, conforme art. 2º, da mesma lei.

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 3º Nas referências:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;

b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;

[...]

II - a Estados entende-se considerado o Distrito Federal;

III - a Tribunais de Contas estão incluídos: Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado e, quando houver, Tribunal de Contas dos Municípios e Tribunal de Contas do Município.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entendese como: I - ente da Federação: a União, cada Estado, o Distrito Federal e cada Município; II - empresa controlada: sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação; III - empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador

recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária; [...] (BRASIL, 1988).

Esses fatores colaboram para o alto nível de evasão fiscal, o que afeta os cofres públicos diretamente, de acordo com o Instituto brasileiro de planejamento e tributação (IBPT), foram em 2020 11% do PIB, números que de acordo com a pesquisa poderiam servir de orçamento para a saúde e educação duas vezes. Por outro lado, o fisco não fica para trás, pois vem constantemente investindo em sistemas que consigam rastrear e bens do contribuinte.

2.1 Evasão Fiscal

A evasão fiscal é a forma em que o contribuinte encontra de maneira direta, afetar os cofres do Estado devido utilizar aspectos mecanismos que vão esconder o conhecimento por parte do fisco de consumo, patrimônio e bens. Esses meios são feitos anteriores ao fato gerador, logo quando ele deveria ocorrer, tem parte de sua base de cálculo subtraída para efeitos fiscais, o que resulta num cálculo incompleto, inferior ao que deveria ocorrer.

De maneira didática pontua-se que a evasão fiscal, constitui-se como crime contra ordem tributária têm como referência a Lei nº. 8.137/90. Os arts. 1.º e 2.º são crimes praticados pelo particular contra o erário, conforme a seguir em destaque:

Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal, ou documento equivalente, relativo à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2.º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 1990).

Um exemplo claro seria uma fábrica vender produtos para determinada loja de varejo (A) e esta ao comprar não declarar na totalidade os bens que foram adquiridos para venda na sua totalidade, logo não pagará pelos produtos adquiridos, por outro lado existe uma loja de varejo (B) na mesma região localizada que adquire e paga os tributos devidos ao fisco, enquanto a loja (A) ao vender seus produtos conseguirá condições melhores no mercado, esse ato é a evasão fiscal, que afeta o fisco diretamente, afeta o mercado pois a loja (B) que paga seus tributos nas mesmas condições e localização com essa loja de varejo, não teria uma margem de lucro igual a empresa sonegadora além disso.

O exemplo narrado foi apenas uma forma de demonstrar formas de evasão fiscal, (são mais de uma), além da sonegação, podemos citar fraude, conluio, simulação. Sendo conceituado adiante baseado no entendimento de Kiyoshi Harada (HARADA, 2020, P.63), sendo a lei número 4.502/1964 e no código civil.

- I. Sonegação: expressa no art. 71 em que é todo comportamento doloso, comissivo ou omissivo, praticado com o objetivo de suprimir em todo ou em parte o tributo devido.

- II. Fraude: expressa no art. 72 é a forma dolosa para subtrair o fato gerador da obrigação tributária ou fugir do pagamento de um tributo devido.
- III. Conluio: expressa no art. 73 é o acordo de má fé entre duas ou mais pessoas com o objetivo de fraudar uma interposta pessoa, no direito tributário representa o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas com a finalidade de ocultar a ocorrência do fato gerador.
- IV. Simulação: Não está expressa na lei 4502/1964 mas sim no art. 167 do código civil, poderia se confundir com a fraude, mas enquanto aquele acontece de forma ostensiva, sob a tutela de uma norma que não lhe corresponde, nos negócios simulados, estes são fictícios e não desejados pelas partes. Os atos fraudulentos ao contrário

A evasão fiscal é a forma mais direta existente de atacar o fisco, sendo negligente quando por falta de conhecimento ou informalidade do contribuinte, deixa de informar o fisco sobre operações que demandam o pagamento de tributo, exemplo claro seria um lanche pago sem emitir nota fiscal numa feira de alimentos numa cidade.

Parece algo simples e dispensável, porém quando calculado em valores que foram deixados de arrecadar, esse montante se torna um déficit expressivo para as contas públicas, recursos que não são vistos pelo visto apenas deduzidos, mas que afeta o retorno em bem-estar comum aos contribuintes. Por outro lado, existe a evasão proposital que é a ocultação consciente do não pagamento ao fisco.

2.2 Elisão Fiscal

Os efeitos pela tributação excessiva é a elisão e a evasão fiscal em todos os setores da economia. Como Silvio Crepaldi conceitua :

Elisão fiscal é um proceder legalmente autorizado que ajuda a lei tributária a atingir a sua finalidade extrafiscal, quando presente. Difere da evasão fiscal, pois são utilizados meios legais na busca da descaracterização do fato gerador do tributo. Pressupõe a licitude do comportamento do contribuinte, evitando, de forma honesta, a submissão a uma hipótese tributária desfavorável. É um conjunto de atos adotados por um contribuinte, autorizados ou não proibidos pela lei, visando a uma carga fiscal menor, mesmo quando esse comportamento prejudica o tesouro. (CREPALDI, 2017, p. 86).

A elisão fiscal (tax avoidance) é um meio pela qual o contribuinte encontrou para se esquivar do pagamento de tributos sem recorrer a atos comissivos ou omissivos ilícitos. É prestar obrigação com o fisco ao mesmo tempo em que busca uma forma de pagar menos tributos, um método em comparação com a evasão fiscal, pouco utilizado no Brasil pois demanda a atuação de um

profissional especializado para estudar caso a caso que irá através de lacunas na lei ou de maneira induzida o próprio fisco permite que o contribuinte de maneira extrafiscal possa agir dessa maneira.

Esse método está em crescimento no Brasil, devido a democratização das informações, ficou mais acessível ter o conhecimento desse profissional assim como contratar, o que melhora o alcance de empresas e pessoas físicas a utilizarem meios legais para coibir do fisco. Pois de acordo com Sacha Calmon Navarro Coelho existem duas formas de elisão fiscal sendo primeiramente:

a) elisão induzida, quando a própria lei deseja o comportamento do contribuinte, por razões extrafiscais ex: isenção por 10 anos do IR para os lucros das indústrias que se instalem no Norte-Nordeste do Brasil e a celebração de negócios em zonas francas ou com compradores do exterior (imunidades ou isenções do export-drive). (SACHA, 2020, p. 220).

Esse tipo de elisão se configura como uma forma que o governo se utiliza para dar incentivos para atrair investimentos de determinadas empresas e assim gerar empregos e desenvolvimento. Um exemplo de incentivo fiscal é a zona franca de Manaus que oferece condições de alíquotas tributárias inferiores ao resto do país, sendo em determinados casos mais atraentes a atrair investimentos gerando desenvolvimento para a região através de empregos diretos, indiretos e de fluxo de capitais que colaboram para o aumento do PIB regional:

b) elisão por lacuna, quando a lei, sendo lacunosa, deixa buracos nas malhas da imposição, devidamente aproveitadas pelos contribuintes. A verdadeira elisão fiscal é esta, por apresentar questionamentos jurídicos e éticos na sua avaliação. Baseia-se na premissa de que se o legislador não a quis, como na elisão fiscal induzida pela lei, pelo menos não a vedou expressamente, quando podia tê-lo feito (princípio da legalidade). Este princípio, no particular, abriga duas conotações relevantes. A primeira é a de que o contribuinte, observada a lei, não está obrigado a adotar a solução fiscal e jurídica mais onerosa para o seu negócio, pelo contrário, está eticamente liberado para buscar a menos onerosa, até porque sendo o regime econômico considerado de livre iniciativa e de assunção de responsabilidades, prevalece a tese de minimização dos custos e da maximização dos resultados. A segunda conotação do princípio da legalidade no particular reside no aforismo de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, de resto preceito constitucional e, pois, dominante'' (SACHA, 2020, p. 220).

Para se explorar aspectos de elisão fiscal existentes no ordenamento jurídico brasileiro, deverá estudar caso a caso através de um profissional especializado que fará um planejamento tributário, melhor forma para escolher opções de tributos no atual sistema tributário.

2.3 Um novo sistema tributário mais equitativo com foco na renda e não no consumo como instrumento para combater a evasão fiscal

Os aspectos históricos, dados que demonstram a real situação do sistema tributário nacional devido a adiamentos constantes no debate público e direto sobre como encontrar maneiras para deixar o sistema tributário mais equitativo e suportável pelo contribuinte, visto que é um debate existente juridicamente desde o advento da constituição de 1988, devido fruto de políticas públicas sociais e tardia declaração de direitos sociais que o brasileiro deveria ter acesso desde então, como mencionado pelo futuro presidente na época Michel Temer, “sair da tirinha para a prática, da palavra para a ação, pegar o que foi fruto do processo constituinte e aplicar na prática”.

Todos os presidentes após o governo de Fernando Henrique Cardoso debatiam em formas de reforma tributária, porém em nenhum caso atacou a origem do problema tributário, define Fabrício Augusto de Oliveira:

O interessante é que nenhuma dessas propostas se preocupou com a mudança do perfil da carga tributária incidente sobre a sociedade, de forma a melhorar sua distribuição. Foram propostas ancoradas basicamente na tributação indireta, com a maior preocupação de reduzir a cumulatividade da tributação e coibir a guerra fiscal entre os entes federativos – importantes questões que também travam o crescimento econômico –, mas nenhuma para delas, de modo geral, dedicou atenção a propor mudanças na tributação direta – no imposto de renda e no imposto sobre o patrimônio –, visando tornar o sistema mais progressivo, o que seria importante não somente para resgatá-lo como um instrumento de justiça fiscal, mas também do próprio crescimento econômico. Isso porque, por meio da maior exploração de impostos dessa natureza, seria possível fortalecer a capacidade de financiamento do Estado, ao mesmo tempo que se abririam espaços para a desoneração da produção e dos investimentos e também para o fortalecimento do mercado interno com a redução da tributação sobre as classes de menor renda, que possuem maior propensão a consumir. Uma pequena história da tributação e do federalismo fiscal no Brasil (OLIVERIA, 2019, p. 252).

O processo de abertura econômica ocorrida no Brasil devido a globalização no fim do século 20, foi fator determinante para um olhar mais harmonioso para a necessidade de reforma tributária, pois com o atual sistema vigente, investidores nacionais e internacionais poderiam pegar seus investimentos e transferir para países mais estáveis quanto a economia e ao mesmo tempo mais atraentes quanto a alíquotas tributárias.

Logo percebeu-se que como o capital de uma economia fechada era expressa nas camadas mais ricas da sociedade, eles poderiam evadir seus montantes de patrimônio e assim o fisco não só deixaria de receber o capital, como também teria um sério déficit cambial extremamente nocivo à ordem econômica, ainda mais levando em consideração que a pouco tempo havia sido posto em prática o plano real que finalmente resolveu o problema inflacionário na época conhecida como hiperinflação. Com o problema definido e o estado brasileiro conhecendo esse leviatã que cada

vez mais crescia e ameaçava o poder de compra, arrecadação equitativa, foram feitas manobras que apenas concentraram mais o capital:

Igualmente, nenhum desses governos ousou também enfrentar o desafio de fazer uma revisão do modelo federativo, visando reestruturar e fortalecer suas bases de sustentação, preferindo trilhar o caminho mais fácil de promover uma progressiva concentração do poder na esfera federal para controlar suas finanças e suas decisões de gasto. Uma pequena história da tributação e do federalismo fiscal no Brasil. (OLIVERIA, 2019, p. 253).

Atualmente devido a postergação de necessárias mudanças no sistema tributário, existe profundos problemas que afetam classes mais baixas sociais, devido a mitigação do poder de compra devido tributos indiretos serem a principal fonte de arrecadação do fisco, logo adquirir bens de consumo se tornou cada vez mais caro, porém por outro lado manteve o poder de compra nas camadas mais ricas da sociedade devido acesso a rendimentos de investimentos e patrimônios que não são tributados tanto quanto os tributos indiretos.

Por fim a evasão fiscal se tornou um meio para se adquirir bens, capital principalmente pela classe média devido ao fato de ser custoso seguir os mandamentos da legislação. Para resolver os problemas tributários no Brasil deve-se fazer uma reforma tributária em que a fonte principal de arrecadação seja pela renda e não pelo consumo, assim o contribuinte usufruirá de bens mais baratos e isso gerará um superávit de consumo, atraindo investimentos, gerando empregos e beneficiando o bem comum, porém fazer isso ocorrer é algo que tem um custo, o capital concentrado a elite brasileira.

Nos processos judiciais e administrativos tributários, compõem a relação jurídica processual, de um lado a Fazenda Pública e do outro o contribuinte, mas tanto um quanto o outro pode figurar no polo ativo ou passivo. No entanto, existem diversos mecanismos para o Fisco e o sujeito passivo da relação jurídica obrigacional tributária questionar e para tanto, vai depender do interesse cada um deles. Assim, se faz necessário estudarmos o processo administrativo e judicial tributário.

3 CONCLUSÃO

O estudo feito se objetivou a demonstrar como carga tributária elevada, é um efeito de um sistema tributário desequilibrado que gera diversas consequências pela falta de equidade no sistema tributário nacional, que possui formas de tributação desigual que priorizam tributos indiretos, o que recai sobre o consumo de bens e serviços ao invés dos diretos, que recaem sobre a renda e patrimônios, sendo o objeto de estudo a evasão fiscal que é um resultado direto da falta de reforma tributária eficaz, mais equitativa com foco em tributos diretos em vez dos indiretos, que desde o processo constitucional que culminou na Constituição Federal de 1988, que concentrou no estado competências para sanar necessidades sociais, o que demandava recursos, o custo disso foi o poder de compra do brasileiro médio que contribuiu mais em tributos indiretos, enquanto as classes mais ricas concentraram seu capital ainda mais, investem e lucram até hoje com o sistema tributário atual.

Vale destacar, que devido a informação ser mais democrática atualmente, é possível explorar lacunas na legislação e incentivos fiscais para se pagar menos tributos, num processo de elisão fiscal totalmente legal e recomendada para que o contribuinte esteja em dia com fisco ao mesmo tempo explore opções estratégicas de adequação tributária.

Por fim, por mais que existam meios legais para se pagar menos tributos, ainda é extremamente necessária uma reforma tributária com foco em tributos diretos ao invés dos indiretos assim reverterá um problema crônico tributário, a inversão da capacidade contributiva que é presente no ordenamento jurídico tributário. Não houve projeto de reforma tributária desde o advento da constituição federal de 1988, que atacasse esse problema de equidade contributiva como base para instituir tributos diretos ao invés de indiretos, houve apenas formas de se arrecadar mais sem fazer qualquer alteração que poderia resultar em conflitos políticos, e o foco principal era como o fisco poderia arrecadar mais para cumprir suas funções sociais, não levou-se em conta quanto o contribuinte poderia pagar baseado em sua capacidade contributiva, vale destacar que esse é o principal aspecto a ser analisado pelo ordenamento jurídico brasileiro. A reforma tributária deve ter o fim a equidade tributária para gerar justiça social em âmbito tributário, que resultará em desenvolvimento econômico e social, diminuirá as desigualdades sociais pela atração de investimentos pelo processo de desburocratização pela simplificação na forma de tributar por parte do estado.

4 REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2020.

ANDRADE, Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101**, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília: 2000.

_____. **Lei no 9.983**, de 14 de julho de 2000. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília: 2000.

_____. **Lei no 4.357**, de 16 de julho de 1964. Autoriza a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do imposto sobre a renda, e dá outras providências. Diário oficial da União. Brasília, 1964.

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

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2019.

CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 25. ed. Malheiros. 2018.

CREPALDI, Silvio Aparecido. **Contabilidade gerencial: Teoria e prática.** 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário.** 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 12. ed. rev. atual. e amp. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2020.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Governos Lula, Dilma e Temer: do espetáculo do crescimento ao inferno da recessão e da estagnação.** Rio de Janeiro: Letra Capital, 2019.

OLIVEIRA, Roberto Pereira de. **Sanções Tributárias e Sanções Penais Tributárias.** São Paulo: Max Limonad, 2020.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. **Constituição e o Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência,** 11. ed, Livraria do Advogado, 2019.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Justiça, Interpretação e Elisão Tributária.** Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2018.

SACHA, Calmon Navarro Coêlho. **Curso de direito tributário brasileiro.** Rio de Janeiro, Forense, 2020.

SIA, Leonardo Godoi. **Curso de Gestão Tributária Municipal.** Unidade 1: sistema tributário municipal. Coordenação geral: Tereza Cristina Baratta. -Rio de Janeiro: IBAM, 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro tributário. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

NEUROPSICOLOGIA EM FACE (INTERFACE) AO DIREITO PENAL: A CULPABILIDADE DE UM PSICOPATA

AUREA RODRIGUES DONATO:
Aluna da FASEC.

ANDREIA AYRES GABARDO DA ROSA

(Orientadora)¹⁰

RESUMO: O presente estudo tem como objeto o estudo do psicopata frente ao atual Direito Penal. Ainda há estudiosos que acreditem que a psicopatia seja um distúrbio mental, porém a maioria deles discorda dessa ideia e apoia ser a psicopatia como um transtorno de comportamento de caráter, que também é influenciada por fatores genéticos. No que diz respeito à psicopatia, concluímos que muito ainda há que ser estudado a cerca deste Transtorno de Personalidade no Brasil. O fator biológico sempre foi de grande destaque no estudo do Crime, principalmente no que diz respeito ao infrator, uma vez que a sociedade sempre tem a necessidade de diferenciar o sujeito criminoso do não criminoso. É cediço que o fator ambiente influencia na questão da delinquência, contudo o fator biológico tem sido determinante em alguns casos específicos, visto que há criminosos em todos os tipos de ambientes, como não criminosos também.

Palavras-chave: Direito Penal. Culpabilidade. Psicopata.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto o estudo do psicopata frente ao atual Direito Penal Brasileiro. Para tanto fará um panorama do conceito de Direito Penal e das ciências que o influenciam, como a criminologia, a medicina legal, a psicologia forense, de grande importância no âmbito social, no que diz respeito ao tratamento dado aos delinquentes pelo atual sistema jurídico penal do nosso país.

Os indivíduos que são acometidos por enfermidades mentais tem afetado a distinção do que seja certo ou errado, não sabem ou não têm potencial consciência da ilicitude do fato que praticam. Por isso estão sempre assistidos por pessoas sãs, para evitar que eles pratiquem qualquer ação que possa trazer algum dano a alguém ou a eles mesmos. O psicopata, por seu turno, não tem esse problema, ele sabe exatamente o que está fazendo e tem friamente calculados todas as estratégias de suas ações, sem se preocupar se as consequências vão ou não fazer mal a alguém e sim se sua ação vai trazer algum benefício para ele mesmo.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, as hipóteses levantadas foram examinadas através do emprego de pesquisa bibliográfica. A tipologia da pesquisa foi baseada na utilização de livros, revistas, artigos e monografias que abordam o mesmo tema.

¹⁰ Professora da FASEC.

A justificativa para a apresentação deste trabalho surge da necessidade de tratamento específico a ser dado ao criminoso psicopata, uma vez que o Transtorno de Personalidade Antissocial não tem cura, havendo também a influência de fatores endógenos e exógenos que aumentam as chances de um indivíduo assim classificado cometer diversos crimes. Atualmente, não tem o sistema penal brasileiro sido eficaz na aplicação das sanções a esses tipos de pessoas, uma vez que a reincidência é recorrente.

A psicanálise, a psicopatologia e a psicologia criminal explicam o comportamento do agente delitivo levando em conta os fatores sociais e genéticos. A psicopatologia ou psiquiatria é um ramo da medicina e explica o comportamento do homem que sofre de distúrbios mentais. A psicologia estuda o comportamento humano de forma geral, e o comportamento criminoso é estudado como qualquer outro, levando sempre em consideração as observações empíricas. A psicanálise faz um estudo mais profundo da personalidade do indivíduo infrator, relacionado muitas vezes ao interior inconsciente do indivíduo.

Essas ciências, em consonância com a Criminologia, otimizam o estudo do crime, seus métodos e objetivos, trazendo para a realidade formas e estudos cada vez mais detalhados e aprimorados, tudo em nome de uma só finalidade, que é a prevenção e o conhecimento das mazelas criminais da sociedade.

2 PSICOPATIA

O ser humano, em geral, é carregado de pensamentos e emoções, alguns mais emotivos e outros menos. Há quem diga existem alguns sem nenhuma emoção, e é nesse quadro que estão inseridos o que seriam psicopatas, pessoas com total desprezo e falta de empatia pelas outras pessoas.

É difícil saber diferenciá-los, nunca sabemos quem é ou não capaz de nos fazer mal. Psicopatas fazem mal porque não sentem remorso ou culpa, para eles o importante é o seu ego, já que a maioria deles se sente melhor que os outros e subestima a inteligência das outras pessoas, usando das emoções do outro para elevar sua autoestima e conseguir o que quiser.

2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO PSICOPATA

O termo psicopata etimologicamente se formou no sec. XIX do alemão Psychopatisch, criada a partir do termo "psykhé", mente, e "pathos", sofrimento. A palavra traduz bem o conceito que hoje é dado ao psicopata, como sendo uma pessoa que causa sofrimento às outras, sem nenhum remorso e muitas vezes sentindo prazer em ver este sofrimento. Segundo o ensinamento de França (2021, p. 12):

As personalidades psicopáticas são grupos nosológicos que se distinguem por um estado psíquico capaz de determinar profundas modificações do caráter e do afeto, na sua maioria de etiologia congênita. Não são, essencialmente, personalidades doentes ou patológicas, por isso seria melhor denominá-las personalidades anormais, pois seu traço mais

marcante é a perturbação da afetividade e do caráter, enquanto a inteligência se mantém normal ou acima do normal.

A psicopatia, de início, era um conceito de doenças mentais, com o passar do tempo o termo passou a ser usado para as pessoas que sofriam do chamado Transtorno de Personalidade Antissocial, qual seja, um desvio de comportamento que pode ser causado pela formação do caráter, como também por fatores genéticos, além da influência de elementos endógenos e exógenos do ambiente em que a pessoa vive (CAPEZ, 2018).

Não é fácil reconhecer um psicopata. Normalmente parecem pessoas comuns, têm casa, família, são inteligentes, às vezes até acima da média, têm um ar de mistério e sedução, estão sempre prontos para resolver problemas e ajudar, mas é da vulnerabilidade das pessoas que eles tiram o substrato para iludir, ludibriar, enganar e assim dar golpes de todo cunho, deixando pra traz dor e lamentação de quem depositou a confiança neles.

Pessoas normais, até que se prove o contrário, são pessoas que têm a capacidade de compreender seus atos, como também compreender o sentimento ou reação das outras pessoas, policiando-se para agir de acordo com o que a sociedade aceita e utilizando-se da sua moral, adquirida cultural e socialmente, para se relacionar de maneira saudável. Para parecerem normais os psicopatas fingem ser o que não são, fingem ter sentimentos, angústias e tristezas, sempre com o objetivo de utilizar-se da fragilidade de quem o rodeia (CORDEIRO, 2021).

Mesmo não sendo uma doença mental, é indiscutível a influência genética nesse tipo de transtorno. Corroborando com esta ideia, Fonseca (2020, p. 468.) trata o tema em questão como sendo uma perturbação psíquica e afirmar: "As psicopatias são alterações do comportamento resultante de anomalias da personalidade ou de estados de desadaptação do indivíduo em relação a si mesmo, ou ao ambiente em que se integra". Frutuoso (2018, online) em seu artigo cita que "4% da população mundial é acometida por tal transtorno (3% homens e 1% mulheres)".

Os números podem ser bem maiores que esses, e a preocupação mundial está cada vez mais crescente uma vez que pessoas desse tipo, totalmente inescrupulosas vêm de maneira avassaladora dominando a criminalidade e infestando a sociedade de forma cada vez mais violenta.

Quanto as características mais peculiares dos psicopatas estão a falta de empatia, incapacidade de aprender com os erros, insensibilidade, falta de caráter, encantamento superficial, inteligência, ego inflamado, falta de remorso ou culpa, ausência de envolvimento afetivo com as outras pessoas, vida sexual desregrada, alcoolismo, falta de fixação em emprego e ausência de foco nos objetivos. São pessoas frias, muitas vezes violentas, mentirosas, sempre em busca de aventuras, emoções fortes, porém superficiais.

2.2 A DELINQUÊNCIA SOCIAL E A PSICOPATIA

O psicopata, por não conseguir ter sentimentos muito intensos precisa de emoções muito fortes para sentir uma adrenalina, essas emoções normalmente estão juntas ao consumo de álcool

e outras substâncias que fazem com que eles sintam de forma mais vigorosa alguns tipos de sensações que normalmente demoram ou nunca sentem. Dessa forma, para um psicopata é fácil ultrapassar as barreiras do que a sociedade diz ser certo ou errado, pois como não vê problema em prejudicar os outros, para ele, não está fazendo nada demais, somente, “brincando”, fazendo algo para se divertir.

Pelo fato de serem impulsivas e adversas a qualquer padrão social, as pessoas com desvios de caráter psicopáticos acabam por adentrar no mundo do crime, movidas pela adrenalina que sente ao ver suas vítimas sofrendo por seus atos ou quando vê suas vítimas de um golpe financeiro com sofrimento e desprezo de como foi enganada (FONSECA, 2021).

Assim, o psicopata, por desprezo as regras da sociedade e total falta de preocupação para com os semelhantes, acaba por adentrar com mais facilidade a vida no crime, unicamente para satisfazer seu ego, sem nenhuma culpa ou remorso de sua ação, daí por que podemos dizer que a psicopatia se manifesta como fator endógeno da criminalidade, já que o caráter negativo da sua conduta criminoso não servirá de reflexão na sua consciência, por tomar forma de satisfação de sua vontade (TRINDADE, 2019).

A forma mais utilizada pelos psicopatas para aplicar seus golpes e cometer seus crimes é o charme, a mentira e a dissimulação, normalmente eles enganam a vítima, faz com elas achem que ele merece cuidado, confiança e amor, e assim eles se utilizam da fraqueza dos sentimentos para ludibriar e sem nenhum arrependimento acabam com a vida de muitas pessoas. Com o cometimento de seus crimes e o seu ego inflado o criminoso corre atrás de mais uma vítima, sem a menor intenção de parar, e nem nenhum medo de ser descoberto.

O criminoso comum é o resultado de sua vivência social, apesar de ter um comportamento que foge do padrão social, descumprindo as regras e fazendo as outras pessoas sofrerem, ele não possui a falta de empatia, apenas reproduzem o que passaram a vida a ver, no ambiente em que foram criados. Assim o criminoso comum sofreu um forte abandono moral, afetivo, social, se apegando a grupos de pessoas sem nenhuma atividade construtiva e sim muitas vezes criminais. Sobre o tema, Maranhão (2021, p.11) leciona:

Psicanaliticamente, a delinquência essencial se relaciona à neurose pré-edipiana. Trata-se de um tipo psicológico cujas características básicas são um acentuado egoísmo e um primitivismo narcísico, pelo que é um imaturo emocional. Dessa forma, caminha para um dos dois destinos: ou se torna doente (neurose pré-edipiana), ou vai agir antissocialmente (delinquente essencial).

Dessa forma, podemos estabelecer grandes diferenças entre aqueles que são acometidos pelos transtornos de personalidade antissocial e aqueles que têm um comportamento dissocial, mas que não são psicopatas, pois como já mencionado a psicopatia é influenciada por fatores genéticos já as pessoas que têm um comportamento dissocial são apenas frutos das suas realidades.

2.3 A PSICOPATIA NA INFÂNCIA

A infância é aquela fase da descoberta onde tudo parece mágico e onde todas as ações advêm da imaturidade da formação do indivíduo. Por isso, temos que educar nossas crianças e inseri-las no meio social, apresentando-lhes as regras de conduta, as maneiras de conviver com os outros. Por exemplo, na escola, quando somos crianças, aprendemos a não agredir fisicamente as outras crianças, somos orientados a não mentir, somos incentivados a praticar atos de caridade, dividir as coisas etc.

Esses ensinamentos influenciam no nosso caráter, já que, quando adultos, demonstramos uma forma de agir aceita pela comunidade a que pertencemos e daí aprendemos a esperar que as outras pessoas ajam da mesma forma.

Algumas crianças, por mais que sejam bem orientadas, não conseguem se adaptar ao cumprimento de regras sociais e muitas vezes até atrapalham o desenvolvimento de outras crianças de seu convívio, como quando a criança agride física e verbalmente os colegas de colégio. Muitas dessas crianças apresentam desde muito pequenas algumas características que podem levá-la a se tornar um psicopata quando adulto, uma vez que a psicopatia também está ligada a fatores genéticos, fazendo assim com que a pessoa possa nascer um psicopata em potencial, merecendo grande atenção durante toda vida (FONSECA, 2021).

Não podemos dizer que um menor de 18 anos seja um psicopata, segundo a Associação Americana de Psicopatia – APA (sigla em inglês). Sgarioni (2019, p.32) aduz que “nenhum menor de 18 anos pode ser chamado de psicopata, uma vez que sua personalidade ainda não está formada”.

Por conta disso, os menores que apresentam características muitas vezes parecidas com a de psicopatas podem, no máximo, ser avaliados com um Transtorno de Conduta, que seria quando a criança ou adolescente não consegue obedecer as regras sociais e repete sempre as mesmas ações sem que as punições dadas sirvam de qualquer aprendizado, muito menos lhe causando algum temor (MORANA, 2019).

Nos Estados Unidos da América, de acordo com dados da Academia Americana de Psiquiatria da Criança e do Adolescente, a prevalência de perturbações de conduta na população geral de crianças e adolescentes situava-se entre os 1,5% e os 3,4%, prevendo-se que, destes, cerca de 40% desenvolveriam uma Personalidade Antissocial. Sobre o tema, Benavende (2012, online) aduz que:

Assim, De acordo com as investigações desenvolvidas na Suécia, Stattin e Magnusson (2020), concluem que os comportamentos de oposição, desobediência, desafio, teimosia e conduta agressiva, tendem a ser substancialmente estáveis no tempo. Encontraram uma relação significativa entre este tipo de comportamentos e o abuso de drogas na adolescência em ambos os sexos.

Sabemos que, se não forem tratados com cuidado esses transtornos de conduta podem evoluir consideravelmente para o Transtorno de Personalidade Antissocial. Nem todo jovem que tenha esse transtorno de conduta é candidato a ser um psicopata, pois sabemos que o fator

genético, o ambiente em que vive e certos traumas que ocorrem na infância também influenciam, além do fato de alguns desses traumas causarem lesões cerebrais que também importam nessa caracterização (TRINDADE, 2019).

De acordo com Sgarioni (2019, p.34), o comportamento de uma criança ou de um adolescente é considerado transtorno de conduta quando:

Repete por diversas vezes ações como, matar aula várias vezes antes dos 15 anos, passa a noite fora várias vezes contra a vontade dos pais, foge da casa dos pais, persegue, atormenta ou ameaça frequentemente os outros, constantemente se envolve em lutas corporais, é cruel com pessoas e animais a ponto de feri-los fisicamente, roubo ou furto, força alguém a atividades sexuais, usa algum tipo de arma, inicia um incêndio com a intenção de causar danos, destrói a propriedade alheia sem piedade, mente e engana as pessoas.

A psicopatia em adultos não tem cura, o que faz com que o tratamento prematuro dos sintomas supracitados seja a forma mais eficaz de se tratar um futuro psicopata e assim tentar adaptá-lo, ainda que superficialmente, às regras sociais e assim diminuir, ao menos, o nível de seu transtorno. O tratamento mais indicado é a psicoterapia, que, dependendo do caso pode até ser acrescentada do uso de alguns medicamentos.

2.4 A REINCIDÊNCIA CRIMINAL

A reincidência criminal é comum aqui no Brasil, tendo em vista que as penitenciárias se tornaram escolas do crime, onde os delinquentes conhecem todo tipo de pessoas e seus variados delitos, fazendo mais "contatos" e assim aprendendo com as histórias uns dos outros. Como cadeia, aqui no Brasil, não prende por muito tempo, logo que saem, muitos voltam às ruas, agora bem mais aprimorados em diversas categorias criminosas e prontos para pôr em prática aquilo que aprenderam.

Assim, a reincidência criminal é uma preocupação constante no Brasil, não só voltada à psicopatia, mas a todas as pessoas com transtornos de conduta, uma vez que além da má estrutura carcerária e a superlotação nos presídios, temos que esperar os novos delinquentes que chegam, como também a volta dos que já saíram, distorcendo totalmente o objetivo da pena, que seria a ressocialização do infrator. A superlotação, a má estrutura, a falta de incentivo e a reincidência no crime reforçam a formação das faculdades do crime, e essa estrutura é bem interessante para um manipulador nato, que é um psicopata, agir e dominar o lugar.

Devido ao seu poder de manipulação e sedução, os psicopatas formam um verdadeiro exército dentro dos presídios brasileiros, uma vez que não são separados dos criminosos comuns, participando da vida destes e prestando atenção em suas vulnerabilidades, para também dominá-los, de modo que os que um dia fizeram vítimas assim se tornam nas mãos dos psicopatas (TRINDADE, 2019).

O mais aterrorizante de tudo isso é saber que pessoas que cometeram crimes que teriam a capacidade de ser ressocializados ficam vulneráveis nas mãos de pessoas que não têm como mudar e que merecem cuidados especiais, como também locais especiais para o cumprimento de suas penas, ficando a critério dos psiquiatras e psicólogos o diagnóstico de poder ou não voltar ao convívio social.

O psicopata não pode voltar ao convívio social sem periódicas perícias e auxílio de psiquiatras e psicólogos, como também um longo acompanhamento vigiado fora das prisões para assim poder dizer se ele está apto à ressocialização. A maioria dos psicopatas sofrem abusos e vivem em ambientes hostis, por conta disso sua entrada no crime vem na maioria das vezes ligada a crimes brutais (TRINDADE, 2019).

Francisco Costa Rocha, também conhecido nacionalmente como “Chico Picadinho”, sofreu abusos sexuais quando criança, no colégio onde estudou e também na rua em brincadeiras com os colegas, teve uma infância difícil por conta das constantes brigas dos pais e das rejeições que sofria por parte deles. Matou a primeira vez em agosto de 1966, onde cortou em pedaços o corpo de uma mulher que tinha passado a noite com ele, foi preso no mesmo ano e solto em 1974 por bom comportamento. Em 1976 voltou a cometer outro crime (CASOY, 2019, p. 95), mostrando que o tempo na prisão não lhe promoveu nenhum efeito reeducador.

Por conta disso outras punições devem ser levadas em consideração quando se trata de manter um preso psicopata, como também a qualidade dessas punições, lembrando que a convivência com os outros criminosos comuns acaba prejudicando a ressocialização destes, o que também deve ser levado em conta. O fato é que a quase certa reincidência criminal no caso de pessoas com transtorno de personalidade antissocial é um problema dentro dos presídios e fora deles no meio da sociedade.

3 A RESPONSABILIDADE PENAL E O TRATAMENTO DO PSICOPATA NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito brasileiro define uma série de crimes e suas sanções com o intuito de punir e ensinar as pessoas a viver de maneira a respeitar os direitos fundamentais do ser humano, tais como a vida, a liberdade, entre outros.

O ordenamento jurídico penal Brasileiro traz em seu bojo inúmeros crimes e contravenções, sendo que o Estado, verificando que algum indivíduo cometeu tais crimes, tem o dever de puni-lo de acordo com a gravidade do crime cometido.

Acontece que, para que o Estado puna um criminoso pelo crime cometido, não se leva em consideração apenas a gravidade desse crime; a capacidade do indivíduo de entender o ato que estava praticando no momento do cometimento do crime é o fator mais importante, pois com isso é que se sabe se o sujeito deve ou não cumprir a sanção pelo ato infracional cometido e que tipo de sanção deve ser aplicada a ele.

3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A responsabilidade pode se caracterizar de várias formas, pode advir do cometimento de um ato ilícito e, por consequência, gerar a reparação de um dano, do pagamento de uma indenização ou o cumprimento de uma pena. A responsabilidade penal gera na maioria das vezes o cumprimento de uma pena, que pode vir acompanhada da reparação de um dano ou uma prestação indenizatória.

A responsabilidade penal, como já dito, incide face a transgressão de um crime ou uma contravenção, tendo em vista que o Direito Penal cuida dos delitos considerados mais lesivos a sociedade, sendo as normas penais consideradas normas de direito público. Por conta disso há a aplicação de uma pena, que deve ser aplicada ao sujeito que violou a norma, com o objetivo de restabelecer a ordem social e punir o transgressor para que ele pense duas vezes antes de cometer o crime novamente. Um exemplo básico é quando alguém furta um celular que estava em cima de uma mesa sem precisar ameaçar ninguém, enquanto outro indivíduo ameaça com uma arma alguém que está passando na rua para poder lhe roubar o celular; nesse caso, os dois indivíduos infringiram a norma penal, contudo a pena aplicada a eles deve ser diferenciada em face da gravidade do ato.

O crime e as contravenções estão definidos no Código Penal e nas demais leis penais. Para que se tenha um crime é preciso que este esteja descrito na lei, ou seja, tipificado na lei, pois a violação do tipo penal é que gera a responsabilidade penal. De acordo com Nucci, (2019 p. 168) "crime é fato típico, antijurídico e culpável", conceito que faz parte da teoria tripartite do crime, também defendida por autores como, Néelson Hungria, Magalhães Noronha, Francisco Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, Cezar Roberto Bittencourt, Eugênio Raúl Zaffaroni.

A teoria tripartite do crime atualmente é a mais aceita no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que engloba todas as etapas importantes para que se possa auferir a responsabilidade penal de um indivíduo que comete um crime. Com relação a essas etapas, para que se tenha um crime, cumpre definir o que é fato típico, antijurídico e culpável.

Segundo Martins, (2018, p. 43), "Fato típico, em um conceito formal, é a descrição de uma conduta considerada proibida, para qual se estabelece uma sanção. Um fato típico é aquele que se adequa a essa descrição".

Podemos dizer que o fato típico é a decorrência natural do princípio da reserva legal, onde não há crime sem lei anterior que o defina. Mas não basta apenas estar descrito em lei, esse fato também tem que ser antijurídico, ou seja, contrário a lei, como também deve ser culpável, ou seja, o autor do crime deve ser capaz de ser responsabilizado pelo ato ilícito e típico que praticou. Assim completam-se as etapas para se chegar ao conceito de crime.

Contudo, para se dizer que uma pessoa é capaz para ser responsabilizada por um ato ilícito cometido, é necessária uma análise subjetiva da potencial consciência da ilicitude do ato que o agente auferia no momento do cometimento da conduta, ou seja se ele sabia ou deveria saber, que sua ação era ilícita, pois assim, se qualquer pessoa que esteja em pleno gozo das suas atividades mentais conseguiria distinguir se aquela ação poderia ser contrária ao ordenamento jurídico.

Para auferir a responsabilidade temos que analisar a culpabilidade do agente, para então classificá-lo como imputável, imputável ou semi-imputável, conforme veremos nos tópicos adiante.

3.2 A CULPABILIDADE

Ao longo da história várias teorias foram formadas para explicar a culpabilidade, Rosa Filho (2020, p. 190) ensina algumas delas:

a) teoria psicológica, que tem como pressuposto a imputabilidade, ligando o agente ao fato criminoso, b) teoria normativa em que, [...] a culpabilidade não se ampara somente no vínculo psíquico que liga o agente ao ato por ele praticado, seja a título de dolo ou culpa, incidindo também sobre o autor do fato punível, uma vez que ele agiu voluntariamente de forma contrária ao direito e c) a teoria finalista [...] para os seguidores desta corrente doutrinária o dolo e a culpa estrita são deslocados para o tipo penal.

No Brasil, o Código Penal Brasileiro adota a teoria da culpabilidade limitada que está enquadrada em uma modalidade de teoria normativa pura, conforme explica Capez (2018, p.173) "Para a teoria limitada da culpabilidade, o erro que recai sobre uma situação de fato (discriminante putativa fática) é erro de tipo, enquanto o que incide sobre a existência ou limites de uma causa de justificação é erro de proibição"

A culpabilidade, portanto pode ser definida como, a possibilidade de punir alguém pelo cometimento de um ato ilícito, que este deveria ter consciência que podia agir de modo contrário. Para Mirabete (2019, p.181), culpabilidade refere-se à "reprovabilidade da conduta do agente, que praticou um fato típico e ilícito, quando o direito lhe exigia um comportamento diferente daquele praticado ou não", na mesma esteira ensina Greco, (2019, p.85):

Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente, que nas condições se encontrava, podia agir de outro modo.

Segundo Bitencourt (2012, p.1029) a culpabilidade possui como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade "é a capacidade de culpabilidade, é a aptidão para ser culpável. Culpabilidade é a reprovação da ordem jurídica, em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico, é considerada como juízo de censura".

O agente tem a possibilidade de escolha, pode ou não seguir com o mandamento do ordenamento jurídico. Quanto à potencial consciência da ilicitude do fato o referido autor (2022, p. 1030) prega que "para que uma ação contrária ao Direito possa ser reprovada para o autor, será

necessário que se conheçam ou se possa conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude (antijuridicidade)”.

Contudo, não basta que se conheça o tipo ilícito, é necessário também que seja exigida conduta diversa da praticada. Para Mirabete (2019, p.173), “é também necessário que, nas circunstâncias do fato, seja possível exigir do sujeito um comportamento diverso daquele que tomou ao praticar o fato típico e antijurídico, pois há circunstâncias ou motivos pessoais que tornam inexigível conduta diversa do agente”.

Assim, a exigibilidade de conduta diversa está dentre aquelas situações em que é possível se evitar o fato. A vontade nesse aspecto é muito importante, mas não por si só, é importante também que seja levado em conta a consciência do indivíduo no momento do cometimento da ação, e também a ação por ele praticada e suas consequências.

Uma pessoa capaz que age em legítima defesa por exemplo, é imputável, tem plena consciência da ilicitude do fato, mas não se pode exigir dela uma conduta diferente, já que o direito permite situações em que a pessoa para proteger a si mesmo ou a outro possa agir em desacordo com o tipo penal.

Vale ressaltar que culpabilidade é diferente de periculosidade, esta não é um simples juízo de reprovabilidade e sim uma condição da pessoa. Um ser humano perigoso pode ser capaz e agir pela simples crueldade, ou sofrer influências genéticas que aliadas a fatores exógenos decorrente do ambiente em que vivem, agir de forma cruel e violenta, ou simplesmente pode o sujeito não ter consciência dos seus atos e ainda assim ser perigoso, não só para a sociedade como para ele mesmo.

3.3 A IMPUTABILIDADE, INIMPUTABILIDADE E A SEMI-IMPUTABILIDADE

A imputabilidade faz parte dos elementos da culpabilidade, tal seja, a capacidade de compreensão do cometimento de um ato ilícito. Uma pessoa imputável é aquela que sabe que sua conduta está em desacordo com o ordenamento jurídico, e tem total responsabilidade por seus atos, é portanto uma pessoa responsável penalmente que não sofreu nenhuma intervenção psíquica no momento do cometimento de sua ação, agindo conscientemente, de acordo com a sua vontade, e não acometido de nenhuma circunstância que o faça agir contra sua vontade própria.

Para Santos (2017, p.156-157) a imputabilidade é a capacidade para a culpabilidade, a respeito do assunto explica:

É atributo de indivíduos com níveis mínimos de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica, necessários para compreender a natureza proibida de suas ações e orientar o comportamento conforme essa compreensão. A lei penal brasileira exige idade de 18 anos (art. 27, CP) – um critério cronológico empírico, mas preciso; além disso, pressupõe indivíduo portador de aparelho psíquico livre de defeitos funcionais ou constitucionais, excludentes ou redutores da capacidade de compreender

e de querer (art. 26 e § único, CP) – um critério científico, mas problemático pela controvérsia sobre doença mental.

A imputabilidade no direito penal brasileiro está intimamente ligada à idade, conforme referido acima. Esse critério advém da prática e da experiência de que pessoas com essa idade já têm seu desenvolvimento mental completo, sua capacidade está em pleno gozo de suas funções.

Também é uma questão científica e biológica, uma vez que uma pessoa que tem 18 anos mas sofre de uma grave doença mental que influencia fortemente sua capacidade volitiva não pode ser tida como imputável e sim inimputável. Portanto até que se prove o contrário toda pessoa maior de 18 anos é imputável. Sobre o conceito de Imputabilidade Prado (2021, p.441) a define como:

O conjunto das condições de seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Essa capacidade possui, logo, dois aspectos: cognoscitivo ou intelectual (capacidade de compreender a ilicitude do fato); e volitivo ou de determinação da vontade (atuar conforme essa compreensão). Contrário sensu, o Código Penal define os inimputáveis como aqueles que carecem de capacidade de culpabilidade: quando, por anomalia mental, são incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

Já para Fiorelli e Mangini (2019, p. 113), “a imputabilidade penal implica que a pessoa entenda a ação praticada como algo ilícito, ou seja, contrário a ordem pública e que possa agir de acordo com esse entendimento”.

As pessoas que sofrem com os transtornos de personalidade antissocial ou simplesmente os psicopatas, estão no limbo entre a razão e a loucura, ou seja alguns são totalmente são não perecendo de nenhum transtorno mental que lhes façam perder a capacidade cognitiva de entender o caráter ilícito dos atos que praticam, outros não seu transtorno psicopático vem acompanhado de transtornos mentais mais graves que muitas vezes influenciam na conduta que praticam, assim deve-se aquilatar a intensidade do transtorno para que se possa aferir possibilidade de responsabiliza-los pelos atos cometidos.

A semi-imputabilidade e a inimputabilidade estão previstas no art. 26 do Código Penal:

Art. 26. O agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

[...] § único: [...] o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente

capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O agente é inimputável quando não tem consciência dos seus atos no momento do cometimento da ação em razão de sua doença mental e portanto não pode ser responsabilizado como um criminoso comum devendo-se apenas ser aplicada uma medida de segurança, o agente semi-imputável tem seu entendimento reduzido e embora possa entender o caráter ilícito do fato praticado não consegue agir de maneira diversa por conta de algum distúrbio mental, pode ser aplicada uma pena ou uma medida de segurança não as duas.

Para Mirabete (2019, p.213):

Refere-se a lei em primeiro lugar à “perturbação da saúde mental”, expressão ampla que abrange todas as doenças mentais e outros estados mórbidos. Os psicopatas, por exemplo, são enfermos mentais, com capacidade parcial de entender o caráter ilícito do fato. A personalidade psicopática não se inclui na categoria das moléstias mentais, mas no elenco das perturbações da saúde mental pelas perturbações da conduta, anomalia psíquica que se manifesta em procedimento violento, acarretando sua submissão ao art. 26, parágrafo único.

Portanto, deve se avaliar de inúmeras formas, se o sujeito considerado psicopata é ou não imputável ou semi-imputável, devendo cada caso ser analisado pelo psiquiatra e pelo Juiz para decidir se deverá ser aplicada uma pena ou uma medida de segurança. Assim, quando através da análise pericial feita por especialistas for confirmado que o sujeito delinquente possui a personalidade psicopática, de modo que o psicopata compreende os seus atos, só não pode conter sal impulsividade à prática de delitos.

3.4 DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA E SANÇÕES A SEREM CUMPRIDAS PELOS PSICOPATAS

A Medida de Segurança se trata de uma sanção penal, dirigida para os inimputáveis e também para os semi-imputáveis. Difere-se da pena privativa de liberdade na medida em que esta leva em consideração a culpabilidade do agente enquanto aquela tem como fundamento a periculosidade do agente. Não tem em sua natureza o objetivo de punir e sim de prevenir uma vez que o agente que é submetido a medida de segurança pode vir a delinquir novamente se não for amparado por tratamento específico.

O Código Penal Brasileiro determina em seus artigos 97 e 98 os casos em que devem ser aplicadas as medidas de segurança, o primeiro com relação aos inimputáveis e o segundo com relação aos semi-imputáveis. Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal determinou que a medida de segurança não pode durar tempo maior do que a pena que seria aplicada. Publicada no Informativo nº. 441 do STJ, esta decisão determina que “Com o início do cumprimento da medida de segurança, há a interrupção do prazo prescricional. E o tempo de duração dela, conforme precedente, não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.” (HC 143.315-RS, Rel. Min. Og. Fernandes, julgado em 5/8/2010).

Sobre o que significam as medidas de segurança, Prado (2021, p.742) explica:

Consustanciam-se na reação do ordenamento jurídico diante da periculosidade criminal revelada pelo delinquente após a prática de um delito. O objetivo primeiro da medida de segurança imposta é impedir que a pessoa sobre a qual atue volte a delinquir, a fim de que possa levar uma vida sem conflitos com a sociedade.

Os indivíduos acometidos de psicopatia são sem sombra de dúvidas de alta periculosidade, que devem ser separados dos criminosos comuns, e tratados por médicos durante toda sua vida. Embora a psicopatia não seja considerada uma doença o certo é que no Brasil por não possuir uma política criminal voltada aos psicopatas e não aceitar prisão perpétua nem pena de morte, a medida de segurança é muitas vezes aplicada a essas pessoas, uma vez que é a alternativa para separar os psicopatas dos presos comuns, como também para que estes sejam acompanhados por especialistas, para que enquanto não estiverem aptos a voltar ao convívio social, os psiquiatras forenses fiquem informando através de seus laudos e os mantendo longe do convívio social o mais tempo possível.

No direito brasileiro existem dois tipos de sanções penais, as penas e as medidas de segurança. França, (2021, p. 12), aduz que

Antes, no advento do sistema duplo-binário, consideravam-se as personalidades psicopáticas apenas como inimputáveis, impondo primeiro a pena e depois o tratamento em casa de custódia. Esta cumulação da pena e medida de segurança, entretanto, apresentou iniquidade e disfuncionalidade.

Hoje o sistema penal adota o sistema Vicariante em que não poderá mais ser aplicado a pena e a medida de segurança cumulativamente aos semi-imputáveis, devendo o juiz optar por uma delas. Assim em casos de alta periculosidade pode o juiz optar pela medida de segurança, objetivando submeter o delinquente a um tratamento psiquiátrico.

De acordo com o artigo 32, do Código Penal Brasileiro as penas podem ser, privativas de liberdade, restritivas de direito e multa, dado aos crimes cometidos pelos psicopatas em sua grande maioria serem violentos e com grandes prejuízos para as vítimas, sejam físicos, ou patrimoniais, atemo-nos as penas privativas de liberdade. O artigo 33 do Código Penal Brasileiro elenca as penas privativas de liberdade, essas podem ser de reclusão e detenção, as penas de reclusão podem ser cumpridas em regime aberto, fechado e semiaberto, de acordo com a condenação e o crime cometido pelo delinquente.

A pena privativa de liberdade desde os primórdios da humanidade tem sido utilizada pelo Estado como forma de punir o infrator da lei, retribuindo a este o mal que ele causou a sociedade. Posteriormente a aplicação das penas passou a ter não só um caráter de punição mas também

como forma de ressocializar o delinquente, com o objetivo de reeducá-lo e inseri-lo novamente na sociedade (MOLINA, 2020).

Bittencourt (2012, p.1291) ao mencionar que “grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão se refere à impossibilidade – absoluta ou relativa – se obter algum feito positivo sobre o apenado”. Devido a precariedade do sistema penitenciário brasileiro o efeito negativo se sobrepõe ao efeito positivo da ressocialização da pena.

Com relação ao psicopata como foi visto a pena privativa de liberdade não cumpre sua função ressocializadora, França (2021, p. online): “há até quem os considere penalmente responsáveis, o que reputamos como um absurdo, pois o tratamento repressivo e punitivo a esses indivíduos revelar-se-ia nocivo, em virtude de convivência maléfica para sua ressocialização”.

Trindade (2019, p.150) ao aduzir que “os psicopatas iniciam a vida criminosa em idade precoce, são os mais indisciplinados no sistema prisional, apresentam resposta insuficiente nos programas de reabilitação, e possuem os mais elevados índices de reincidência criminal”. Por conta do exposto, não resta dúvida ser a medida de segurança a sanção mais adequada a ser aplicada aos psicopatas, pois ao ser analisado pelo perito é impossível que este forneça um laudo a respeito da sua ressocialização devendo os psicopatas serem tratados para o resto da vida, com o objetivo de proteger a sociedade desses seres humanos vestidos de monstros.

4 CONCLUSÃO

A criminologia é a ciência que estuda o crime, o criminoso, a criminalidade social, a vítima e a conduta criminosa, a forma como prevenir crimes e igualmente, uma forma de como ressocializar o criminoso. A psiquiatria forense, auxiliando a justiça com seus pareceres, baseando-se no estado mental do indivíduo e determinando qual a sanção adequada. E a medicina legal utilizando-se da técnica da medicina para a descoberta de fatos de relevância jurídica. Desta forma, conclui-se, que os avanços tecnológicos e científicos acerca do Direito Penal são de extrema importância para o equilíbrio social, o controle da criminalidade e as diversas formas de preveni-la.

Percebe-se a fragilidade do Sistema penal e prisional Brasileiro com relação aos psicopatas, não existe uma lei específica de punição para as pessoas consideradas com o Transtorno de Personalidade Antissocial, e as sanções a que são submetidos na maioria das vezes se tornam ineficazes contra seu instinto criminal, restando as medidas de segurança uma vez que no Brasil, como já foi dito em outro ponto desse trabalho, não é permitido pena de morte nem prisão perpétua.

A implementação de exames para auferir a psicopatia nos criminosos brasileiros ainda caminha a passos lentos em nosso país, ainda está sendo testada e não foi implementada no sistema penal brasileiro como uma forma legal de aferir o grau de psicopatia dos delinquentes. Por conta disso não há ainda como separar os psicopatas dos criminosos comuns, uma vez que a maioria deles ainda são considerados imputáveis, e não semi-imputáveis como deveria ser.

REFERÊNCIAS

BENAVENTE, Renata. **Delinquência juvenil: da disfunção social à psicopatologia**. Aná. Psicológica. Lisboa, v. 20, n. 4, nov. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018 V.1.

CASOY, Ilana. **Assassino Em Série - Made in Brazil**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2019.

CORDEIRO, J. C. Dias. **Psiquiatria forense : a pessoa como sujeito ético em medicina e em direito**. Editora: Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2021.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 27 nov. 2022.

CROCE, DELTON; CROCE JUNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIORELLI, José Osmir ;MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2021.

FRUTUOSO, Suzane. **Psicopatas - Eles estão entre nós**. Istoé, São Paulo, V. 31, n. 2034, p.80-84, out. 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

HARE, Robert D. **Psicopatia: teoria e pesquisa**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e científicos, 2013.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso Básico de Medicina Legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARTINS, Juliana Nogueira Galvão. **Tipicidade: Conceito e classificação**. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF, 13 dez. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2019.

MOLINA, Antônio García Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2020.

MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e assassinos em série**. Rev. Bras. Psiquiatr. São Paulo, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: RT, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. V. 1.

ROSA FILHO, Gastão da. **Crime passional e o Tribunal do júri**. Florianópolis: Hábitos, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Conceito, 2017.

TRINDADE, Jorge. **Psicopatia - A máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

OS CRIMES CONTRA A HONRA NO AMBIENTE VIRTUAL E O ANONIMATO

ANDERTON MATHEUS AQUINO DOS SANTOS:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário de
Ensino Fаметro

RESUMO: O presente artigo é um estudo sobre os crimes contra a honra no ambiente virtual e o anonimato. Tendo em vista que o tema é de grande relevância, na qual está presente no nosso cotidiano, não recebe o devido tratamento jurídico-doutrinário. Inicialmente, a pesquisa aborda o princípio da dignidade da pessoa humana como forma de conscientização no combate aos crimes contra a honra, demonstrando sua importância e a necessidade de defender esse bem jurídico. Quanto aos crimes, a pesquisa objetiva conceituar e classificar esses crimes no contexto do mundo virtual, bem como analisar a questão do anonimato, bem como sua abrangência e as dificuldades em que a atividade policial esbarra ao atuar nos aspectos e características dos crimes virtuais. Por fim, a pesquisa tratou dos aspectos legais dos delitos eletrônicos, fazendo menção à Lei 12.737/12, à Lei do Marco Civil da Internet (Lei Nº 12.965/2014) e suas aplicações em meio às investigações. Em seguida, tratou-se da aplicação jurisprudencial, ressaltando a dificuldade de se comprovar a materialidade e a autoria dos crimes no mundo virtual. A pesquisa utiliza-se do método hipotético-dedutivo, sendo realizada por meio de pesquisas bibliográficas, de matérias e artigos já publicados, bem como livros, doutrina e dissertações pela internet.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes virtuais. Anonimato. Calúnia. Injúria. Difamação.

ABSTRACT: This article is a study on crimes against honor in the virtual environment and anonymity. Considering that the theme is one of great conversion, in which it is present in our daily lives, it does not receive due legal and doctrinal treatment. Initially, the research addresses the principle of human dignity as a form of awareness in the fight against crimes against honor, demonstrating its importance and the need to defend this legal asset. As for crimes, the research aims to conceptualize and classify these crimes in the context of the virtual world, as well as to analyze the issue of anonymity, as well as its scope and the difficulties that police activity encounters when acting on the aspects and characteristics of virtual crimes. Finally, the research dealt with the legal aspects of electronic crimes, citing among the issues Law 12,737/12, the Civil Rights Framework for the Internet (Law 12,965/2014) and its applications. Then, the jurisprudential application was discussed, highlighting the difficulty of proving the materiality and authorship of crimes in the virtual world. The research uses the hypothetical-deductive method, being carried out through bibliographical research, published articles and articles, as well as books, doctrine and dissertations on the internet.

KEYWORDS: Virtual crimes. Anonymity. Slander. Injury. 's Defamation.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O princípio da dignidade da pessoa humana na CF/88. 3. Conceito e classificação dos crimes contra a honra 3.1 Os crimes virtuais. 3.2 A legislação acerca dos crimes virtuais 4. A questão do anonimato 5. Aplicação jurisprudencial 6. Conclusão - 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia nas últimas décadas, o uso da internet têm se tornado cada vez mais um item básico de necessidade no cotidiano da sociedade, ocasionando alterações expressivas na forma de interação interpessoal, trazendo em seu bojo não somente seus benefícios (acesso à informação rápida, vídeos em tempo real, redes sociais) como também situações em que o usuário, ao navegar pela internet, tem a sua dignidade, por exemplo, exposta ao ridículo no mundo virtual. A partir disso, esta pesquisa tratará sobre os crimes praticados diante desse contexto, mais precisamente no âmbito do anonimato.

Nessa perspectiva, ocorre que, ao mesmo tempo que esse novo meio de comunicação melhorou e simplificou a vida das pessoas, atrelado à mudança de vida, acarretou uma série de novas práticas ilícitas através pela rede: os chamados crimes virtuais. Sendo assim, levando em consideração que esses delitos evoluem conforme os avanços tecnológicos, a opção pelo anonimato no mundo virtual por parte dos infratores surge como um fator negativo na atividade policial, isto porque exige uma maior preparação no combate destas condutas delituosas, na qual são praticadas com muita frequência, devido à rapidez dos dados e informações, ocasionando a necessidade de ferramentas que possam coibir as condutas.

Vale salientar que o anonimato é vedado constitucionalmente, sendo livre a manifestação de pensamento, conforme estabelece o art. 5º, IV da CF/88, porém no ambiente virtual há a sensação de que exista certa garantia de privacidade, isto porque a atividade policial, por exemplo, esbarra em dificuldades encontradas ao provar materialidades dos fatos.

Diante disso, a problemática desse artigo buscou analisar os crimes praticados no mundo virtual, bem como as dificuldades encontradas pela atividade policial nessas ocorrências e principalmente, possíveis soluções para combater esses delitos.

Como objetivo específico da pesquisa, a busca em conceituar os crimes contra a honra no ambiente virtual, as suas caracterizações no contexto do anonimato, analisando seu contexto histórico e a tipificação pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, almejando atingir o objetivo deste trabalho, utiliza-se o método hipotético-dedutivo. A pesquisa será realizada por meio de pesquisas bibliográficas, de matérias e artigos já publicados, bem como livros, doutrinas e dissertações pela internet.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CF/88

Inicialmente faz-se necessário entender os princípios que são relacionados ao direito à honra na Constituição Federal. Dentre eles, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos principais quando diz-se respeito à temática. Tal princípio refere-se à garantia das necessidades vitais de cada indivíduo, na qual é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art 1º, III da Constituição Federal, sendo fundamento basilar da República.

A dignidade humana, de forma geral, levou bastante tempo para ser objeto de reconhecimento, embora o direito constitucional brasileiro, em oposição à maioria absoluta dos

demais países, tenha inserido a dignidade de forma precoce no texto constitucional. Na Carta Magna de 1988, a dignidade humana foi inserida no primeiro Título do texto constitucional, no artigo primeiro, inciso III. Vale lembrar que a primeira aparição em um texto constitucional se deu em 1934. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

É preciso destacar que a dignidade humana não é um princípio constitucional fundamental, embora parte da doutrina defenda e tente assim enquadrá-la como tal. Este é o entendimento de Silva (1998, p. 91). Vejamos:

Apenas convém esclarecer que não se trata de um princípio constitucional fundamental. E fazemos esse esclarecimento, porque, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a doutrina passou a tentar enquadrar tudo nesse conceito, sem atinar que ele é um conceito que se refere apenas à estruturação do ordenamento constitucional, portanto mais limitado do que os princípios constitucionais gerais, que envolvem toda a ordenação jurídica.

A respeito disso, ao postular que esta dignidade é anterior ao próprio direito organizado, tendo em vista que a honra sempre foi a razão de estima. Logo, vejamos:

“A dignidade humana pode ser descrita como um fenômeno cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado. De forma bastante geral, trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica” (BARCELLOS, 2019. p.108)

Na mesma perspectiva, Alexandre de Moares, ao definir a dignidade, complementa:

“Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na auto determinação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade” (MORAES, 2017. p.23).

Logo, a dignidade humana representa um atributo, uma característica essencial do ser humano, superior a qualquer preço, sendo confundida com a própria natureza humana. É importante ressaltar que a dignidade humana não foi criada pela Constituição, pois ela é preexistente e provém da própria natureza humana. A Constituição simplesmente reconheceu a sua existência, transformando-a em um valor supremo do ordenamento jurídico.

3. Conceito e classificação dos crimes contra a honra

Honra são qualidades morais, intelectuais e físicas de um indivíduo, atributos estes que o tornam digno de respeito, um apreço na vida social e que contribuem de certa forma para o seu bem estar, para sua auto-estima. Podemos ressaltar ainda a real necessidade da tutela da honra no diploma penal, pois a mesma é construída ao longo de toda uma vida e por sua natureza leve, pode ruir violentamente.

Inicialmente, devemos destacar que a doutrina costuma definir a honra como subjetiva e objetiva. Sendo assim, podemos caracterizar a honra subjetiva como sendo aquela que o próprio indivíduo atribui a si, sendo esta uma auto-atribuição de valores.

De outro modo, podemos definir a honra objetiva como sendo os atributos que o grupo social tem a respeito de cada indivíduo, isto é, basicamente, o que os outros pensam de nós.

A respeito disso, Rogério Greco correlaciona, de forma incisiva sobre o tema:

“Embora possamos identificá-los (os conceitos de honra subjetiva e objetiva), levando em consideração a relação de precipuidade, ou seja, onde a honra subjetiva, precipuamente, afeta o conceito que o agente faz de si mesmo, e a honra objetiva, também precipuamente, atinge a reputação do agente em seu meio social, não podemos considerá-las de forma estanque, completamente compartimentadas... Dessa forma, somente podemos considerar a distinção entre honra objetiva e honra subjetiva para identificar a classificação da figura típica, bem como para poder apontar, com mais segurança, o momento e consumação da infração penal pretendida pelo agente. (GRECO, Rogério, Direito Penal – Parte Especial, p. 397).”

Assim, há três crimes contra a honra previstos pelo Código Penal: calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140). Os delitos têm significação própria e não se confundem, ou seja, cada um possui suas características diferenciadas pela legislação.

É importante ressaltar que as três infrações penais arroladas pelo Código Penal têm natureza subsidiária ou residual. Desta forma, não serão aplicados, caso haja subsunção do fato aos tipos previstos em leis especiais, por força do princípio da especialidade.

Cada um desses delitos tem definição própria, e além da previsão legal no Código Penal, alguns outros diplomas legais também elencam estes tipos, a citar (Código eleitoral, Código Militar, Lei de Segurança nacional), assim, a lei penal será aplicada nos casos em que não couberem as medidas previstas em casos especiais.

Convém ressaltar também que, ao fim, que a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) também possuía previsão de crimes especiais contra a honra. No entanto, o diploma não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, conforme restou decidido no julgamento da ADPF 130 (Plenário, rel. Min. Carlos Britto, j. 30.04.2009).

O Código Penal resguardou no Capítulo V, do Título I da Parte Especial os crimes contra a honra, especificando-os como calúnia, difamação e injúria.

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

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

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

Nesse sentido, a calúnia pode ser descrita como imputação falsa de um fato criminoso a alguém, necessita de dolo específico, determinando a imputação de um fato, que deve ser qualificado como crime e que a imputação seja falsa. Damásio de Jesus (2007, p. 219) descreve que a calúnia se configura em:

“Constitui crime formal, porque a definição legal descreve o comportamento e o resultado visado pelo sujeito, mas não exige sua produção para que exista crime, não é necessário que o sujeito consiga obter o resultado visado, que é o dano a honra objetiva do agente.”

Segundo Rogério Greco, a conduta do delito de difamação é “dirigido finalisticamente a divulgar fatos que atingirão a honra objetiva das vítimas, maculando-lhe a reputação” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume II. 9. Ed. Niterói: Editora Impetus, 2012. p. 433).

Quanto a injúria, esta ocorre da ofensa a dignidade de alguém que macule a própria honra subjetiva, não importando se a imagem do indivíduo seja violada na sociedade.

A tipificação dessas condutas é deveras importante por a dignidade de cada indivíduo depender do que os outros pensam a seu respeito, como demonstra o filósofo Botton (2004, p. 18):

Em um mundo ideal, seríamos mais impermeáveis. Não nos abalaríamos sempre que fôssemos ignorados ou notados, elogiados ou zombados. Se alguém nos elogiasse enganosamente, não nos deixaríamos seduzir sem razão. E, se fizéssemos uma auto avaliação justa de nós e nos convencêssemos de nosso valor, não nos deixaríamos magoar se outra pessoa sugerisse nossa irrelevância. Conheceríamos nosso valor. Em vez disso, parecemos carregar uma gama de visões divergentes quanto ao nosso caráter. Temos provas de inteligência e estupidez, humor e obtusidade, importância e superfluidade. E, nessas condições inconstantes, a atitude da sociedade passa a estabelecer o quanto somos importantes.

3.1 Crimes virtuais

Primeiramente, conceituar esses crimes será de enorme importância para entender o contexto da temática. Crimes cibernéticos, ou simplesmente crimes virtuais, são os crimes cometidos via computadores com rede de internet utilizando computadores públicos ou privados e não só o de uso próprio. Existem várias formas de crimes virtuais cometidos pelos infratores virtuais que varia de acordo com o seu respectivo pensamento, podendo atingir uma pessoa ou um grupo de pessoas.

O crime na internet, ou cibercrime, nada mais é do que uma conduta ilegal realizada por meio do uso do computador e da internet (ROSA, 2002, p.53-57).

O crime cibernético pode ser dividido em três classificações, nas palavras de Neto e Guimarães:

- 1- Crime Virtual Puro: "O crime virtual puro seria toda e qualquer conduta ilícita que tenha por objetivo exclusivo o sistema de computador, pelo atentado físico ou técnico ao equipamento e seus componentes, inclusive dados e sistemas."
- 2- Crime Virtual Misto: "Crime virtual misto seria aquele em que o uso da internet é condição sine qua non para a efetivação da conduta [...]".
- 3- Crime Virtual Comum: "Crime virtual comum seria utilizar a internet apenas como instrumento para a realização de um delito já tipificado pela lei penal." (NETO, GUIMARÃES, 2003, p.69).

3.2 A legislação acerca dos crimes virtuais

Os crimes cibernéticos são relativamente novos no meio jurídico, e dessa forma, ainda estamos aprendendo a lidar com tais crimes e com o uso da tecnologia para realizá-los. A dificuldade em lidar com estes crimes se faz pela agilidade com que eles acontecem, podendo não deixar rastros de onde ou quem os realizou.

Pois, assim como sabemos, qualquer pessoa pode se conectar em qualquer lugar e com qualquer pessoa do mundo, e manter sua identidade oculta. No caso da temática em questão, a prática destes crimes é algo novo, a legislação e jurisprudência atualizou-se em pouco tempo e necessita de regulamentação em seus procedimentos.

Dito isso, no Código Penal brasileiro, originalmente não havia artigos que cuidassem dos crimes que se realizam no meio digital, muito por contada época (1940). Foi somente em 30 de novembro de 2012, com a edição da Lei Nº 12.737, que o Código Penal foi alterado, sendo acrescentado os artigos 154-A, 154-B, 266 e 298 para punição dos crimes cometidos no âmbito da internet.

Sua regulamentação veio, inicialmente, com a Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/2012) e com o passar dos anos foram criadas novas leis para auxiliar e complementar a lei já existente. Essa lei de 2012 foi sancionada pela então Presidente da República, Dilma Rousseff, depois de algumas fotos íntimas da atriz terem vazado por conta de uma invasão em seu computador pessoal.

No Brasil, atualmente, temos algumas leis que condenam a prática de crimes cibernéticos. No contexto da temática em questão, podemos citar a lei 12.735/2012, aprovada em 2012, na qual tipifica infrações envolvendo o uso de sistemas eletrônicos para o comprometimento e interceptação de dados em redes. Essa lei também é responsável por instituir a formação das delegacias especializadas em crimes cibernéticos.

Por conta desses ataques, foram lançadas leis contra esses crimes e alguma delas são como a Lei Nº 12.737/2012, que foi acrescentada ao Código Penal e passou a tipificar delitos especificamente virtuais. Já a Lei Nº 12.735/2012, isto é, um pouco anterior, foca nas condutas por meio de sistemas eletrônicos e/ou digitais, ou seja, praticadas contra sistemas informatizados.

Atualmente o chamado Marco Civil da Internet, criado em de 2014 (Lei Nº 12.965/2014), estipula e regula direitos e deveres dos internautas, com a intenção de proteger informações pessoais e dados privados dos usuários. Com isso, ainda temos um vasto caminho a percorrer até o problema de os cibercrimes serem totalmente controlados.

4. A questão do anonimato

Inicialmente, é necessário esclarecer e conceituar o que vem a ser o anonimato, também entendido como um hábito praticado entre aqueles que não querem ser identificados, encontrados. Ocorre quando não possui nome, nem assinatura, ocultando quem transmite a informação. Convém ressaltar, no entanto, que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, IV, veda expressamente o anonimato. Além da Constituição, o anonimato é vedado através de diversas outras normas, como aquelas contidas nos artigos 144 da Lei 8.112/90; art. 14 da Lei 8.429/92 e art. 6º da Lei 9.784/99, as quais determinam qualificação no processo. Ainda em análise da norma constitucional, assinala-se que numa sociedade democrática de direito, a liberdade de expressão gera também um dever de responsabilidade com relação à manifestação emitida, na medida em que esta fere os direitos fundamentais de terceiros.

Por outro lado, tal vedação constitucional não implica dizer que a Carta Magna considere a ideia do anonimato negativa. Há situações em que o anonimato é fundamental para a preservação da ordem democrática, como no caso de sigilo da fonte jornalística ou mesmo em mecanismos de denúncias anônimas com o objetivo de combate ao crime e garantia de direitos. Vai além, o anonimato é forma legítima do exercício da liberdade de expressão e comunicação. Questiona-se, porém, a legitimidade da relativização da prática do hábito de não se identificar.

O ambiente virtual, por proporcionar uma sensação de liberdade plena na sua área, possibilita o anonimato e oferecendo um mundo sem fronteiras, acarreta na prática de inúmeros

delitos, muitas vezes complexos e que exigem solução rápida e especializada, isto porque o aumento desses crimes é diretamente proporcional aos avanços tecnológicos.

No contexto dos crimes contra a honra, as condutas praticadas no ciberespaço são consideradas as mais corriqueiras. Os criminosos são motivados pelo anonimato e os crimes podem ocorrer em chats, blogs, pelo envio de spams, através de publicações em homepages, entre outros meios de postagens virtuais, na qual são facilmente veiculadas atualmente, principalmente com o auge das redes sociais. Vale ressaltar que esses crimes devem contar com a agravante no inciso III do art. 41, do Código Penal, pela facilidade de divulgação e propagação que a internet proporciona.

5. Aplicação jurisprudencial

É notório constatar que um dos maiores desafios dos crimes cibernéticos é identificar provas de sua prática. Diante disso, especialistas do setor explicam que a maior objeção é a ausência de obrigação dos servidores em armazenarem os dados de seus usuários. Logo, quando a questão é colocada dessa forma, o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região em sede de julgamento de Habeas Corpus impetrado, demonstra a total complexidade das investigações para que se chegue a razoável indício de autoria do crime eletrônico.

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CRIMES CIBERNÉTICOS. COMPLEXIDADE DAS INVESTIGAÇÕES. INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. PERICULOSIDADE DOS AGENTES E GRAU INTENSO DE CULPABILIDADE DAS CONDUTAS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA E DA GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL QUE AUTORIZAM A MANTENÇA DAS PRISÕES CAUTELARES. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

-Trata-se de investigação complexa sobre organização criminosa voltada à prática de crimes cibernéticos, tendo por vítimas instituições financeiras de renome, além dos particulares correntistas, formada por vários componentes, cuja atuação fez-se em vários estados da federação. - Após a realização de escutas telefônicas, quebras de sigilo bancário e fiscal, apreensão de diversos bens e prisão de vários investigados, dentre estes os pacientes, chegou-se a indícios razoáveis de materialidade e autoria delitiva, aptos a fundamentarem as prisões cautelares, diante da necessidade de garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e por conveniência da instrução probatória. - Ademais, não se verifica no caso em tela excesso de prazo, tampouco ausência de fundamentação da decisão que cuidou de decretar as prisões preventivas, mas, ao contrário, acumulam-se nos autos os requisitos para suas manutenções. - Denegação da ordem liberatória.

(TRF-5 –Primeira Turma -Habeas Corpus HC 2376 PB 0008133-45.2006.4.05.0000)

A partir deste julgado, resta clara a dificuldade de se chegar a indícios razoáveis da prova da autoria, isto é, identificar o autor do delito cibernético, cujo elemento é determinante para a configuração da justa causa. Foi preciso a realização de escutas telefônicas, quebras de sigilo bancário e fiscal, apreensão de diversos bens e prisão de vários investigados. Apesar da vedação expressa do anonimato pela Constituição da República Federativa do Brasil, inexistente lei que determine alguma identidade digital obrigatória.

Com base neste julgamento, resta claro que o fator determinante para estabelecer justa causa é a dificuldade de obtenção de provas aceitáveis de autoria, ou seja, para identificar o autor do cibercrime. Foi necessário exigir escutas telefônicas, quebra de sigilo bancário e fiscal, apreensão de diversos bens e prisão de diversos sujeitos. Apesar da proibição expressa do anonimato na Constituição da República Federativa do Brasil, nenhuma lei exige a obrigatoriedade da identidade digital.

6. CONCLUSÃO

Através do presente estudo, foi contextualizado que diante de todo o desenvolvimento e avanço da tecnologia, surgiram os primeiros delitos cometidos no âmbito virtual. Com isso, os estudiosos da área passaram a definir, conceituar, bem como classificar os crimes virtuais.

Com isso, houve a necessidade de regulamentar a legislação, possibilitando assim a prevenir os crimes a serem cometidos na internet. Com a edição da Lei nº 12.737/2012, popularmente conhecida como Carolina Dieckmann, foi possível avaliar até onde o anonimato pode alcançar, tendo em vista seu caráter ambíguo e sua vedação constitucional.

Feitas essas considerações, cabe destacar que o problema reside no conflito entre a garantia constitucional e civil da privacidade e a proteção dos interesses penais. Com base nisso, estamos tentando descobrir a possibilidade de criar mecanismos para controlar a disseminação do cibercrime.

Ocorre que, quando a garantia mitigada do anonimato frente aos crimes eletrônicos se conjuga à carência de suporte técnico jurídico do Poder Legislativo na redação dos dispositivos que deram origem à Lei nº 12.737/2012, o trabalho compreendido pelo Poder Judiciário é bastante prejudicado, inexistente. Conseqüentemente, grande parte daqueles que invadem qualquer dispositivo de informática, acabam sendo indiciados pelo que é disposto no artigo 154-A do Código Penal, deixando de ser punida.

Embora pela primeira vez no Brasil a invasão de equipamentos de informática ter sido tipificada na legislação, incluindo também o delito de interrupção de serviços informáticos de utilidade pública, vale ressaltar que as normas penais que tratam dos crimes cibernéticos é falha, como mostra este estudo, embora sua origem tenha sido um grande avanço no combate contra o cibercrime.

Portanto, é importante entender que o problema não está na norma, isto porque foi criada com intuito de auxiliar as autoridades na repressão dos crimes, mas sim na complexidade do crime e na velocidade com que se propaga ao longo do tempo. A velocidade que a lei absolutamente não segue. Assim, desvirtua a criação de eventual lei especial ou norma penal que venha a confrontar.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.735, de 30 de Novembro de 2012. Lei altera o Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.** Acesso em 01 de agosto de 2022

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014. Código Penal.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Acesso em: 08 agosto de 2022

CHAVES, A. R. C; MARQUES, S. M. S; MARQUES, S. S. **A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988: Princípio, fundamento e valor supremo.** São Paulo. Disponível em : https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_a_dignidade_da_pessoa_humana_na_constituicao_de_1988_principio_fundamento_e_valor_supremo.pdf. Acesso em: 01 de setembro de 2022.

FURLANETO NETO, M.; GUIMARÃES, J. **Crimes na Internet: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional.** Revista CEJ, América do Norte, 720 03 2003.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal.** – Parte Especial – Volume II. 9. Ed. Niterói: Editora Impetus, 2012. p. 433. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/>. Acesso em: 31 de julho de 2022.

MASSON, R. C. **Crimes Contra a honra.** Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_dos_crimes_virtuais_-_ambito_0.pdf. Acesso em 01 de setembro de 2022.

PEREIRA, A. R. **O princípio da dignidade da pessoa humana no Ordenamento Jurídico.** Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 07 de setembro de 2022.

SARLET, W. Ingo; MARINONI, L. G; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2015. São Paulo. Editora Saraiva. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2015;0_01042689 Acesso em: 16 de agosto de 2022.

SIEPIERSKI, L. Ana. **Crimes cibernéticos: a possibilidade de relativização do anonimato.** Região./- Recife: O Autor, 2016. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/academico/article/view/2204/1634>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

SOARES. B. S. SAMUEL. **Os Crimes contra a honra nas perspectiva do ambiente virtual.** Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_dos_crimes_virtuais_-_ambito_0.pdf. Acesso em 02 de agosto de 2022.

UMA ANÁLISE DO IMPACTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOBRE A MULHER QUE EXERCE TRABALHO HOME OFFICE

ALINE LARRISA GODINHO SOUSA:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade retratar a intensidade e os riscos contínuos provocados pela violência doméstica, evidenciando os atos praticados contra a mulher, frente às formas destrutivas das relações familiares em tempos de pandemia, trazendo um olhar mais crítico no tocante às leis de proteção. A violência contra a mulher é um fato social cada vez mais presente em nosso cotidiano, causando inúmeros malefícios às mulheres, principalmente físicos e psicológicos. Todos os anos, milhares de mulheres são agredidas no Brasil, muitas das quais acabam morrendo. Este artigo tem como objetivo analisar os parâmetros da visão das mulheres a respeito das diversas consequências provocadas pelo isolamento social obrigatório no decorrer da pandemia, a obrigatoriedade de trabalhar de casa em contexto de isolamento social. O método utilizado foi um estudo bibliográfico de livros e diversos artigos sobre o tema da violência contra a mulher durante a pandemia, diante da pesquisa, podem ser considerados os seguintes pontos: (1) O aumento significativo de casos se deve à pandemia de COVID-19 e a imagem da mulher e sua vulnerabilidade, (2) o “novo” sistema de trabalho que várias empresas e funcionários tiveram que adotar para não fecharem suas portas, (3) A Lei Maria da Penha garante proteção legal específica para a mulher e coíbe a violência doméstica por meio de medidas de prevenção e repressão.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Contra Mulher. Pandemia. Home Office.

ABSTRACT: This article aims to portray the intensity and continuous risks caused by domestic violence, highlighting the acts performed against women, in the face of the destructive forms of family relationships in times of pandemic, bringing a more critical look at the protection laws. Violence against women is a social fact that is increasingly present in our daily lives, causing numerous harm to women, mainly physical and psychological. Every year, thousands of women are assaulted in Brazil, many of whom end up dying. This article aims to analyze the parameters of women's vision regarding the various consequences caused by mandatory social isolation during the pandemic, the obligation to work from home in the context of social isolation. The method used was a bibliographic study of books and several articles on the topic of violence against women during the pandemic, in view of the research, the following points can be considered: (1) The significant increase in cases is due to the COVID-19 pandemic 19 and the image of women and their vulnerability, (2) the “new” work system that several companies and employees had to adopt in order not to close their doors, (3) The Maria da Penha Law guarantees specific legal protection for women and curbs domestic violence through prevention and repression measures.

KEYWORDS: Violence Against Women. Pandemic. Home Office.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo reveste-se de relevância social e acadêmica, tendo em vista a violência doméstica sofrida por mulheres que foram obrigadas a ficar em isolamento em âmbito familiar, as mulheres são o principal foco deste tema, onde aborda a fragilidade mediante as circunstâncias impostas em todo o cenário, a sociedade trazendo o princípio de anos atras, onde a mulher tem que ser submissa/frágil e ligeiramente obediente a seu parceiro (ou seja, aguentar diversos abusos calada).

A pesquisa pretende apresentar questões sociais vividas mediante a pandemia, mostrar que, contudo, essas questões (o isolamento social) vieram fazer agravar situações que já estavam presentes no convívio do indivíduo, onde sair de casa muitas vezes era um alívio. A objeção primordial do tema, será apontar a relevância desta problemática e realizar apontamentos das possíveis hipóteses de solução.

O estágio atual dos conhecimentos abordada a lei 11.340 de 2006, criada com o propósito de proteção, amparo e oferta de segurança às vítimas de violência doméstica, e resguardo das mulheres que resistem a várias formas de agressão.

2 A MULHER E O TELETRABALHO/TRABALHO EM HOME OFFICE EM TEMPOS DE PANDEMIA

A pandemia do COVID-19 trouxe um novo cenário mundial com algumas mudanças em diversas áreas da vida humana que interferem diretamente no desenvolvimento de suas relações sociais. No campo profissional, a principal medida identificada para a nova situação de incômodo do vírus é o distanciamento social. O Governo Federal editou a Medida Provisória nº 927/2020 (até 20/07/2020) para ampliar e adequar as possibilidades de trabalho remoto, como por exemplo do teletrabalho/home office. Com essa nova perspectiva, os empregadores podem optar por mudar o ambiente de trabalho de seus funcionários para um modelo remoto, independentemente de conversas ou negociações. Naquele cenário o trabalho remoto se tornou uma necessidade de saúde e uma solução muito popular para muitos, devido à sua conveniência e economia, porém, também traz alguns pontos negativos, como a eliminação de direitos trabalhistas e as consequências para a saúde de alguns trabalhadores. Com o impacto diretamente nas mulheres que precisam trabalhar remotamente para se organizar entre trabalho, cuidados com a casa e a família.

2.1 Conceito e requisitos de Teletrabalho

De acordo com art. 75-B da CLT, podemos descrever o teletrabalho como “a prestação de serviços principalmente fora das dependências do empregador, utilizando tecnologia da informação e comunicação, que, por sua própria natureza, não envolve trabalho externo”. Dessa forma, empregos estrangeiros, como comerciantes, motoristas, por exemplo, que não tenham um ambiente de trabalho específico, não serão considerados teletrabalho.

Os Teletrabalhadores têm os direitos semelhantes aos de um empregado regular, incluindo contrato legal, férias, 13º salário e depósitos do FGTS.

A modalidade de teletrabalho deve criar um contrato individual de trabalho, especificando as funções a serem desempenhadas pelo empregado. Em uma emergência, como a epidemia de

COVID-19, o trabalho de longo prazo pode ser uma alternativa à solução de longo prazo, desde que atendidos os limites estabelecidos pela lei trabalhista e pelo contrato de trabalho. Enquanto um funcionário trabalha em casa, a área em que o serviço é prestado é sempre corporativa.

Nesse tipo de trabalho, os empregados sob essa regra e as isenções de jornada, entretanto, diferem do horário de trabalho, previsto no artigo 62 da CLT, que trata disso pela dificuldade de gerenciamento das viagens, sem direito ao pagamento de horas extras, turnos noturnos, etc. Nesse entendimento, o TST (Tribunal Superior do Trabalho) afirmou que se houver uma forma de controlar o empregador na viagem, é possível reconhecer esses acréscimos.

2.1.1 Qual a diferença de Home Office para o Teletrabalho?

Segundo Leonardo Barros (2021), "A principal diferença entre o teletrabalho e o trabalho home office é que o primeiro é legal e, portanto, tem regras próprias, enquanto o segundo segue as mesmas regras do trabalho presencial". Assim podemos dizer, embora ambos têm as mesmas propriedades, mas não são a mesma coisa.

O home office é como uma extensão da empresa em casa é uma situação pontual e não permanente, os locais de trabalho podem variar, e é necessário acompanhar a jornada de trabalho como na empresa. Para o home office, a legislação não é diferente do trabalho presencial, as empresas devem oferecer o mesmo ambiente de trabalho que dentro da empresa e, diferentemente do teletrabalho, não é necessária a alteração do contrato para a prestação dos serviços. À medida que aprendemos sobre o trabalho home office e o trabalho remoto, vale a pena analisar como essas modalidades estão impactando as jornadas das mulheres durante a pandemia.

2.1.2 Os impactos da crise provocada pela pandemia na dupla jornada das mulheres

Diversas trabalhadoras foram obrigadas a se adaptar à nova realidade mediante a pandemia, executando multitarefas durante o dia, necessitando conciliar os afazeres domésticos e os trabalhos da empresa, e assim se sobrecarregando e enfrentando grandes impasses entre manter a concentração nas atividades do trabalho home Office ou teletrabalho e as interrupções do ambiente familiar.

Segundo Érica Aragão, diretora do Sindicato dos Jornalistas de São Paulo (SJSP) para o artigo "Pandemia, home office e a proteção do trabalho da mulher" (2021), as mulheres trabalhadoras sofreram um grande impacto negativo na crise provocada pela pandemia, "muitas foram demitidas, tiveram seus salários reduzidos ou precisaram pedir demissão para cuidar dos filhos ou de parentes com comorbidades, desde o início da pandemia".

A atual presidente do TST e ministra Maria Cristina Peduzzi em entrevista para o artigo "Pandemia, home office e a proteção do trabalho da mulher" (2021), aponta que as mulheres precisam entender que nem sempre poderão fazer de tudo com a mesma qualidade na conciliação da vida pessoal e do trabalho, e que tudo deve ser feito na medida do possível, "a mera ideia de supermulher está fora de qualquer realidade possível e palpável".

Um dos pontos positivos do trabalho remoto é que permite que a trabalhadora tenha um tempo mais acomodados e tendo assim uma melhoria nas atividades domésticas e familiares, além de diminuir custos como o de transporte, e os riscos do percurso e o tempo que levaria de casa para o trabalho e do trabalho para casa. Tendo como pontos contrários, uma sobrecarga de trabalho individual, gerando assim um aumento do isolamento social, profissional e políticos. Além do aumento de trabalho, tem o aumento considerável das horas gastas para completar o trabalho diário.

Lemos, Barbosa e Monzato (2021) apud Spurrk & Straub (2020), apontam que:

O home office implementado em decorrência da pandemia da Covid- 19 é um arranjo eventual, pois foi a modalidade de trabalho adotada por muitas empresas para contornar a crise (Agência Brasil, 2020b). As pessoas que estão trabalhando em casa muitas vezes tiveram horários de trabalho modificados e possuem grandes chances de interrupções e distrações com a presença da família que também se encontra em casa devido à pandemia (SPURK & STRAUB, 2020).

Neste sentido, além dos diversos problemas apresentados, no quesito da figura feminina o que mais chama a atenção da sociedade e das autoridades é o grande aumento no número de casos de violência contra mulher no decorrer da pandemia.

2.2 A Violência Contra a Mulher e a Pandemia

No ano de 2019, o mundo foi surpreendido pela chegada de um vírus mortal, capaz de se instalar no corpo de ser humano e levá-lo a óbito em questão de dias: o SARS-COV-2, também conhecido como COVID-19 ou coronavírus. No Brasil, a doença se alastrou pelo ano de 2020, todavia, o seu ápice foi na China na cidade de Wuhan.

Atualmente grande atenção tem sido dada ao vírus Sars-cov-2 que causa a popular doença Covid-19 considerada uma pandemia no ano de 2020, provocando mortes e vários prejuízos sociais e econômicos em todo o mundo. O Sars-cov-2 é um novo vírus que causa graves problemas respiratórios, que podem levar a síndrome respiratória aguda grave e ocasionar a morte, mais incidente em pessoas idosas, porém há vários casos registrados de mortes entre adultos e jovens. Este vírus que foi identificado pela primeira vez na cidade de Wuhan, China, pode contaminar animais e seres humanos (NOGUEIRA; SILVA, 2020, p. 2).

Isaac Schrarstzhaupt, cientista de dados e coordenador da Rede Análise Covid-19 afirma que a doença do coronavírus demonstrou que não existe rede de saúde, seja pública ou privada, no mundo que aguarde sua progressão se não houver cuidados por parte da população. Se não existir o isolamento social, haverá colapso nos hospitais de qualquer lugar que seja, como ocorreu em Portugal, na Alemanha e na Itália. A diferença é a velocidade em que isso acontece. Locais com

uma rede de saúde mais enfraquecida apresentam um aumento de mortalidade mais cedo. (OGLOBO, 2021)

Por esta razão, foi de suma importância o isolamento social pela população para que o vírus parasse de se espalhar e evitar-se ainda mais mortes e internações nos hospitais. Não havia mais leitos disponíveis. A situação foi grave mundialmente. De um lado positivo o isolamento causa nas pessoas, ou seja, evita a possibilidade de elas se contaminarem e de serem mortas, por outro lado, outras pessoas estavam sofrendo por causa das consequências do isolamento e, em determinados casos, também foram levadas a morte por meio da violência doméstica.

No decorrer do cenário vivido na covid-19 e o avanço rápido da pandemia em todo o mundo, diversas empresas adotaram a modalidade do trabalho home Office, sendo assim diversos trabalhadores começaram a trabalhar em casa, neste quesito diversas consequências foram nascendo e crescendo. Como no convívio familiar mais frequente e o agravo das agressões sofridas por mulheres.

Com todos obrigatoriamente respeitando as medidas de restrição e isolamento, a fim de diminuir a propagação do vírus, diversas trabalhadoras que regem suas famílias enfrentaram o medo da contaminação e o exílio em casa, um lugar que deveria ser seguro mediante as situações, porém, infelizmente não foi está a realidade.

Diante do exposto, é de notório conhecimento que a violência contra a mulher aumentou muito na pandemia. A esfera pública necessitou criar canais de atendimentos para que as mulheres pudessem denunciar seus agressores e a esfera privada também. Na esfera privada, há o exemplo da empresa Magazine Luiza. Com uma placa em mãos que diz “Ei, moça! Finja que vai fazer compra no app Magalu. Lá tem um botão para denunciar a violência contra a mulher”, a Lu, influenciadora digital 3D da rede varejista, apresentou a nova ferramenta para quem seguia ela na rede social “Instagram”. Este novo dispositivo oferece acesso via chat ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, onde a vítima pode fazer uma denúncia online ou pode ligar para o 180. O botão foi criado em março de 2019, mas desde o início do alastramento da pandemia do coronavírus, os acessos à funcionalidade no app do Magalu, que direciona para o Ligue 180, cresceram 400%. Ao apertar o botão no aplicativo, a mulher vítima de violência será direcionada a uma tela que imita a do carrinho de compras do app, o que assegura a discrição da denúncia feita por mulheres que se encontram isoladas com os seus violentadores. (MOBILE TIME, 2020)

2.2.1 A análise do aumento da violência contra a mulher em tempos de pandemia

Além do trabalho doméstico e da criação dos filhos, a maioria das mulheres trabalha em vários turnos o tempo todo, resultando em muitas situações psicológicas estressantes. Eventos de agressão física e psicológica que podem ser desencadeados por seus parceiros íntimos. Durante a pandemia, as mulheres muitas vezes estão em uma posição vulnerável porque estão distantes de ambas as redes de proteção social e, portanto, são menos propensas a buscar ajuda, além da convivência constante com parceiros e agressores.

A violência contra a mulher é um problema recorrente que se agravou com a pandemia. Na maioria dos casos, a violência doméstica envolve o marido/parceiro íntimo da mulher como o principal perpetrador. Viver em um ambiente vulnerável e inseguro, dividindo o mesmo espaço com um parceiro 24 horas por dia, assusta muitas mulheres.

Embora o isolamento seja uma forma mais prudente e segura de reduzir os casos, o isolamento teve múltiplos impactos na vida das mulheres, tanto para as mulheres que já sofriam, quanto para a violência doméstica propagada em decorrência da exposição constante de mulheres conversando com agressores.

Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMDH) para o "Estadão Conteúdo" (2020), em abril de 2020, quando o isolamento social causado pela pandemia perdurou por mais de um mês, o Canal 180 recebeu aproximadamente a mesmo número de denúncias mensais de violência contra as mulheres aumentaram 40%. No entanto, ainda é impossível mensurar o número real de casos, pois muitas mulheres têm medo de denunciar ou são detidas por seus agressores.

A violência sofrida pelas mulheres, causa dor e sofrimento e abrange diversas formas, que podem ser físicas, psicológicas, sexuais, hereditárias e morais. No entanto, esse tipo de violência pode ser evitado, embora muitas mulheres não saibam como sair dela. "O Brasil tem o maior número de feminicídios do mundo", disse Aline Brilhante (2020), professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), e as pesquisadoras do IFF/Fiocruz, Corina Mendes e Suely Deslandes, em reunião de especialistas realizada no dia 25 de junho 2020. 4 e 5 de cinco países, demonstrando uma longa história de violência de gênero e violência mortal contra as mulheres."

A violência contra a mulher deve ser sempre debatida e combatida, e o discurso resultante deve ser desconstruído para orientar os profissionais de saúde relevantes para que possam fazer a diferença. Aceitar o silêncio é uma forma não trazer a lei ao agressor.

2.2.2 As Leis 11.340/06 e 14.022/2020 no combate à violência contra as mulheres durante a pandemia.

A violência contra a mulher é um ato lesivo motivado pelo gênero que resulta em danos físicos, psicológicos, sexuais e patrimoniais, ou seja, cometido contra as mulheres por serem mulheres. A desigualdade de gênero sustenta o fortalecimento e a perpetuação de todas as formas de violência e privação de direitos contra as mulheres.

As causas da violência contra a mulher podem ser estruturais, históricas, políticas e culturais. Por muitos anos, o papel da mulher na sociedade limitou-se ao ambiente doméstico, e a mulher era considerada propriedade privada de seus cônjuges, sem vontade própria e sem cidadania. Como resultado, o movimento feminista surgiu na luta pelos direitos civis das mulheres, com conquistas recentes em muitos países, embora ainda não totalmente implementado em nenhum lugar do mundo.

A violência doméstica, que aumentou significativamente durante a pandemia, tem uma base sociocultural profunda, e mesmo as mulheres que decidem denunciar buscando justiça têm

maior probabilidade de sentir que a estrutura da desigualdade de gênero responde com desânimo, que é direcionado à vítima e não ao agressor.

Segundo a Amanda Pimentel (2020) para o site Gênero e Número:

A violência doméstica na pandemia é um movimento global que aconteceu em quase todos os países que decretaram a quarentena, em razão das medidas restritivas, que, embora sejam necessárias para o combate à doença, trouxeram uma série de problemas para as mulheres. As medidas acabaram por impor uma limitação à locomoção e um convívio muito mais duradouro e hostil da vítima com seu agressor, que na maioria das vezes é o companheiro, namorado e marido". (SILVA apud PIMENTEL, 2020)

Em 2006, foi criada a Lei nº 11.340/2006 ou mais conhecida como a Lei Maria da Penha, visando criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226, §8º da Constituição Federal de 1988, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Os artigos 5º e 7º da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) conceituam a violência doméstica e familiar. Vale destacar que, o termo "entre outras" empregado no caput do artigo 7º, deixa explícito que além das violências citadas no artigo, pode haver outros tipos, in verbis.

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

- I.no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
- II.no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
- III.em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

(...)

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

- I.a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
- II.a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
- III.a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
- IV.a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
- V.a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006)

O acompanhamento psicológico é fundamental para as vítimas de violência psicológica, pois o mau tratamento pode acarretar prejuízos e dificuldades na vida saudável da vítima.

As referências ao feminicídio (femicídio por ser mulher) são muito relevantes, geralmente por ódio, desprezo ou sensação de perda de controle e propriedade sobre as mulheres. A Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, foi promulgada contra esse crime, tornando homicídio cometido contra mulher em razão de mulher um homicídio e foi acrescentado ao rol de crimes hediondos. Esta é a pior manifestação de violência contra as mulheres. Durante a pandemia da COVID-19, segundo a nota técnica do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), houve um crescimento no número de feminicídios durante a pandemia da COVID-19, vejamos:

O crescimento no número de feminicídios registrados nos 12 estados analisados foi de 22,2%, saltando de 117 vítimas em março/abril de 2019 para 143 vítimas em março/abril de 2020. No Acre o crescimento chegou a 300%, passando de 1 para 4 vítimas este ano; no Maranhão o crescimento foi de 166,7%, de 6 para 16 vítimas; no Mato Grosso o crescimento foi de 150%, passando de 6 para 15 vítimas. Apenas três UFs registraram redução no número de feminicídios no período, Minas Gerais (-22,7%), Espírito Santo (- 50%), e Rio de Janeiro (-55,6%).

O art. 22 da Lei Maria da Penha apresenta as medidas protetivas para evitar a reincidência dos crimes cometidos:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I. suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II. afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III. proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV. restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V. prestação de alimentos provisionais ou provisórios. (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha atualmente é reconhecida como um dos maiores e respeitados dispositivos de proteção a mulher mundial, sendo referência na criação de outras legislações pelo mundo. Entretanto, embora a Lei tenha trago muitos avanços, o isolamento social decorrente da

pandemia do Covid-19, fez aumentar os registros de agressões contra as mulheres. Esse novo cenário, só reforça a importância do debate sobre a violência contra as mulheres e a sensibilização da população da violência doméstica como um problema da sociedade, que deve se unir para defesa dos direitos das vítimas.

Como um reforço no combate à violência contra a mulher, foi sancionada a Lei 14.022/2020, por meio da PL 1.291/2020 da relatora Rose de Freitas (Podemos-ES). A referida lei torna essenciais os serviços de combate à violência doméstica durante a pandemia de covid-19 e protegendo mulheres e se estendendo aos idosos, crianças e pessoas com deficiência. Iara Faria Borges (2020), apontou em seu artigo “Lei que combate violência doméstica durante a pandemia já está em vigor” para a Rádio Senado que, segundo a relatora, a criação da lei “é de grande importância. Porque nós estamos no tempo e na hora tomando as atitudes necessárias. É a construção a favor de uma mulher, presa dentro de um cenário, sofrendo as consequências da violência da cultura machista que ainda perdura. Isso não é pouca coisa”.

Um ponto relacionado à elaboração dessa nova lei é que ela exige flexibilidade nos serviços, principalmente naquelas necessidades que representam maior risco à integridade de mulheres, idosos, crianças e jovens, criando canais de comunicação interativos gratuitos para atendimentos virtuais, com acesso para celulares e computadores, as proteções emergenciais podem ser solicitadas por meio do atendimento online, resultando na extensão automática das proteções já em vigor em todo o país durante a pandemia.

No entanto, as visitas presenciais são obrigatórias em determinadas circunstâncias, tais como: feminicídio, lesão corporal grave ou muito grave, morte após lesão corporal, ameaça de uso de arma de fogo, estupro, ofensa sexual contra menor de 14 anos ou vulnerabilidade, e além disso em caso de descumprimento de medidas protetivas e/ou crimes contra menores e idosos.

A lei exige que as agências forenses realizem exames forenses de casos de violência doméstica contra mulheres, crianças, jovens, idosos ou pessoas com deficiência durante a pandemia, e o governo pode criar equipes móveis para atender vítimas de crimes sexuais.

Além disso, um dos meios mais importantes de combate à violência contra a mulher é a denúncia do agressor na Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM). No entanto, a menos que existem barreiras técnicas, qualquer departamento de polícia pode registrar uma ocorrência junto à autoridade competente e tomar medidas de proteção de emergência no prazo máximo de 48 horas. Qualquer pessoa, não necessariamente uma vítima, pode fazer uma denúncia ligando para 180 anonimamente.

3 CONCLUSÃO

A partir desta pesquisa, pode-se observar a importância do debate sobre a violência contra a mulher, bem como a necessidade de fortalecer iniciativas já estabelecidas e desenvolver medidas criativas inéditas para atender e acolher essas vítimas.

A prioridade naquele cenário era salvar vidas, seja no combate ao COVID-19 ou no combate à violência doméstica. O objetivo da nossa sociedade é acabar com a violência contra mulheres, crianças e jovens, idosos, deficientes e os mais vulneráveis.

No estado do mundo, surge uma situação complexa onde uma mulher que é um dos pilares da família, sua vida foi afetada pelo excesso de trabalho e os cuidados diários de uma dona de casa. As complexidades da vida cotidiana combinadas com as pressões do isolamento social desencadearam uma onda de violência doméstica contra as mulheres exorbitante. Na luta contra o vírus, diversas empresas optaram a trabalhar em casa, uma opção para manter a economia do país funcionando, muitas vezes fornecendo meios de subsistência para as famílias. As mulheres sempre foram vistas como vulneráveis e indefesas, mas hoje muitas mulheres são uma força inestimável no mercado de trabalho, além de serem mães solteiras e chefes de família.

No entanto, ainda há um longo caminho a percorrer até que as leis promulgadas na prática sejam implementadas. Entende-se que a pandemia de COVID-19 causou um verdadeiro colapso na saúde pública e, como resultado, deve haver um grande número de mulheres em estado economicamente vulnerável. Conforme mencionado anteriormente, essa vulnerabilidade leva a uma grande dependência das vítimas de violência doméstica em relação aos seus agressores, dificultando a quebra desse ciclo de violência.

Portanto, os investimentos em políticas públicas de empoderamento feminino voltados ao empreendedorismo e à economia são efetivos, trazendo novas perspectivas para as vítimas seguirem seus caminhos, rompendo esses vínculos de dependência e restaurando o amor próprio.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006, LEI MARIA DA PENHA.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11340-7-agosto-2006-545133-norma-actualizada-pl.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. AQUINO, Quelen Brondani de. **A violência contra a mulher: breve abordagem sobre a Lei Maria da Penha.** Disponível em: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/738-Texto%20do%20artigo-2135-1-10-20131001.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

ESTADÃO CONTEÚDO. **Violência contra a mulher aumenta em meio à pandemia; denúncias ao 180 sobem 40%.** Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/violencia-contra-a-mulher-aumenta-em-meio-a-pandemia-denuncias-ao-180-sobem-40/>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19 – ed. 2.** Disponível em: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

IFF (Instituto nacional da saúde da mulher, da criança e do adolescente). **Principais Questões sobre Violência contra a Mulher na pandemia e após.** Disponível em:

<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-violencia-contra-a-mulher-na-pandemia-e-pos-pandemia/>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

IMP (Instituto Maria da Penha). **O que é violência doméstica.** Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html> Acesso em: 10 de maio de 2022.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **O QUE É VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?** Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Quanto custa o machismo?** Parceria com o Instituto Maria da Penha e a Secretaria de Políticas para as Mulheres. 2012. Disponível em: <http://www.siemaco.com.br/upload/publicacao/img2-Cartilha-Quanto-custa-o-machismo-2871.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

LEMOS, Ana Luíza da Costa; BARBOSA, Alane de Oliveira; MONZATO, Priscila Pinheiro. **Quais as consequências psicológicas da violência doméstica contra a Mulher?** Disponível em: <https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/348787434/quais-as-consequencias-psicologicas-daviolencia-domestica-contra-a-mulher>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

MACHADO, Carla; GONÇALVES, Rui Abrunhosa. Violência e Vítimas de Crimes. Coimbra: Quarteto. (2003)

MOBILE TIME. **App Magalu: cresce em 400% o uso do botão de denúncia de violência contra a mulher.** Disponível em: <https://www.mobiletime.com.br/noticias/03/06/2020/app-magalu-cresce-em-400-acao-ao-botao-de-denuncia-de-violencia-contra-a-mulher/> Acesso em: 13 de maio de 2022.

NOGUEIRA, José Vagner Delmiro; SILVA, Carolina Maria da. **Conhecendo a origem do sars-cov-2 (covid 19).** *Revista Saúde e Meio Ambiente*, Mato Grosso do Sul, v. 11, n. 2, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/sameamb/about>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

OGLOBO. **Em 22% das cidades brasileiras, Covid-19 já matou mais em 2021 do que em todo o ano passado.** São Paulo, 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/coronavirus/em-22-das-cidades-brasileiras-covid-19-ja-matou-mais-em-2021-do-que-em-todo-ano-passado-24921355> Acesso em: 13 de maio de 2022.

ORTEGA, Maria Camila Rincón. **Dia da Mulher: O que a pandemia da Covid-19 piorou para meninas e mulheres.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2021/03/08/dia-da-mulher-o-que-a-pandemia-dacovid-19-piorou-para-meninas-e-mulheres>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

REZENDE, Milka de Oliveira. **VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/violencia-contr-a-mulher.htm>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

RIBEIRO, Leandro Conceição. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74562/lei-maria-da-penha>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

SILVA, Vitória Regina. **Lei Maria da Penha completa 14 anos em meio ao crescimento da violência doméstica na pandemia**. Disponível em: <http://www.generonumero.media/lei-maria-da-penha-completa-14-anos-em-meio-ao-crescimento-da-violencia-domestica-na-pandemia/>. Acesso em: 07 de maio de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Quais são os tipos de violência doméstica?** Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/perguntas-frequentes/quais-sao-os-tipos-de-violencia-domestica.htm#>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Formas de violência doméstica contra a mulher**. Disponível: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicaosemanal/formas-de-violencia-domestica-contr-a-mulher>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Formas de violência contra a mulher**. Disponível em: <http://www.tjmmg.jus.br/institucional/organograma/129-campanha-cnj-lei-maria-da-penha/1851-formas-de-violencia-contr-a-mulher>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

TST (Tribunal superior do trabalho). **Pandemia, home office e a proteção do trabalho da mulher**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/pandemia-home-office-e-a-prote%C3%A7%C3%A3o-do-trabalho-da-mulher>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil**. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/700732347/feminicidio-uma-analise-da-violencia-de-genero-no-brasil>. Acesso em: 07 de maio de 2022.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Violência contra a mulher: violência de gênero e os mecanismos de proteção da mulher**. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/682247660/violencia-contr-a-mulher>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO EM BENEFÍCIO DAS MULHERES TRANSEXUAIS

RAUL VITOR DE SOUSA SILVA:

Bacharelado em Direito no Centro
Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

TICIANE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA¹¹

(coautora)

VERÔNICA ACIOLY DE VASCONCELOS¹²

RESUMO: No artigo se discute a possibilidade de abarcar as mulheres transexuais como vítimas de feminicídio; o artigo penal 121, § 2º, VI e ainda se o seu texto possui viés de transfobia ao especificar que a proteção oferecida pela lei fosse baseada no sexo, e não no gênero, também serão pontuados termos que comumente cercam o tema transexualidade e seus conceitos explorados a fim de fornecer maior compreensibilidade ao texto. Seguindo esta finalidade, serão revisadas as leis Maria da Penha (Nº 11.340/2006) e do Feminicídio (Nº 13.104/2015) e comparar suas aplicações em benefício de vítimas cisgênero e vítimas transgênero. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica narrativa com abordagem dedutiva através do levantamento de jurisprudências, artigos, periódicos, livros, etc. Durante a pesquisa foi percebido que tal alteração do texto legal tem efeito simbólico e implica na ausência ainda maior da proteção fornecida para mulheres trans na legislação brasileira cuja omissão também foi verificada.

Palavras-chave: mulheres trans, qualificadora, adequação.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa discute sobre um fenômeno que vem presente desde a antiguidade, inclusive observado na Grécia Antiga até os dias atuais, a população transexual sempre foi um tanto “sufocada”, seja por opressão ou falta de conhecimento, atualmente, embora a discussão tenha sido ampliada ao público em geral diversas questões ainda assombram, especificamente, as mulheres trans. A problemática que se busca debater aqui é sobre a aplicação da qualificadora do feminicídio em benefício das mulheres transexuais, além do sexo biológico e para que sejam entendidas como o gênero que se encaixam social e psicologicamente, visto que o texto da Lei nº 13.104/2015 diverge de outros paradigmas presentes em outras normas da mesma linha ao utilizar o termo sexo onde anteriormente se referia como ‘gênero’.

No tocante aos problemas de pesquisas abordados no artigo, procura-se responder à questão de que poderia o texto legal evidenciar a intenção do legislador em abranger sob essa lei somente aquelas mulheres que tenham nascido com o sexo biológico feminino? Seria possível interpretar tal dispositivo de uma forma mais abrangente que englobe todas as mulheres independente do sexo biológico?

¹¹ Bacharelado em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

¹² Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

Nem todos sabem diferenciar identidade de gênero e orientação sexual, conceitos que muitas vezes são confundidos. É muito grande o impacto da identidade de gênero sobre a vida de uma pessoa, é sobre a maneira como ela se identifica e de como é reconhecida socialmente e nesse viés pode-se questionar também sobre o alcance da lei Maria da Penha a essa comunidade tendo em vista que violência de gênero é definida por qualquer agressão, seja sexual, física, psicológica ou ato simbólico. Compreendendo que a lei Maria da Penha e a lei do Feminicídio são leis distintas, vale apreciar a influência da interpretação daquela em comparação com a desta.

O ordenamento jurídico brasileiro, contudo, ainda é extremamente omissivo a respeito de questões relacionadas à população transexual, não apresentando nenhuma previsão no texto legal, tornando as doutrinas e jurisprudências as únicas formas de assegurar direitos que não existem na forma escrita, mas que se tornam claros ao observar o intuito de respeito a todas as expressões humanas protegidas pela Constituição Federal de 1988. Embora ainda escasso, o que se tem percebido nos últimos anos, é o avanço do Poder Judiciário ao criar precedentes que buscam remediar a ausência de proteção efetiva aos transexuais pelo legislativo.

2 APRESENTAÇÃO À TRANSEXUALIDADE

Embora a discussão sobre transexualidade possa parecer “novidade” devido à recente publicização da existência dessas pessoas, indivíduos transexuais são figuras nada menos que históricas, a começar pelas representações mitológicas de figuras divinas que trocavam de sexo ou eram descritos como possuindo mais de um sexo, a exemplo da deusa Afrodite que era retratada como uma figura com seios e rosto feminino mas que possuía genitais masculinos por baixo de suas vestes (LOPES, 2017). Personalidades transgênero estiveram também presentes fora dos mitos, nos cultos religiosos de alguns gregos antigos como os sacerdotes Galo que adoravam a deusa Cibele e usavam roupas femininas, referiam-se a si mesmos como mulheres e até chegavam a realizar castrações (CALIFIA, 2003).

Uma notória figura histórica que na visão de pesquisadores e historiadores modernos é muitas vezes tido como transgênero é o imperador Heliogábalo, também chamado de Elagábalo que reinou dos anos 218 a 222. Diversos relatos da época descrevem Heliogábalo como um homem que gostava de ser tratado como mulher, inclusive assumindo o papel de esposa de um de seus maridos. Conforme narra Benjamin (1999, p.98)

(...) Imperador Romano, Heliogábalo, se tem relatos de que ele foi formalmente casado a um poderoso escravo e ter então tomado as tarefas de uma esposa após o casamento. Ele é descrito como "adorava ser chamado de amante, a esposa, a Rainha de Hiérocles" e diz-se que ofereceu metade do Império Romano aos médicos que pudessem lhe prover com uma genitália feminina.

Observa-se neste e nos casos anteriores, a inserção da transexualidade não apenas em posições de poder, mas até mesmo em meios religiosos, às vezes até como forma de adoração a seus deuses, coisa que não se perpetuaria adiante com a ascensão da igreja católica nos séculos seguintes, pois esta e outras práticas sexuais eram, e muitas vezes, ainda são consideradas sodomia e frequentemente punidas religiosamente por serem pecados severos.

Apenas com o advento do Renascentismo por volta do século XIV e o consequente rompimento com os paradigmas da Igreja é que se verifica abertamente o estudo médico de questões transexuais com os médicos renascentistas teorizando a existência de apenas um sexo de fato, mas que socialmente se manifestariam pelo menos dois, masculino e feminino. Neste sentido se acreditava que o corpo feminino nada mais era do que o corpo masculino “de fora para dentro”, com os testículos sendo equiparados aos ovários, o escroto ao útero, o prepúcio à vulva etc (MOREIRA E MARCOS, 2019).

Mesmo com as citadas comprovações históricas da existência de pessoas trans ao longo dos séculos (e ainda muitas outras não mencionadas), em comparação, o reconhecimento formal de direitos de pessoas transexuais só se deu recentemente. Um dos primeiros países do mundo a positivar o direito de mudança de gênero e nome social de transgêneros, por exemplo, foi a Dinamarca, desde 1929, tendo sido inclusive o país palco de cirurgias de redesignação sexual de famosos nomes transexuais do mundo (ILGA-EUROPE, 2022). Entretanto, no geral, os países que hoje reconhecem estes direitos o fizeram bem mais tarde, alguns ao longo dos anos 2000, mas a maioria por volta dos anos 2010, tal qual o Brasil.

No ano de 2018, através da nova edição da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID 11) a Organização Mundial de Saúde (OMS) oficializou a retirada da transexualidade do rol de transtornos mentais, não sendo mais tratada como patologia e sim como “incongruência de gênero”. Uma decisão importante que solidifica ainda mais a dignidade da comunidade transgênero e pressionou alguns países mais resistentes a rever seus pontos de vista sobre o assunto. Ainda assim, dúvidas sobre o que é identidade de gênero, transexualidade, orientação sexual etc. são mais proeminentes do que nunca.

Sendo o tema central deste artigo, faz-se essencial aclimar o leitor com o conceito de Transexualidade, a definição de uma pessoa transexual vem do enorme desejo de pertencer ao sexo, do ponto de vista genético, oposto ao que lhe foi atribuído ao nascer, uma verdadeira repulsa ao se ver no corpo e genitálias biologicamente designados a ele (GALLI et al, 2013). Logo, o indivíduo que nasce com genitália masculina, mas que ao longo da sua vivência percebe, por uma infinidade de razões, se identificar com o gênero feminino e assume esse gênero como seu, é uma mulher trans, e vice-versa.

Existe ainda ampla discussão acerca da cirurgia de redesignação sexual, ou seja, a cirurgia onde o corpo é alterado para melhor se encaixar nos moldes do sexo oposto, a alteração do corpo via cirurgia é essencial para uma pessoa ser considerada transexual? Como dito acima, por conta da aversão ao seu próprio sexo, a maioria das pessoas transexuais almejam por adequá-lo fisicamente ao gênero que se identificam, no entanto, essa não pode ser tida como a única forma de perceber uma pessoa transexual, pois, assim como todas as outras classes humanas, as pessoas transgênero são plurais e não todas iguais. Tê-las como se todas possuíssem as mesmas interpretações sobre o próprio corpo seria mais uma forma de segregá-las das pessoas cis-gênero (pessoas não-transgênero).

Portanto, existem transexuais que se sentem confortável com o próprio corpo mesmo que este não esteja em completo acordo com a visão sociológica de homem ou mulher e possuir ou não um pênis ou vagina não mudará seus sentimentos de gênero (BENTO, 2006), e estes devem ser considerados transexuais na mesma medida que aqueles que idealizam a cirurgia.

2.2 Identidade de gênero e outros conceitos

Segundo Serano (2007), a resistência persistente da sociedade em aceitar e até entender a situação dos transexuais se deve em grande parte ao chamado Sexismo Oposicional, que significa

acreditar que homens e mulheres possuem diferenças inerentes ao próprio sexo que são impossíveis de serem aproximadas. Tal ideia, ao longo das décadas, se enraizou na sociedade moderna resultando no fenômeno da transfobia, o preconceito e/ou discriminação em função da identidade de gênero de pessoas transexuais e travestis (JESUS, 2012).

Devido a esses preconceitos transfóbicos, a visibilidade dada a pessoas transexuais tornou-se ínfima já que essa comunidade não era vista com importância pelo público em geral por ir de encontro a ideia pré-estabelecida de separação absoluta dos sexos. A consequência disso se observa hoje em dia, pessoas que passaram toda a vida sem saber da existência da transexualidade, quando as novas gerações passam a discutir o assunto, especialmente fomentadas por manifestações por direitos da comunidade Lésbica, Gay, Bissexual e Transgênero (LGBT) iniciadas entre as décadas de 1960-1980 e repercutidas aos tempos mais recentes, respondem com medo e ódio.

Em busca de atenuar esses medos, é importante propagar conhecimento sobre essa classe, portanto, o que é Identidade de Gênero? Primeiramente deve se esclarecer que aquilo que é conhecido comumente como 'sexo' é especificamente 'sexo biológico', ou seja, é a designação fundada na biologia que homens possuem certos aspectos fisiológicos como genitália, hormônios e cromossomos e mulheres possuem outros, mas não é exclusivamente essa diferenciação que determina a identidade sexual de uma pessoa.

Partindo daí, deve-se considerar de maneira bem mais aprofundada o conceito de Gênero. Para Butler (2013, p.25)

Se o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não faz sentido definir o gênero como a interpretação cultural do sexo. O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos.

Diante disso pode-se inferir que para a autora, que se ampara no ponto de vista filosófico, tanto gênero quanto sexo são construções sociais e as diferenças entre si são mínimas estando ambos sujeitos a desconstrução e subversão alterando a sua performatividade perante a sociedade.

Contudo, para outros pontos de vista antagonistas se defende a independência dos gêneros em relação aos sexos, sendo gênero um conjunto de influências sociais, históricas e culturais que pode ou não condizer com o sexo, tornando essa a sua Identidade de Gênero. A transexualidade acontece quando o gênero do indivíduo (percebido por ele próprio) se encontra em incongruência com seu sexo biológico (determinado por outros ao nascer).

Dessa forma, a importância de reforçar a independência entre gênero e orientação sexual é mister ao debater este assunto. Esta última se refere à atração sexual e romântica que uma pessoa, seja do gênero feminino ou masculino, sente em relação a um ou mais gêneros. Assim, é importante observar que, por exemplo, uma mulher trans pode se sentir atraída por outras mulheres, portanto, sua orientação sexual será homossexual. Ser transgênero não limita a atração afetiva que o indivíduo pode sentir, estando sujeitos ao mesmo espectro que as pessoas cisgênero.

A própria identidade de transexual possui categorizações dentro de si mesmo, a provavelmente mais conhecida é 'Travesti'. O termo possui uma história pejorativa tendo sido utilizado por anos para se referir a transexuais que trabalhavam com prostituição, atualmente ele foi ressignificado pela comunidade e hoje representa símbolo ideológico de orgulho da sua própria história. Por ser usado exclusivamente por mulheres, o correto é uso do artigo feminino, *a travesti*.

Alguns outros termos dentro da definição de transexualidade, como trans, transgênero, transexual, são auto identificações, ou seja, a forma como cada pessoa se sente melhor em ser tratada, por isso existe certa dificuldade em conceituar precisamente cada um deles e geralmente são usados como sinônimos e de forma mais ampla.

2.3 Vidas transexuais em risco

A existência das pessoas trans não é um desafio apenas devido a desinformação e falta de conhecimento sobre tal grupo, mas ainda, devido a um fato que muitas vezes se deriva disso, a Transfobia. Atualmente, é bem mais frequente do que, por exemplo, há 20 anos, se deparar com pessoas menos versadas em questões de sexualidade, que tenham familiaridade com o termo homofobia, o ódio ou aversão a pessoas homossexuais, afinal, discussões tanto conservadoras quanto progressivas serviram para levar o termo ao vernáculo popular, contudo, como a comunidade transexual ainda é tratada como obscura para a maioria do público em geral, termos relacionados acabam se encontrando também nesta mesma obscuridade.

Transfobia, da mesma forma, se baseia na discriminação dirigida a pessoas transexuais, de acordo com a terminologia grega, *phóbos*, significando fobia, medo. Ao contrário da forma como a palavra medo é comumente utilizada, neste contexto se trata do incômodo psicológico, muitas vezes inconsciente, que certas pessoas adquirem em relação à ideia de pessoas trans. Tal pensamento é atribuído à reprodução histórica do ódio contra esse e outros grupos por partes da sociedade em que aquela pessoa está inserida (RAMOS ET AL, 2016).

Como já explorado anteriormente, um exemplo primordial é o discurso da camada conservadora da igreja católica, religião predominante no mundo durante séculos, que retrata gays, lésbicas e transexuais como uma ameaça à vida cristã, impondo a heteronormatividade (ideia de que a heterossexualidade deve ser o modelo único ou dominante), o que acabou resultando na naturalização dessa repulsa, aliado, ainda, à desinformação resultante da recusa em abordar o assunto de forma séria por parte da mídia, legisladores e governos acarretando em ainda mais pessoas transfóbicas que irão passar esse medo adiante virando uma grande bola de neve às custas dos direitos humanos dessas minorias.

Assim, é possível observar a manifestação da transfobia em diversos atos silenciosos, como a maior dificuldade que pessoas transexuais possuem para encontrar emprego sendo, em 2021, a taxa de mulheres transexuais com emprego formal apenas de 4% e a sua principal fonte de renda, para cerca de 90%, a prostituição, advinda da urgente necessidade de se manterem vivas já que um salário fixo parece tão longe da realidade (BENEVIDES E NOGUEIRA, 2021).

Desse ponto parte uma interessante observação, mesmo em um país tão tomado pela transfobia, quase a totalidade das mulheres trans subsistem do trabalho sexual financiado pelos homens cis, no entanto, isso não é necessariamente uma contradição. Com base em estatísticas fornecidas por

diversos sites pornográficos, o Brasil figura sempre na lista de maiores consumidores de pornô com mulheres transexuais e travestis.

Tal paralelo entre a transfobia desenfreada dos homens brasileiros e seus fetiches por mulheres transgênero possui certa ligação, Benevides (2019) coloca da seguinte forma

De certa forma, esse julgamento acaba por reprimir sentimentos e desejos, transformando-os em algo repulsivo ou errado. Esses homens então retrocedem ao ódio constantemente incentivado e disseminado em narrativas religiosas, políticas e



outras antitrans, pelo seu objeto de cobiça, com coragem suficiente apenas para consumi-las em larga escala na internet, onde lhes é garantido o anonimato e a segurança de não serem julgados pelas mesmas ideologias religiosas, sociais ou políticas.

O anonimato mencionado pela autora também é presente nos encontros sexuais fornecidos pelas prostitutas trans, mulheres que serão usadas como objeto de fetiche e então ao final do ato, tornam a tratá-las como escória e então são descartadas de volta às ruas, reforçando não uma "atenuante" à transfobia, mas pelo contrário, um reforço dela.

Em razão da permissibilidade e as vezes até encorajamento por parte da sociedade, notoriamente na falta de legislação sobre direitos humanos específicos para transexuais, alguns indivíduos se veem livres para externar esse ódio que pode se manifestar em insultos verbais, apelidos vexatórios, como o uso do termo transfóbico "traveco" (*sic*), tratamento no pronome masculino, frases de ameaça etc. Não obstante, a maior preocupação vem da forma final da transfobia, o assassinato.

De acordo com informações da Transgender Europe (TGEU), o Brasil se manteve como líder de assassinatos de pessoas transexuais no mundo pelo 13º ano consecutivo e sem sinal de queda nos anos

seguintes. Também uma pesquisa realizada anualmente pela ANTRA aponta o ano de 2021 como tendo 140 casos de assassinatos de pessoas trans sendo mais de 96% dessas vítimas, mulheres, resultando na expectativa de vida de apenas 35 anos das pessoas transgênero no país (ANTRA, 2021).

Gráfico: Dados dos Assassinatos de pessoas trans no Brasil entre 2008 e 2021

Fonte: ANTRA (2022)

No Gráfico é perceptível uma constante oscilação dos números, indicando o trabalho que ainda deve ser feito para que seja possível atingir um estado de queda nos anos seguintes, queda essa que parece acontecer em 2021, mas que já foi registrada em anos anteriores, no entanto, volta a crescer no ano seguinte. Assim, é preciso observar um outro aspecto social que deve influenciar na consistência do gráfico, a subnotificação.

No constante esforço das instituições brasileiras para continuarem ocultando a existência de transgêneros, muitas das vítimas desses crimes têm o seu nome social e gênero alterados para aqueles que haviam deixado no passado, sendo contabilizados como morte de cisgênero e também não adicionado às estatísticas de crimes de ódio no país. Também são inexistentes entes governamentais de coleta de dados sobre tais assassinatos, conseqüentemente, todos os dados apresentados neste artigo são obtidos por instituições independentes que precisam fazer todo o trabalho que deveria ser responsabilidade do Estado.

Uma vez que números podem ser difíceis de visualizar, colocar um rosto a esses números pode ser mais significativo. A travesti Dandara Kettley foi vítima de um dos casos mais famosos e revoltantes de morte por transfobia do país. A vítima foi espancada a pauladas e depois executada a tiros enquanto também sofria com insultos quanto a sua identidade sexual. Os criminosos que a executaram gravaram o ato e postaram nas redes sociais.

O caso de Dandara não foi isolado, é uma narrativa que se repete diariamente pelo país afora com circunstâncias assustadoramente similares. Tais crimes também são reflexos da mencionada cultura machista do país que busca manter e dar continuidade aos seus conceitos de sexo, gênero e desejo, excluindo tudo aquilo que enxerga como divergente (FERRO, 2018).

3. VIOLÊNCIA DE GÊNERO E LEI MARIA DA PENHA

3.1 Conceituando a violência

Violência de gênero é um preocupante problema social que infelizmente cresce a cada dia e que afeta o bem-estar das vítimas em qualquer espaço e circunstância. É considerada violência toda a ameaça ou lesão que atinge a integridade da vítima seja física, psicológica ou de qualquer maneira que afeta sua subjetividade e de gênero contra mulher trata de ser ligado a condição da vítima ser uma mulher e ocorrer em razão de seu gênero.

Há tipos de violência diferente entre o gênero masculino e o gênero feminino estatisticamente falando e é assim concluído que esse tipo de repressão é diretamente ligado a questões de gênero causados pelo preconceito que existe pela mulher na sociedade atualmente. A violência é dividida em

tipos tais como: Psicológica, que abala a autoestima e afeta seu psicológico, Física que afeta a integridade física da vítima, Patrimonial que diz respeito a patrimônio e bens, Moral decorrente dos crimes contra a honra, a calúnia, difamação e injúria e Sexual que se trata do estupro e atos abusivos sexuais (BRASIL, 2006).

Entre esses tipos um que se deve destacar é a violência doméstica na qual a vítima sofre dentro do local que reside, ironicamente, onde deveria haver a maior sensação de proteção. Os abusos domésticos são cometidos por pessoas dentro do próprio seio familiar das vítimas, seus parceiros ou até mesmo pais, que resulta do sentimento de posse que estas figuras podem ter onde veem qualquer agressão como justificada.

3.2 Gênero como categoria de análise da violência doméstica contra a mulher

A preocupação com o crescente aumento no número de crimes violentos praticados contra mulheres no final do século passado levou a necessárias ações para buscar remediá-los ou atenuá-los. No Brasil, um importante marco desta época foi a edição em 1994 da Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará¹³.

Esta convenção não foi apenas importante por si só, mas ainda, baseado nela foi proposta outro marco do direito das mulheres no Brasil, a Lei Maria da Penha (LMP), lei com nº 11.340, aprovada em 7 de agosto de 2006 que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher. A Maria da Penha possui fortes vínculos à Convenção de Belém, alimentando-se de muitas de suas motivações e conceitos (BANDEIRA; ALMEIDA, 2015).

A lei foi criada e então batizada em homenagem a Maria da Penha Fernandes Maia, mulher que sofria inúmeras agressões por parte de seu marido que lhe trouxeram danos irreversíveis como a paraplegia, após isso a então farmacêutica resolveu denunciá-lo em 1980 (RABELO, 2019).

O texto, tanto da Lei quanto da Convenção, utilizam do termo 'gênero' ao se tratar do entendimento da violência contra a mulher, com o exato conceito dado no *caput* do seu Art. 5º da LMP "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial." (BRASIL, 2006, Art. 5º).

No entanto, como será visto adiante, tal praxe não fora adotada na redação final de outra grande referência no direito feminino brasileiro, a Lei do Feminicídio, mesmo já existindo base normativa na lei anterior para uso do termo, já pacificado no direito brasileiro. Tal distinção entre os dois textos faz ainda menos sentido quando analisado do ponto de vista de que ambas são legislações que podem facilmente complementar uma a outra.

Observando dados fornecidos por Almeida (2017), a cada 10 assassinatos de mulheres, 7 deles vêm como resultado de violência física crescente por parceiros ou ex-parceiros, ou seja, violência que se encaixa nos moldes da LMP. Assim, a aplicação da Maria da Penha pode prevenir que tais casos

¹³ Conjunto de 25 artigos que, principalmente, reconheciam a violência contra a mulher como uma violação sancionável dos direitos humanos, tido até a atualidade como tratado pioneiro no direito feminista.

tenham como resultado final o feminicídio, bem como, a mesma lei pode servir como prova para encaixar um determinado assassinato de mulher como feminicídio, ao observar a presença de relatos de violências elencadas no dispositivo antes mesmo da fatalidade.

Dever-se-ia, então, visar uma aproximação entre ambas, mas o que a alteração da palavra mais central a norma causa é um possível desencontro entre o escopo de cada uma delas e um retrocesso na redação legal brasileira que se provou tão atual com a LMP a qual, inclusive, faz menção explícita à equiparação dos direitos das mulheres independente de sua orientação sexual, a primeira lei federal a citar diretamente direitos LGBT no Brasil.

4. LEI DO FEMINICÍDIO E AFASTAMENTO DA CATEGORIA GÊNERO

A Lei nº 13.104, de 08 de março de 2015, trouxe para o Código Penal uma nova qualificadora do homicídio: o feminicídio, que consiste em matar a mulher por ser mulher. O feminicídio é um fenômeno social que revela a face desumana da violência de gênero que as mulheres experimentam ao longo das suas vidas. Trata-se de um fenômeno que destrói, mutila e viola corpos femininos e feminizados no contexto misógino e violento de uma sociedade patriarcal, racista e capitalista.

As qualificadoras são dispositivos penais que existem com o intuito de elevar os limites mínimos e máximos das penas de crimes já existentes por circunstâncias que tornem tais crimes ainda mais reprováveis do que sua forma básica, justificando assim uma punição mais específica e rígida. Tais circunstâncias podem se tratar de motivos, modos de execução, resultados mais graves, condição da vítima, etc. E podem assim ser divididas em Objetivas e Subjetivas (DOTTI, 2018).

Segundo Bianchini, 2016, as objetivas se relacionam ao próprio crime e sua forma de execução, enquanto as subjetivas se voltam ao agente e as causas que levaram ao crime. Quanto a natureza da qualificadora do feminicídio, não existe um posicionamento definitivo na doutrina levando a diversos debates de um lado ou de outro. Do lado subjetivo, é defendido que ao crime ser praticado por menosprezo à condição de mulher, ele está relacionado com a esfera interna do agente, ou seja, essa seria a motivação delitiva (OTERO, 2015), além de que, o próprio texto da lei fala de "razão" com significado de "motivo".

Por outro lado, ao se falar de natureza objetiva, é levantado o ponto de que a qualificadora descreve uma situação em que será observada objetivamente a existência ou não dos fatores (violência doméstica e familiar contra a mulher ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher) e ainda que, subjetivamente, ela não seria compatível com o instituto do homicídio privilegiado disciplinado no art. 121, §1º do Código, assim em hipótese de acolhimento deste, não poderia ser apreciada a qualificação do crime pelo feminicídio fugindo assim ao escopo da lei (PIRES, 2015).

Há ainda que se falar em uma terceira corrente que une ambas ao dividir a lei em duas partes e dizer que a situação de violência doméstica e familiar é objetiva e a de menosprezo e discriminação é subjetiva. Esta última se tratando de motivo que levou ao crime e a primeira do meio no qual ele foi realizado.

O feminicídio é o último estágio de uma série de violências as quais as mulheres sofrem diariamente, dentre elas a violência psicológica, física, patrimonial, sexual e moral. Este crime está atrelado a diversos fatores como a dependência emocional ao agressor, o baixo suporte social que é oferecido, o uso de álcool pelo parceiro e ainda os antecedentes familiares de atos violentos (RABELO, 2019). Pela nova lei, feminicídio configura um crime hediondo, para o qual se estabelece um tratamento jurídico mais rigoroso, com pena de 12 até 30 anos de reclusão.

4.1 A restritividade do texto legal

A proposta inicial de lei definia feminicídio como a forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher. O texto, no entanto, sofreu alterações durante sua tramitação e no momento da aprovação, diante da pressão de parlamentares, a palavra *gênero* foi retirada da lei (FERNANDES, 2017).

No plenário da Câmara de Deputados, o projeto que deu origem à lei sofreu uma emenda de redação que provocou a substituição da expressão “razões de gênero” por “razões de condição do sexo feminino”. Desse modo, a palavra gênero, que acompanhou as definições em torno do feminicídio durante todo o percurso de elaboração da lei, foi excluída no último momento do processo legislativo, sem maiores discussões sobre o tema (OLIVEIRA, 2017).

O contexto em que essa modificação no projeto de lei ocorreu, esteve relacionado a uma forte polêmica instaurada no parlamento em torno da referência aos temas de gênero e de sexualidade dentro de textos legais. Tal polêmica se deu pelo fato de *gênero* estar essencialmente vinculado a construções sociais, diferentemente de *sexo* que diz respeito a características biológicas que diferenciam homem e mulher (MEDEIROS, 2021).

Em 2014, setores mais conservadores, sobretudo aqueles ligados a igrejas católicas e evangélicas, articularam-se para barrar a utilização da palavra gênero na legislação do Plano Nacional de Educação (PNE), sob o argumento de estarem combatendo a “ideologia de gênero”, através de diversas mobilizações os termos acabaram sendo retirados do PNE. Essa resistência à palavra gênero e ao que ela representa para estes setores se estendeu a outros projetos de lei em tramitação, como foi o caso da lei do feminicídio em 2015 (OLIVEIRA, 2017).

No Brasil, dados de 2021 mostram um leve decréscimo no número de registros de feminicídio, ao passo que, o número de casos de estupro e estupro de vulnerável aumentou no mesmo ano. Tendo como fonte os boletins de ocorrência das Polícias Civas das 27 Unidades da Federação, 1.319 mulheres foram vítimas de feminicídio no último ano, diminuição de 2,4% no número de vítimas (BUENO, 2021)¹⁴.

¹⁴ O autor destaca o contexto da pandemia devido a Covid-19, que resultou em restrições e isolamento social. Os dados mensais de feminicídios no Brasil entre 2019 e 2021 indicam que houve um aumento dos casos entre os meses de fevereiro e maio de 2020, quando houve maior restrição nas medidas de isolamento social.

Para obtenção de taxas ainda menores de casos de feminicídios, a repressão penal deve ter como suporte políticas públicas eficientes capazes de preservar e garantir condições básicas de vida de meninas e mulheres, livres da violência endêmica que continua a atingi-las.

Anteriormente à positivação da lei, tais crimes podiam ser facilmente qualificados por outros dispositivos, como no Art. 121, §2º, II, (BRASIL, 1984) que tipifica a qualificação do homicídio por motivo fútil. Mas isso não diminui o mérito ou a necessidade de existência da lei. Tendo em vista que ela dá visibilidade a casos antes amplamente ignorados pela mídia, além de garantir melhor obtenção de dados sobre violência de gênero no país e melhor amparo jurídico fornecendo argumentos específicos em defesa de vítimas mulheres até mesmo em outros crimes. No geral, é sempre louvável a edição de dispositivos protetores de minorias sociais, principalmente baseado no fato de que tais dispositivos não existem na magnitude que eles deveriam existir no ordenamento.

Baseando-se nas palavras de Diniz *et al* (2015), a tipificação específica para proteção das mulheres vítimas terá efeito de conhecimento; levando a noção do crime à população que antes não o consideraria diferente do homicídio em geral e fomentando resistência ao mesmo, ou seja, se fazer enxergar o feminino em lugares onde antes ele se perderiam na generalização, efeito de simbolização; colocando o delito à luz da moral de forma que trouxesse maior reprovação a conduta de quem o praticou em comparação ao crime geral, e, talvez o mais óbvio, efeito punitivo; a tipificação penal leva ao dever de cumpri-la, resultando na sanção do criminoso.

O mesmo pode ser concluído ao se falar em relação à questão central deste artigo, ainda que o homicídio de mulheres trans possa ser adequado nas qualificadoras já existentes anteriormente, pois observando tais crimes não resta dúvida sobre o nível de torpeza deles, ampará-las de forma mais específica gera o entendimento uniforme de que mulheres trans devem ser protegidas na mesma proporção.

4.2 Adequação da qualificadora às vítimas trans

Já está mais do que evidenciado no decorrer do artigo, a situação de vulnerabilidade que as mulheres podem facilmente se encontrar dentro da sociedade e o quão fundamentais leis específicas para sua proteção são. E embora a existência de tais leis seja louvável, paira a questão de porquê outras minorias igualmente suscetíveis a ofensas não recebem tal proteção legislativa.

Embora a Constituição Federal de 88 em seu Art. 5 (e alguns outros de sentido similar) apresente a ideia de “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (BRASIL, 1988), em momento algum na Carta Magna, ou em qualquer outro texto legal, a propósito, é citado a proteção específica à identidade de gênero.

A importância de tal proteção específica já foi esclarecida anteriormente, mas deve-se reforçar que a falta de visibilidade dessas categorias gera imensa insegurança jurídica podendo se fazer acreditar que tal garantia de igualdade não se estenda a uma jovem trans em situação de risco. No entanto, como citou o então ministro do STF Britto (2011) em seu voto a favor do reconhecimento da união

homoafetiva no Brasil, "Tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei".

Logo, o fato da não existência de leis ou texto especificando o amparo à população transexual não significa que tal população não deve ser protegida juridicamente, no atual momento praticamente todos os direitos da comunidade LGBT são garantidos apenas por decisões judiciais, como o julgamento do STF na ADO 26 e MI 4733 de 2019 que equiparou homofobia e transfobia ao crime de racismo, decisão que parece estar longe de se concretizar em textos legais.

Esclarecido assim a possibilidade de garantia de direitos não presentes na lei, volta-se novamente o olhar para a questão do Femicídio de mulheres trans. Embora não haja até então decisão superior definitiva sobre o tema, outras decisões existentes ajudam a iluminar o caminho. Sendo a mais relevante, e também mais recente, o REsp 1977124, julgado pelo STJ (BRASIL, 2022):

A Lei Maria da Penha criou mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, caracterizada como qualquer ação ou omissão baseada no gênero, sendo acertado concluir que também alcança o transexual que tenha identificação com o gênero feminino.

Naturalmente se entende a partir desse julgado que o judiciário brasileiro reconhece mulheres transexuais como efetivas mulheres, dando a elas as mesmas proteções que as mulheres cisgênero.

Não estender tal entendimento à qualificadora do Femicídio sobre o pretexto da redação do artigo se referir a 'sexo' é, no mínimo, ingênuo. Pela própria definição, o femicídio é a realização de violências letais contra mulheres baseadas nas visões sexistas de como elas devem performar seus atos, gestos, atitudes, desejos de acordo com enquadramentos sociais do "ser mulher" (JOHAS; AMARAL; MARINHO, 2020), ou seja, seu gênero. Essas violências não são realizadas com base no sexo que a vítima foi designada ao nascer, mas sim pela forma como ela se porta diante a sociedade, tal qual as mulheres transexuais também se portam, inclusive, em casos de violência transfóbica contra mulheres o nível da agressão é maior quanto mais a vítima se aproxima do conceito societal de feminino (NOGUEIRA, 2022), isso corrobora ainda mais a ideia de que é justamente a existência do gênero feminino nessas transexuais que desperta o ódio dos agressores.

Há de se esclarecer que, assim como na utilização do femicídio em benefício de mulheres cis, a existência, e eventual aplicação, de tal lei não significa dizer que homens (ou pessoas cis) estão sendo prejudicados ou que suas mortes valham menos. A grande questão é: a lei do femicídio não se aplica indiscriminadamente à toda e qualquer morte de mulher e nem deveria ser esse o caso para mortes de transexuais. Travestis também são vítimas de latrocínio assim como homens, transexuais também são vítimas de crimes de trânsito assim como pessoas cis. O que transforma um assassinato em femicídio são as circunstâncias do crime.

Deverá ser observado os sinais claros presentes em crimes de ódio, se a vítima foi escolhida especificamente por fazer parte de tal minoria, onde observa-se bastante a ocorrência da chamada "violência corretiva", em que o crime é realizado sob o pretexto de "curar" a vítima da sua transexualidade, também é comum durante o delito serem proferidos xingamentos ou comentários preconceituosos, ou se houve utilização de métodos cruéis e de tortura etc (BONTA, 2021).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das questões centrais que permeiam a extensão ou não de proteção de direitos se traduz na definição da ideia de humanização. No decorrer do artigo, se discute sobre a necessidade dessa humanização das mulheres transgênero perante a sociedade, além da necessidade anterior de se falar sobre elas, lutando contra a ampla invisibilização que sofrem. Não somente isso, lutar ainda contra as terríveis formas de violência que nelas recaem e adentrar na raiz do problema, que pode ser a melhor forma de solucioná-los ou, no mínimo aliviá-los.

Em matéria de conflitos humanos não existem soluções simplistas, além dessa constatação a consideração dos temas de proteção dos direitos humanos e das especificidades de vítimas e agressores são fundamentais para se avaliar as medidas de proteção aos seguimentos vulnerabilizados. A criação de políticas públicas visando este objetivo é uma dessas soluções, segundo Rodrigues *et al* (2020) para sua implementação é necessário que o problema seja tido como público, assim, seriam ataques transfóbicos problemas públicos? Conclui-se que sim.

O direito a vida e a segurança pública que engloba, sem distinção, todo o povo, abrange necessariamente as mulheres trans, no entanto, com o verdadeiro genocídio que se realiza contra essa comunidade não se estabelece esses direitos como bem assegurados. Levá-los a todos os indivíduos é dever mister do Estado, ou seja, do Poder Público.

Como norma norteadora do artigo, a garantia de aplicação da Lei do Femicídio em casos de vítimas trans é a principal solução que se deseja pôr em foco, principalmente pois nasceria daí um remédio em si mesmo para esses crimes, mas vai mais além pois com a sua formalização, o direito a vida das transexuais passaria a ser melhor observado em outros setores que não o jurídico, como na própria elaboração de políticas públicas.

Quanto ao mérito da adequação do dispositivo a essas mulheres, foram feitas diversas observações quanto, primeiramente, à necessidade e também à sua razoabilidade. Tal analogia se faz necessária quando observado que sem extensão interpretativa, a camada transgênero da população se encontra desamparada por completo por todo o ordenamento legal brasileiro, enquanto outras minorias vulneráveis, como as próprias mulheres cisgênero abarcadas pela lei, foram consideradas (acertadamente) carecedoras de amparo legal pontual, não parece haver interesse do legislador em fornecer a mesma proteção a todos que a necessitem.

Tão aparente é, que a alteração deliberada do projeto de lei do Femicídio se deu por pressão política e ideológica de camadas conservadoras que tinham por objetivo erradicar qualquer termo que pudesse aludir a noção de identidade de gênero, em outras palavras, impedir que a lei tratasse sobre transexuais, tudo isso sem a menor discussão que mencionasse essa categoria devido ao tamanho afimco em perpetuar a sua invisibilização.

Em razão disso, é fundamental haver um processo que já aconteceu anteriormente com as classes minoritárias que hoje são protegidas legalmente, que se trata da já mencionada humanização da pessoa transgênero, o afastamento da noção errônea de que fornecer direitos humanos a elas resultaria na ruína dos valores morais, noção essa que existia em alguns setores ideológicos quanto a posituação do crime de racismo anos atrás. Portanto, deve-se demonstrar que transexuais não são seres imorais, mas são tão seres humanos quanto qualquer um deles e que merecem garantias básicas para sua sobrevivência.

Já no tocante a efetiva possibilidade dessa adequação da qualificadora, pode-se amparar nas decisões de tribunais superiores anteriormente expostas, sobretudo no julgamento do STF que reconheceu homotransfobia como amparadas no crime de racismo (ADO 26 E MI 4.733), logo, se tal decisão objetiva equiparar os grupos minoritários vulneráveis um ao outro para garantir proteção antes inexistente, é possível traçar um paralelo entre a equiparação de LGBTs e negros por identidade conceitual, e uma possível equiparação entre mulheres cis e trans relativamente ao crime de feminicídio, que poderiam também se verificar dentro da mesma identidade conceitual de mulher.

Ainda há de se notar que decisões superiores também já equipararam a mulher trans e cis como no Resp1977124 do STJ e na ADI 4275/DF do STF, naquela, garantindo a proteção a mulher transexual sob a LMP e nesta, reconhecendo aos transgêneros o direito de mudança de nome e gênero em seus documentos. Partindo dessas decisões fica inequívoco que o judiciário tem aderido ao entendimento de que pessoas transexuais não devem ser socialmente segregadas das pessoas cisgênero, mas sim que seus direitos devem ser aproximados ao máximo.

Conclui-se que a mulher transexual já é inegavelmente reconhecida judicialmente como mulher e que tal reconhecimento deveria também vincular a própria legislação como forma de sanar a completa omissão dos legisladores em tratar de tal matéria, não há motivos para afastamento da qualificadora do feminicídio se uma mulher transexual se encontrar vítima de homicídio por razão da condição de ser mulher sem que com isso o sistema judiciário a coloque em posição de inferioridade em relação à mulher cis, o que iria de encontro com as decisões formalizadas por este mesmo sistema anteriormente, assim manter tal equiparação em todos os âmbitos da sociedade é fundamental.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, D. N; **Inovações jurídicas na Lei Maria da Penha**: medidas protetivas e defesa de direitos, 2017.

BANDEIRA, L. M; ALMEIDA, T. M. C. Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 501-517, maio-agosto. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/%25x>. Acesso em: 25 out. 2022.

BENEVIDES, B. BRASIL LIDERA CONSUMO DE PORNOGRAFIA TRANS NO MUNDO (E DE ASSASSINATOS). Revista Híbrida. Disponível em: <https://revistahibrida.com.br/brasil/o-paradoxo-do-brasil-no-consumo-de-pornografia-e-assassinatos-trans/>. Acesso em: 08 nov. 2022.

_____. **Dossiê Assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**. Brasil: Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA), 2021.

BENJAMIN, H. **The TRANSEXUAL PHENOMENON**. Dusseldórfia: Symposium Publishing, 1999.

BENTO, B. **A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na Experiência Transexual**. Rio de Janeiro: Editora Garamond Ltda, 2006

BEZERRO, J. Feminicídio: o que é, lei, tipos e estatísticas. **TodaMatéria**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/feminicidio/>. Acesso em: 3 maio 2022.

BIANCHINI, A. A Qualificadora do Femicídio é de Natureza Objetiva ou Subjetiva?. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203–219, mar. 2016. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/femicidio.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2022.

BONTA, R. Hate Crimes. **State of California Department of Justice**

Office of the Attorney General, 2021. Disponível em: <https://oag.ca.gov/HATECRIMES>. Acesso em: 1 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso Especial 1977124/SP. Recurso especial. Violência de gênero. Alegação de contrariedade ao art. 5º da lei maria da penha. [...] Ministério Público Do Estado De São Paulo versus L A DA S F. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. São Paulo, 5 de abril de 2022. **Ministério Público Federal**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_RESP1977124LMPmedidaprotetivatansexualP.pdf. Acesso em: 3 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 132/RJ. [...] União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Relator: Min. Ayres Britto. Rio de Janeiro, 5 de maio de 2011. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 3 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.275/DF. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. [...] Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, 1 de março de 2018. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 3 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão 26/DF. [...] exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 3 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado De Injunção 4733/DF. [...] Dever do estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. Homotransfobia. [...] Associação

Brasileira De Gays, Lésbicas E Transgêneros – ABGLT versus Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Distrito Federal, 13 de junho de 2019. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 3 maio 2022.

BUENO, S. **Violência contra as mulheres em 2021**. [S. /], 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Acesso em: 3 maio 2022.

BUTLER, J. **Problemas de gênero - Feminismo e subversão da identidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CALIFIA, P. **Sex Changes: The Politics of Transgenderism**. California: Cleis Press, 2003.

CONVENÇÃO Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”. 9 jun. 1994.

DINIZ, D. NOMEAR FEMINICÍDIO: CONHECER, SIMBOLIZAR E PUNIR. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 114/2015, p. 225 – 239.

DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FABER, M. E. E. O RENASCIMENTO. **História Livre**. Disponível em: <http://www.historialivre.com/moderna/renascimento.htm>. Acesso em: 13 set. 2022.

FERNANDES, V. D. S. Femicídio: uma carta marcada pelo gênero. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/437/edicao-1/femicidio:-uma-carta-marcada-pelo-genero>. Acesso em: 3 maio 2022.

FERRO, M. C. S. F. Exclusão Do Corpo Trans: Uma Análise Do Assassinato De Dandara Dos Santos. **Revista Habitus**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 16, p. 48-57, agosto, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/habitus/article/view/28812/16028>. Acesso em: 3 maio 2022.

GALLI, R. A. *et al.* **Corpos mutantes, mulheres intrigantes: transexualidade e cirurgia de redesignação sexual**. Psicologia: Teoria e Pesquisa [online]. 2013, v. 29, n. 4, pp. 447-457. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-37722013000400011>. Acesso em: 17 out. 2022

ILGA-EUROPE. **Annual Review Of The Human Rights Situation Of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans And Intersex People In Europe And Central Asia**. Bélgica: ILGA-Europe, 2022.

IOTTI, P. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. **Revista Consultor Jurídico**, [s. /], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equiparahomofobia-racismo>. Acesso em: 28 nov. 2022

JESUS, J. G. **Orientações Sobre Identidade De Gênero: Conceitos e Termos**. 2. ed. Brasília: [s.n.], 2012.

JOHAS, B; AMARAL, M; MARINHO, R. **Violências E Resistências: Estudos de Gênero, Raça e Sexualidade.** Teresina: EDUFPI, 2020.

KUEFLER, M. **The Boswell Thesis: Essays on Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality.** Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

LGBT. **Memórias da Ditadura.** Disponível em: <https://memoriasdaditadura.org.br/lgbt/>. Acesso em: 2 maio 2022.

LOPES, A. J. Transexualidades: psicanálise e mitologia grega. **Estud. psicanal.**, Belo Horizonte, n. 47, p. 47-71, 2017. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-34372017000100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13 set. 2022.

MEDEIROS, L. **Gênero: você entende o que significa?**. [S. /], 20 maio 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/vamos-falar-sobre-genero/>. Acesso em: 3 maio 2022.

MOREIRA, E. A. S; MARCOS, C. M. Breve Percurso Histórico Acerca Da Transexualidade. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 25, n. 2, p. 593-609, 2019. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/psicologiaemrevista/article/view/15311>. Acesso em: 13 set. 2022.

NOGUEIRA, S. **A Face Da Violência Transfóbica No Brasil.** 2022. Apresentação do Power Point.

OLIVEIRA, C. F. S. **De “Razões De Gênero” A “Razões De Condição Do Sexo Feminino”: Disputas De Sentido No Processo De Criação Da Lei Do Femicídio No Brasil.** Florianópolis: Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women’s Worlds Congress, 2017.

_____ **Do pensamento feminista ao código penal: o processo de criação da lei do feminicídio no Brasil / Clara Flores Seixas de Oliveira (Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2017. 200 p.**

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics.** World Health Organization, 2019. Disponível em: <http://id.who.int/icd/entity/411470068>. Acesso em: 29 abr. 2022.

PIRES, A. A. A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri. **JusBrasil**, Distrito Federal, maio 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo de Genero/Femicidio/fem artigos/aNaturezaQualificadora.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo%20de%20Genero/Femicidio/fem%20artigos/aNaturezaQualificadora.pdf). Acesso em: 1 jun. 2022.

PORFÍRIO, F. Feminicídio. **Mundo Educação.** Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/femicidio.htm>. Acesso em: 3 maio 2022.

RABELO, D. P. Incidência da Violência Contra a Mulher e a Lei do Feminicídio. **Revista Brasileira Interdisciplinar de Saúde**, [s. /], v. 1, ed. 4, p. 71-76, 2019. Disponível em: <https://revistarebis.rebis.com.br/index.php/rebis/article/view/55>. Acesso em: 3 maio 2022.

RAMOS, M. M. *et al.* **Gênero, Sexualidade e Direito: Uma Introdução.** Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

RODRIGUES, A. S. C. **Feminicídio no Brasil:** uma reflexão sobre o direito penal como instrumento de combate à violência de gênero / Annelise Siqueira Costa Rodrigues (Trabalho de conclusão de curso - Bacharelado em direito) - Universidade Federal Fluminense. Volta Redonda, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/4840>. Acesso em: 3 maio 2022.

RODRIGUES, J. W. C; BARBOSA, B. R. S. N; SILVA, L.V. O Combate À Transfobia Na Agenda De Políticas Públicas De Segurança No Brasil: Cenário Atual E Desafios. **Revista Estudos Institucionais**, [s. /], v. 7, n. 3, p. 1060-1080, set./dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v7i3.490>. Acesso em: 28 nov. 2022.

SERANO, J. **Whipping Girl:** A Transsexual Woman on Sexism and the Scapegoating of Femininity. California: Seal Press, 2007.

SPIZZIRRI, G. *et al.* **Proportion of people identified as transgender and non-binary gender in Brazil.** [s./]: Scientific Reports, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41598-021-81411-4>. Acesso em: 29 abr. 2022.

TRANSCENDEMOS EXPLICA. **Transcendemos.** Disponível em: <https://transcendemos.com.br/transcendemosexplica/trans/>. Acesso em: 2 maio 2022.

TRANSEXUALIDADE NÃO É TRANSTORNO MENTAL, OFICIALIZA OMS. **Conselho Federal de Psicologia**, 2019. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/transsexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/>. Acesso em: 2 maio 2022.

UNFE. **Violência homofóbica e transfóbica.** United Nations. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/FactSheets/UNFEFactSheet_Homophobic_and_transphobic_violence_PT.pdf. Acesso em: 1 jun. 2022

ABANDONO AFETIVO: REPARAÇÃO PECUNIÁRIA PELA OMISSÃO DE CUIDADOS

LAYS ROCHA CELESTINO: Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro.

ANTONIO DE LUCENA BITTENCOURT NETO

(orientador)

RESUMO: A omissão do poder familiar, que é oferecer essa segurança e esses cuidados, principalmente no tocante do afeto, criando um certo distanciamento da criança ou do adolescente, causando a este impactos que afetarão a sua saúde mental, social e física, o artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, junto ao artigo 1638 do Código Civil trata de punir, dentro das formas da lei com a suspensão ou extinção do poder familiar, todo pai que negligenciar, discriminar, explorar alguma situação, agir com violência ou cometendo crueldades, descumprindo o direito fundamental da criança. Com isso esse artigo tem como principal objetivo analisar como a reparação pecuniária pode ser utilizada como um mecanismo de proteção à criança para punir o genitor que se afastar da obrigação de estar presente dando atenção e cuidado para seu filho. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que foi realizada através de análise de estudos, teses e livros, além de uma nova compreensão sobre a respectiva lei.

PALAVRAS-CHAVE: Reparação. Abandono. Família.

ABSTRACT: The omission of family power, which is to offer this security and care, especially regarding affection, creating a certain distance from the child or adolescent, causing impacts that will affect their mental, social and physical health. Article 5 of the Statute of the Child and Adolescent, together with Article 1638 of the Civil Code deals with punishing, within the forms of law with the suspension or termination of family power, any parent who neglects, discriminates, exploits any situation, acts violently or commits cruelty, failing to comply with the fundamental right of the child. Thus, the main purpose of this article is to analyze how pecuniary reparations can be used as a child protection mechanism to punish the parent who neglects the obligation to be present and give attention and care to the child. This is a bibliographical research that was conducted through the analysis of studies, theses and books, in addition to a new understanding of the respective law.

KEYWORDS: Reparation; Abandonment; Family.

1 INTRODUÇÃO

As famílias vêm sendo estudadas por diversas ciências, com o intuito de explicar quais são as principais transformações que advêm dessas relações no decorrer do tempo. Os reflexos desses estudos trouxeram para o Direito de Família novos paradigmas e novos entendimentos sobre as relações sociojurídicas. Visto que, atualmente pode-se encontrar as novas configurações sobre a convivência familiar até no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, que por sua vez, trouxe consigo alguns reflexos constitucionais voltados para o âmbito familiar que tiveram como base

estrutural para a moral, físico, psicológico, mental e social, para a construção de uma vida adulta dessa criança ou adolescente, a partir do papel de assistir, criar e educar os filhos. Desse modo, a omissão do poder familiar, que é oferecer essa segurança e esses cuidados, principalmente no tocante do afeto, criando um certo distanciamento da criança ou do adolescente, causando a este consequências que afetarão a sua saúde mental, social e física, o artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, junto ao artigo 1638 do Código Civil trata de punir, dentro das formas da lei com a suspensão ou extinção do poder familiar, todo pai que negligenciar, discriminar, explorar alguma situação, agir com violência ou cometer crueldades, descumprindo o direito fundamental da criança, poderá sofrer determinada punição.

Além da suspensão do poder familiar deste pai para com seus filhos, o seu distanciamento poderá ocasionar à criança o sentimento de desamparo, visto que quando não recebe o devido afeto, considera-se abandono.

Dessarte, esse artigo tem como principal objetivo analisar como a reparação pecuniária pode ser utilizada como um mecanismo de proteção à criança, punindo o genitor que quiser se afastar da obrigação de estar presente na vida da mesma, dando atenção e cuidado para seu filho. Com objetivos específicos busca-se demonstrar a atuação dos princípios voltados para a dignidade humana no tocante da afetividade e convivência familiar; verificar no instituto de responsabilidade civil dentro dos casos de abandono afetivo, como intuito de ensejar uma reparação punitiva e pedagógica para o genitor ou responsável; pontuar os casos de abandono afetivo que foram julgados favoráveis para a reparação pecuniária e como os tribunais lidam com essas problemáticas.

Com isso a pesquisa possui como metodologia, a pesquisa bibliográfica realizada em banco de dados, livros, leis, teses, artigos e outras pesquisas publicadas voltadas para essa temática. Para isso, foram adotados para critério de inclusão de estudos na pesquisa, as teses, livros e outros materiais que estejam de acordo com o objetivo da pesquisa. Como critério de exclusão, foram descartados todos os artigos que não estiveram em concordância com o objetivo dessa pesquisa.

2 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E SEUS PRINCÍPIOS

2.1 Princípio da Dignidade Humana

O princípio da Dignidade Humana possui seu alicerce na Constituição Federal de 1988, por se tratar de um princípio constitucional no qual traz consigo o título I que aludem outros demais princípios fundamentais que estão inseridos no próprio ordenamento jurídico brasileiro, sendo levado em consideração para a interpretação do que precisa ser respeitado como princípios básicos e fundamentais para a sobrevivência e preservação da integridade de um indivíduo, nestes termos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988, s.p.).

Dentro desse contexto, Barroso (2015, p.285) descreve que a dignidade humana é um valor fundamental para o indivíduo. Assim, compreende-se que os valores fazem parte da prática jurídica bem como parte da seara no qual o ordenamento jurídico faz parte, assim, os valores assumem a forma de princípios. Por outro lado, a dignidade, é considerada como um princípio jurídico de status constitucional. Desse modo, assim como o princípio e o valor, a dignidade humana atua como uma justificação para o fundamento de normas para que possam fazer valer os direitos fundamentais.

No entanto, para que possa existir uma compreensão mais aprofundada sobre o princípio da dignidade, faz-se necessário que seja apresentada a conceituação desta, junto com todos os outros termos que fazem parte do seu entendimento. Com base nisso, Barroso (2015, p.286) afirma que para que possa ser aplicado juridicamente o princípio da dignidade humana precisa existir um conteúdo previamente adotado levando-se em conta a laicidade, neutralidade política e universalidade, ou seja, precisa ser algo que pode ser alcançado por qualquer pessoa. Quanto ao conteúdo, precisam constar três elementos, nos quais pode-se citar: o valor intrínseco do ser humano, a autonomia individual e o valor comunitário.

Assim, a etiologia da palavra dignidade passou a ser mais conhecida após a expressividade com Kant relacionado com a metafísica dos costumes. Este por sua vez passou a explicar que todo ser humano possui um valor inerente que o torna sem preço, com isso todos estamos está acima de condições materiais ou de preços. Esse valor que faz parte da natureza humana que o torna único e insubstituível cria um valor intrínseco o tornando superior, recebendo o nome de dignidade. Dessa forma, as coisas possuem preço, e as pessoas possuem dignidade (LOBO, 2015, p.76).

Com isso, a dignidade possui reconhecimento do Estado perante as leis e a própria Constituição Federal, visto que fica discriminado que toda a pessoa tem valor como pessoa e não dever ter suas personalidades desprezadas em nenhuma situação. Dentro desse campo que há um espaço para os Direitos Humanos que por sua vez existe para garantir que a pessoa tenha preservada a sua dignidade como ser humano independente de qualquer situação que o indivíduo possa estar envolvido. Com base nisso, os Direitos Humanos atuam para garantir que a pessoa possa ter sua autonomia, visto que essa autonomia passa a ser limitada em prol dos valores sociais e interesses estatais. Com base nisso, os direitos do indivíduo, junto de sua integridade e autonomia serão preservados desde que não ultrapassem os direitos e valores da comunidade, passando disso, torna-se uma responsabilidade social por parte do indivíduo sobre suas próprias escolhas (BARROSO, 2015, p.287-288).

Assim, passou-se a ser compreendido que a dignidade humana é uma concepção ética do que é a pessoa humana dentro de sua essência, visto que se trata dos valores considerados intrínsecos a qualquer indivíduo. Além disso, a ética é o conhecimento voltado para a natureza humana e por isso, não respeitar o princípio da dignidade humana é retirar de uma pessoa a sua natureza ou a sua própria vida. A devida observância desse princípio está relacionada com a justa adequação do direito para um caso concreto, diferentemente do que acontece em juízo moral,

quando a lei é aplicada de forma fria e distante sem ser levada em consideração outros fatores considerados importantes (PEREIRA, 2006, p.85-88).

Lôbo (2015, p.76) disserta que a dignidade humana é um núcleo existencial que se apresenta como essencial para qualquer pessoa, tornando todos iguais mas simultaneamente individuais perante o direito que cada um possui, iguais porque todos possuem o mesmo direito perante à Constituição Federal, e se tratando de direitos fundamentais são os direitos que todo ser humano precisa para existir como pessoa ou ser humano.

Por isso, perante à Constituição Federal de 1988, a dignidade é um princípio que possui um valor considerado como supremo, no qual todos os outros princípios passam a se basear, sendo um ponto de partida. Isso porque é considerado como o princípio que está inerente à existência do ser humano e por isso precisa ser respeitado e priorizado em todas as possíveis relações pertencentes ao Estado Democrático de Direito. Com isso, se apresentou com um princípio que foi se irradiando para todo o ordenamento jurídico e para todas as demais pessoas, principalmente voltando para os casos de direito de família, no qual se tornou um marco para essa área, manifestando superação de impasses antigos, permitindo com que existisse um novo entendimento dentro da seara de família (PEREIRA, 2006, p.69-87).

Vale ressaltar que a própria Constituição Federal trouxe para dentro do Direito de família alguns pontos que frisam a presença do princípio da dignidade humana, como descrito no art. 226, parágrafo 7º, o qual discrimina que todo planejamento familiar precisa estar pautado na dignidade humana. Por outro lado, no art. 225, envolvem todos os atores: Estado, família e sociedade o dever de proteger e assegurar todos os direitos relacionados às crianças e adolescentes, colocando-os como prioridade e garantindo protegê-los de qualquer situação considerada como insatisfatória, que considera-se como salvaguardar a dignidade do filho(a). No art. 230, mais precisamente dentro do capítulo VII cita também a importância da dignidade humana, da mesma forma que é para crianças, adolescentes, jovens também para idosos (MADALENO, 2009, p.19).

Pode-se citar o que discrimina nesse art. 226, no qual cita a dignidade humana como um fator primordial para assegurar os direitos fundamentais de qualquer indivíduo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coerciva por parte de instituições oficiais ou privadas.

[...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Dessa maneira, a Dignidade Humana é tida como um princípio fundamental como discriminado no art. 1º, inc. III, no qual descreve que A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se como Estado Democrático de Direito e tem como principais fundamentos os seguintes: dignidade da pessoa humana no qual traz consigo atributos que constituem valor-guia de toda a ordem jurídica, sendo considerada como essencial para que aconteça a ordem social. Assim, o próprio Constituinte deixou translúcido a intenção de dar aos princípios fundamentais as devidas qualidades voltadas para a norma sustentável e informativa que traz consigo toda a ordem constitucional.

De acordo com Bulos (2002, p.1372) voltando-se para o art. 170 “caput” que versa: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”. Dessa maneira, a dignidade humana envolve na capacidade da valorização da capacidade do outro, permitindo que o outro exista e tenha seus direitos garantidos.

2.2 Princípio da Afetividade e da Convivência Familiar

Junto com o princípio da Dignidade Humana, que é considerado como o principal entre todos os outros, porque justamente permite com os outros também existam, se apresentando como o principal alicerce voltado para todo o ordenamento jurídico. Diante disso, houve uma evolução do direito de família, como principal consequência do surgimento de “novos” princípios que pertencem à seara do direito, no qual pode-se citar o princípio da Afetividade e da Convivência Familiar, que por sua vez é considerada como o amor e o carinho que um indivíduo pode dispor a outro. No entanto, para saber como o sentimento da afetividade passou a fazer parte do ordenamento jurídico, precisa-se primeiramente compreender toda a historicidade vinculada.

Assim, na doutrina atual e contemporânea, o afeto passou a ter um valor jurídico, no qual foi passado a alcançar a importância de um princípio considerado como geral. Assim, destaca Groeninga (2008, p.28) que o papel atribuído à subjetividade e também à afetividade tem sido cada vez mais citado no ramo do Direito de Família, que por sua vez não pode ignorar o vínculo que as pessoas possuem umas com as outras quando estão no seio da sua família, de maneira que o princípio busca objetividade na subjetividade que ocorre nas relações entre pais e mães. Perante a

isto, cada vez mais se dá importância aos afetos que ocorrem dentro da relação familiar, sendo a afetividade como um princípio de extrema importância dentro da seara do Direito de Família.

Desse modo Pereira (2014, p.65-66) descreve que mesmo esse princípio não estando positivado perante a Constituição Federal de 1988, ainda sim é considerado um princípio jurídico de extrema relevância, *in verbis*:

[...] pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5º, § 2º, CF). O princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. Pode-se destacar um anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento de preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos de ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não pode coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiro se mantêm unidos pelo vínculo da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem suas independências. Essa é a verdade diretriz prelecionada pelo princípio da afetividade.

No entanto, precisa ser ressaltado que afetividade é diferente de amor, visto que afetividade está relacionada com a interação que existe entre as pessoas, que pode ser tanto uma carga positiva quanto negativa. Em vista disso, o afeto positivo é o amor, por outro lado o afeto negativo é o ódio. Pode-se compreender que ambas as cargas fazem parte das relações familiares. Por causa disso, que os juristas passaram a compreender a afetividade como algo relevante no Direito de Família, justamente por causa das relações familiares.

Com base nisso, Calderon (2012, p.34) afirma que faz sentido o Direito laborar lado a lado com a afetividade e que sua atual consistência indica que se trata de um princípio pertencente ao sistema jurídico brasileiro. A presença da relevância da afetividade para as relações sociais demonstra que a análise jurídica precisa levar em consideração a forma como as partes se relacionam dentro do Direito de Família, uma vez que a afetividade se tornou um dos princípios que trazidos à baila pela própria Constituição Federal e que está inserida também dentro do Código Civil, pertencente às outras regras do ordenamento.

Dessa forma, Ascensão (2004, p.4) discrimina que os princípios atuam no disposto com orientações que são desprezadas não somente pela complexidade legal, mas por parte de toda a ordem jurídica. Essa relevância jurídica é observada por causa dos prejuízos que se apresentam como consequência de uma relação entre o indivíduo e outro. Essa forma de pensar trouxe impactos

relevantes para o Direito Contemporâneo por causa de todos os danos que acometem um indivíduo que não gozou da afetividade dos pais.

Calderón (2013, p.402) discrimina que o princípio da afetividade possui duas dimensões que se dividem de acordo com os fatos sociais, nestes termos:

A dimensão objetiva envolve a presença de fatos tidos como representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais, que indicam a presença de uma manifestação afetiva. A dimensão subjetiva trata do afeto anímico em si, do sentimento do afeto propriamente dito. Esta dimensão subjetiva, do princípio certamente escapa ao Direito, de modo que é sempre presumida, sendo que constatada a dimensão objetiva da afetividade restará desde logo presumida a presença da dimensão subjetiva. Dito de outro modo, é possível designá-lo como princípio da afetividade jurídica objetiva, o que ressalta o aspecto fático que é objeto da apreensão jurídica.

Com base nisso, Bonavides (2005, p.89) afirma que os princípios inserem no campo do Direito, os valores que devem ser considerados como fundamentais, considerados como supremos nos quais envolvem os direitos de pessoas, junto da seguridade e de suas respectivas garantias, conforme as competências de uma sociedade constitucional. Dessa maneira, os princípios são tidos pela sociedade como conteúdos constitucionais que possui uma dimensão normativa mais elevada.

Para Mello (2000, p.23) é mais grave quando se viola um princípio do que quando se transgredir uma norma, porque ao ignorá-lo não somente fere de morte um mandamento que é obrigatório, mas também passa a desconsiderar todo o sistema que fazer parte do comando, *in verbis*:

Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Dessa maneira, o princípio da afetividade está relacionado com a interação que deve existir entre pessoas, principalmente quando essas pessoas fazem parte da família sendo representada como no caso os pais. Assim, passou a ser considerado dentro do Direito de Família justamente por causa do seu histórico no qual esteve durante muitos anos famílias construídas a base somente da obrigação e não do afeto, sendo comprovado que esses tipos de criação podem impactar no desenvolvimento humano do indivíduo.

2.3 Princípio da Paternidade Responsável

O princípio da paternidade responsável gira em torno da autonomia de escolher se quer ter filhos ou não, contudo quando decide ter filhos, esse princípio está relacionado com toda a

responsabilidade que esse indivíduo arca para criar sua prole, se comprometendo em criar de forma adequada um indivíduo que depois irá conviver em sociedade. Com base nisso, apresenta um status constitucional, através do art. 226, §7º da Carta Magna, no qual o princípio da paternidade teve a sua tradução para a legislação infraconstitucional pelo art. 4º, relacionado ao Estatuto da Criança e do Adolescente, junto ao art. 1.566, inciso IV, do código Civil, que por sua vez trazem sentido a responsabilidade paterna e também materna.

Perante a isso, Cardin (2009, p.06), a paternidade responsável pode ser conceituada como a responsabilidade ou a obrigação que os pais possuem perante a criação de seus filhos, no qual está responsável pela assistência moral, afetiva, intelectual e material dos filhos. Dessa maneira, esse princípio somente será concretizado quando toda a população tiver contato com o planejamento familiar e ver importância em conhecer as políticas públicas e obter informação sobre o controle de natalidade e de prole. Assim, pode-se citar a Lei 9.263, de 1996 faz com que as políticas públicas existam para garantir também o planejamento familiar, para isso define-se um conjunto de ações de regulação de fecundidade que possam garantir direitos constitucionais, bem como limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Dessa maneira, dispõe o art. 4º, da respectiva lei supracitada, *in verbis*, que "o planejamento familiar se orienta por ações preventivas e educativas, e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

3 ABANDONO AFETIVO E REPARAÇÃO CIVIL

3.1 Pressupostos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil é conhecida na atualidade como a ideia de que qualquer pessoa pode ser reparada por algum dano sofrido, cuja finalidade é fazer com que o indivíduo que se sentiu prejudicado volte a um estado anterior, caso não haja a devida reparação possa existir uma indenização que esteja proporcional ao que foi causado, que por sua vez é ocasionado pela consequência jurídica por não cumprir uma lei.

No Brasil, assim como em outros diversos países que foram influenciados pelo Direito Romano, existe o sistema dualista de responsabilidade civil, como nos países como Portugal, Espanha, França, Argentina, que são uns dos países que possuem esse tipo de sistema que diferencia a responsabilidade civil que advém de uma prática de um delito da responsabilidade causada pelo descumprimento de um acordo ou obrigação entre partes. Ao contrário do que acontece no Código Civil da Alemanha que não distingue essas formas de descumprimentos e unifica a responsabilidade civil independente da situação, não diferenciando a obrigação contratual e extracontratual (CHANAN, 2018, p. 74-97).

A responsabilidade civil tem uma relevância considerável na vida de um indivíduo, principalmente no tocante social, pois busca reparar alguns danos morais e patrimoniais ocasionados por ilícitos civis, se apresentando passíveis de indenização. Como afirma Pereira (2014, p.11), nestes termos:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se anuncia como princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

Dessa maneira, o Código Civil brasileiro de 2002, discrimina no seu art. 186, discrimina que toda a pessoa que ocasiona prejuízos a outrem se torna obrigada a repará-la, por isso estabeleceu o respectivo dispositivo legal, *in verbis* que “[...] aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, analisando-se o artigo supracitado, pode-se observar que são quatro pressupostos que são considerados essenciais da responsabilidade civil, que por sua vez são a ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. Sem que a comprovação de que teve danos não tem como ter responsabilidade civil. Entretanto, um dano pode ser considerado tanto material quanto imaterial, que no caso são os de natureza moral, isto é, não há um prejuízo financeiro do que se considera ofendido. No entanto, no Código Civil de 2002 existe um capítulo que descreve detalhes sobre a liquidação do dano, no qual alude a discriminação dos modos de apuração dos prejuízos e conseqüentemente indenização que é cabível. Com base nisso, a inexistência de um dano pode ser considerada como um ponto importante para a reparação (GONÇALVES, 2011, p.54).

Dessa maneira, para que possa ser caracterizada uma responsabilidade civil, a condutodo indivíduo precisa estar composta de ilicitude em conjunto com um comportamento voluntário que por sua vez acaba violando outro direito de outrem. Com isso, a legislação civil discrimina que para a responsabilidade civil precisa existir o dolo do agente, estando este presente na expressão ação ou omissão voluntária, estando a culpa voltada para a negligência e imprudência. Assim, Cavalieri Filho (2014, p.45-46):

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto na vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante-, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita medida em que desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente da falta de cuidado.

Com isso, pode-se compreender que o dano é algo que é passível de responsabilidade civil. Assim, se não tiver a prova desse dano não tem como falar sobre responsabilidade civil. Por isso que para alguns doutrinadores, o dano se apresenta como um grande vilão da responsabilidade civil, porque existem danos que não são observáveis, mas que fazem a vítima sofrer, como no caso o dano à imagem, dano à liberdade do indivíduo. Nesses termos:

[...] a lesão a um bem ou interesse tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, o dado é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

No entanto, para que o dano possa ser algo reparável, precisa ser levada em consideração três atributos que são inerentes ao dano reparável, que são: a) violação de um interesse jurídico – patrimonial ou moral; b) a efetividade ou certeza; c) subsistência. Além disso, o dano pode ser dividido em moral ou patrimonial. O patrimonial é quando o prejuízo afeta os bens da vítima. Por outro lado, o dano ainda pode afetar os bens da vítima que são considerados personalíssimos, considerado como dano moral.

Pereira (2014, p.101) considera o nexo causal como um dos elementos que se apresentam mais delicados relacionado com a responsabilidade civil, sendo com isso o mais complexo também de ser determinado. Visto que, sem a obrigação da causalidade não há a obrigação de indenizar.

Assim, a responsabilidade civil também segue princípios que se apresentam norteadores, mas que também vem sofrendo mudanças no decorrer dos anos, principalmente relacionado a lides. Com isso, o conceito básico do que se compreende sobre responsabilidade civil está relacionada com a reparação que um indivíduo tem que fazer a outro por algum prejuízo ou dano sofrido, inspirado pelo princípio romano *neminem laedere* que tem como principal significado “a ninguém lesar” estando relacionado a pessoa que por alguma ação, omissão, ato ou negligência pode causar dano a alguém acaba cometendo um ato ilícito tendo que reparar a outra pessoa que foi lesada, principal objetivo pelo qual esse princípio foi criado. Sobre essa visão, Donnini (2013, p.485-487) *in verbis*:

O preceito *alterum non laedere* ou *neminem laedere* (“a ninguém ofender”, não lesar a outrem”) demonstra, com clareza, a filosofia de Epicuro, que considera o resultado de um compromisso de utilidade, com o escopo de os homens não se prejudicarem uns aos outros. Trata-se de uma regra de direito natural. Enquanto os estoicos determinavam como regra de vida a observância à razão e à natureza, assim com à virtude, o Epicurismo propõe a felicidade, no sentido de bem-estar individual e coletivo.

Ou seja, esse princípio romano trata do compromisso que é estabelecido entre as pessoas, no qual são assumidos uns com os outros, e quando esse compromisso não é selado ou honrado

é considerado como um ato de ofensa ou dano ao outro, por isso precisa reparar o que se sentir lesado. Dessa forma, pode-se afirmar que a responsabilidade civil possui duas ordens de deveres, no qual cita-se a primeira como natureza primária, e a outra é a natureza secundária. A primeira trata-se sobre a exigência voltada para que o agente cumpra o seu compromisso. A segunda está relacionada como a hipótese de que o agente descumpra o seu dever, ocasionando com isso uma lesão, ao patrimônio ou para a pessoa.

Com isso, a responsabilidade civil por fato da coisa está relacionada com a responsabilização civil com alguém ou com um animal, que está sob a guarda desse indivíduo, no qual tenha a ele causado dano. Com base nisso, discrimina Filho (2012, p.26) nestes termos que:

Pode, ainda, alguém ser responsabilizado por dano causado por animal ou coisa que estava sob sua guarda (fato da coisa), conforme previsto nos arts. 936, 937 e 938 do Código Civil. Quando melhor analisarmos esses casos, veremos que a lei responsabiliza as pessoas neles indicadas porque tinham um dever de guarda, vigilância ou cuidado em relação a certas pessoas, animais ou coisas e se omitiram no cumprimento desse dever.

Dessa maneira, na responsabilidade por fato da coisa, a pessoa que detém a guarda de coisa ou animal ou sob outra pessoa, responde pelo prejuízo que possa ter ocasionado a estes, visto que se trata de uma consequência de sua própria omissão (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 26).

3.2 Responsabilidade Civil pelo abandono afetivo parental

Pode-se afirmar que maior dano que o abandono pode causar é o dano afetivo. Há diversos casos de abandono afetivo parental, no qual o pai, ao se ver separado e sem a guarda acaba ficando cada vez mais distante da prole ao ponto de não manifestar mais afeto por seus filhos. Com isso Neto (2014, p.111) afirma que:

[...] o dano afetivo é aquele que atinge a criança ou o adolescente, em consequência do descumprimento do direito-dever de visita do pai – e às vezes da mãe –, fixado de comum acordo entre marido e mulher na separação consensual, ou imposto coativamente pelo juiz nas sentenças de separação e divórcio litigiosos, investigação de paternidade, regulamentação de visitas etc.

Com base nisso, os doutrinadores levantam a hipótese de que há responsabilidade civil por parte dos pais pelo abandono afetivo de crianças e adolescentes, visto que esse comportamento ocasionar danos que podem ir se agravando no decorrer dos anos e pode afetar por tempo indeterminado a vida dos indivíduos que sofrem esse abandono. Assim, afirma Hironaka (2005, p.34) *in verbis*:

A procura pelo fundamento da resposta a essa pergunta levaria à seguinte indagação: a denominada responsabilidade paterno-filial resume-se ao dever de sustento, ao provimento material do necessário ou do imprescindível para manter a prole, ou vai além dessa singela fronteira, por

situar-se no campo do dever de convívio, a significar uma participação mais integral na vida e na criação dos filhos, de forma a contribuir em sua formação e subsistência emocionais.

Ocorre que quando o filho está sob guarda de um dos pais, seja da mãe ou do pai, o outro entra em comum acordo para que possa ficar mantendo contato com o filho(a), bem como continuar visitando-o(a), tendo a sua companhia e acompanhando também o seu desenvolvimento físico e psicológico, podendo inclusive fiscalizar a manutenção de sua educação (BRASIL, 2002, s.p.).

Dessa maneira, Neto (2014, p.97) descreve que:

Esse dever consiste não apenas na prerrogativa do respectivo titular de se avistar com a criança ou adolescente, mas também de com ela ou ele se comunicar por meio de correspondência, e-mail, telefone celular etc., assegurando-lhe, ainda, o poder de fiscalizar a manutenção e a educação. Pressupõe, assim, que haja convivência entre ambos, para que, conforme o caso, o vínculo se estabeleça ou se consolide, gradativamente e que a criança ou o adolescente possa receber o afeto, a atenção, a vigilância e a influência daquele ou daquela que não detém sua guarda, de modo a alcançar a plena higidez física, mental, emocional e espiritual, que, como se sabe, depende, entre outros fatores, do contato e da comunicação recíproca e permanente com seus dois progenitores.

Dessa maneira, se torna importante que haja convivência entre pai e filho, podendo acontecer este contato de diversas maneiras sejam presenciais ou virtuais, no entanto o contato precisa existir para que a criança ou adolescente sinta que está recebendo o afeto e a atenção daquele que não detém a sua guarda, mas que cumpre com a sua responsabilidade de manter um relação com o outro genitor com o intuito de oferecer toda a segurança necessária que a criança ou adolescente precisa. Entretanto, o descumprimento dos deveres parentais, ocasionam na criança e adolescente prejuízos que impactam sua saúde mental e emocional, fato este suficiente para que gere o fato ensejador de condenação ao pagamento de indenização por este dano. Dessa maneira, o Código Civil brasileiro de 2002 prevê dentro do art. 1.638, II, que cairá sob esse pai ou mãe a perda do poder familiar caso deixe o filho(a) em abandono.

No entanto, sobre o abandono parental Dias (2007, p.406):

[...] a figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a falta da

figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo de vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoa inseguras, infelizes.

Com isso, Stoco (2007, p.946) ressalta que a dor que um filho sente quando passa a ter o abandono afetivo e sentir a privação do afeto ou ainda tirando o direito à convivência com seu genitor, retirando deste todo o amparo afetivo, moral, psíquico e material que esse filho poderia ter. Esse trauma se apresenta irretratável, visto que se trata da quebra de um princípio de extrema relevância para o Direito, que é o da Dignidade Humana. Contudo, o ordenamento brasileiro tem cuidado em analisar cada caso para que não se torne uma indústria de processos judiciais de filhos contra pais, que se apresentam supostamente ofendidos. Sabe-se que precisa ser considerado o termo trazido à baila pela própria Constituição Federal de 1988, em que discrimina para os pais o dever de proteger seus filhos e cuidar dos mesmos, tanto de forma material, educacional, afetiva e psicológica. Passa-se com isso a reconhecer o dano moral que a criança ou adolescente sofre com o abandono afetivo parental.

3.3 Decisões dos tribunais voltados para casos de abandono afetivo

Pode-se apontar as principais decisões apontadas e direcionadas para a matéria de responsabilização civil pelo abandono afetivo, dentre as decisões principais, dar-se-á destaque para a decisão que passou a ser ponto de partida que foi o Recurso Especial no. 757.411 – MG, que teve como relator o Ministro Francisco Gonçalves, no qual, foi recebido o seguinte texto:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2015, s.p.).

No respectivo caso, foi pleiteada uma indenização por danos morais por causa dos danos que o abandono afetivo trouxe para a vítima, no qual esta afirmou que mesmo obtendo ajuda de alimentos, não houve assistência psíquica e moral por parte do seu genitor, no qual relatou que houve afastamento do genitor no sentido de evitar contato, e que por isso foi retirado deste o direito de conhecer sua irmã paterna, além de serem ignoradas todas as tentativas de aproximação por parte do pai, que inúmeras vezes não compareceu a eventos importantes, manifestando uma atitude displicente que causava sofrimento e humilhação para a vítima, restando caracterizada com isso uma conduta culposa no qual ensejou reparação.

Outro caso decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, cita-se o Recurso Especial n. 1.159.212-SP, auferido pela Ministra Nancy Andrighi, no qual teve o entendimento de não há restrições quanto ao poder indenizar, visto que ao seu entendimento não há restrição legal às regras voltadas para a responsabilidade civil, com o dever de indenizar dentro da seara do Direito de Família. Esse julgamento foi redigido nos seguintes termos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem

restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2013, s.p.).

Nesse caso supracitado, a ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais foi ajuizada de forma desfavorável ao genitor, no qual a principal alegação foi o filho ter sofrido abandono material e afetivo durante a sua infância e uma parte de sua juventude. Contudo, no primeiro momento o juiz deu como improcedente o pedido, afirmando que o distanciamento ocorreu por causa do comportamento agressivo da genitora com relação à aproximação do genitor, logo após a tentativa de contato posterior a separação. Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no grau de apelação, reconheceu que houve de fato um abandono afetivo do genitor com a filha e por causa desse entendimento deu a fixação da compensação por danos morais no montante de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). Com isso, pode-se verificar esse julgamento segundo os seguintes termos:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. Pagamento da pensão arbitrada em dois salários mínimos até a maioridade. alimentante abastado e próspero. improcedência. apelação. recurso parcialmente provido (BRASIL, 2015, s.p.).

A respectiva decisão foi embasada ainda na afirmativa da Ministra Nancy Andrighi no qual afirmou que não há restrições que impeçam de existir a reparação pelo abandono afetivo, visto

que se trata de uma responsabilidade civil, podendo com isso indenizar e reparar os danos sofridos pela filha com esse afastamento, sendo cabível ao Direito de Família atribuir essa responsabilidade civil.

Contudo, esse entendimento ainda tem caráter subjetivo, pois os danos morais dentro dos arranjos familiares são complexos, visto que existe um alto grau de subjetividade nos relacionamentos, sendo este um fator que acaba gerando dificuldade em analisar o trinômio voltado para a responsabilidade subjetiva. Com base nessa dificuldade que Andrighi descreve que acaba se apresentando como indiscutível o vínculo que é gerado, não apenas afetivo mas também legal que existe entre pais e filhos, sendo então unânime o entendimento de que os deveres voltados para o poder pátrio da família traz consigo o dever de convívio, de cuidado, criação, educação dos filhos, visto que envolvem a necessidade de transmissão de atenção e acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança ou adolescente (JUNIOR, 2015, p. 27).

Dessa forma, quando comprovado de fato o descumprimento da imposição legal sobre o genitor, esta se caracterizará como uma ilicitude civil, de forma omissiva, atingindo bem juridicamente tutelado, que no caso relacionado trata do dever de criação, educação e devidos cuidados com a sua prole. Todavia, além de comprovar dessa quebra do cumprimento, precisa também ser verificada a existência de dolo ou culpa do agente em relação com o evento danoso (JUNIOR, 2015, p. 27).

4 CONCLUSÃO

Dessa forma, o abandono afetivo ocasiona prejuízos e sofrimento para o filho(a) e por isso, principalmente, que o pai, quando apresenta afastamento, necessidade de distanciamento do filho por causa da relação que tem com a genitora acaba criando um certo obstáculo que resulta no afastamento e isso ocasiona impacto na vida emocional e mental dessa criança. Com base nisso, verificou-se que a reparação não é voltada para a ausência do pai junto do filho, mas perante os danos que foram ocasionados à outrem e que são passíveis de indenização.

Os casos apresentados aludiram a hermenêutica que envolve essa temática nos tribunais e o quanto é subjetivo o entendimento que os ministros podem obter de situações ímpares que ocorrem dentro dos arranjos familiares. No qual pode-se afirmar que há compreensões que podem ser diferentes nos tribunais sobre a reparação pecuniária para a criança ou adolescente que sofreu com o abandono afetivo, no entanto o que precisa ser levado em consideração são os danos que impactaram a personalidade desse filho(a) bem como traumas que irão futuramente colaborar com o desenvolvimento de um temperamento que pode ser prejudicial para o desenvolvimento de um indivíduo.

Sugere-se para estudos futuros o outro viés, que é a indústria de processo de filhos contra seus pais no intuito de usar a lei para benefício próprio, ocasionando com isso uma certa estranheza nos tribunais com relação ao sentido da reparação ao abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, J. de O. **Introdução à ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª Edição, 2005.

BARROSO, L.R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.1. 159.212-SP**. Voto Relatora Ministra Nancy Andrighi. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 set 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757.411 – MG. Relator Ministro Francisco Gonçalves. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2114211&num_registro=200500854643&data=20060327&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 10 set 2022.

BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALDERON, R. L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. 2012. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf>> Acesso em 09 set 2022.

CARDIN, V. S. G. **Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas**. 2009. Disponível em: . Acesso em: 15 de mai de 2019.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 11. Ed. São Paulo : Atlas, 2014.

GROENINGA, G. C. **Direito Civil. Volume 7**. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos** – além da obrigação legal de caráter material. São Paulo, 2005.

PEREIRA, C.M.S. **Instruções de Direito Civil**, v.22. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LÔBO, P. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Tribunais, 2007. p. 946.

ROBERTI JUNIOR, João Paulo. Evolução jurídica do direito da criança e do adolescente no Brasil. [S.l.]: Revista da Unifebe, 2012.

A QUEBRA DE PARADIGMAS DA FAMÍLIA TRADICIONAL EM FASE DA PLURALIDADE FAMILIAR

JÉSSICA DANIELLY DE SOUZA CAMPELLO:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O núcleo familiar no Brasil teve grandes mudanças tanto na concepção jurídica, como na concepção social. Essa evolução tem como objetivo identificar a proteção dessas novas entidades familiares, assim, respaldando o que é dado a cada pessoa por lei, que é os seus direitos fundamentais, pois sabemos que família é à base da sociedade. Dessa forma, houve um padrão da sociedade sobre a família tradicional que, por exemplo, era composta por um pai, uma mãe e seus filhos, cada um tinha sua função familiar. Atualmente, há um objeto da pluralidade que quebra esse conceito tradicional, que era imposto pela sociedade e pela legislação, abandonando esse conceito antigo. O Estado passou a oferecer à proteção as famílias, já que tem sido um desafio para enquadrar o preconceito que é estabelecido pela sociedade e qualquer um que tenha o pensamento fechado e o conceito padrão, então a concepção jurídica acolheu as famílias, mas será que são respaldados os seus direitos fundamentais e a constituição do direito da família.

PALAVRAS-CHAVE: Pluralidade. Família. Afetividade. Proteção.

ABSTRACT: The entities represented in Brazil had great marriages in legal representation, as well as in social creation. This evolution aims to identify the protection of these family entities, thus supporting what is given to each person by law, which is their fundamental rights, since they know that family is the basis of society. In this way, there was a pattern of society about the traditional family that, for example, was composed of a father, a mother and their children, each one had its family function. Currently, there is an object of plurality that breaks this traditional concept, which was imposed by society and legislation, abandoning this old concept. The State started to offer protection as, since it has been a challenge framed in the concept of a challenge that is the challenge for society and anyone who has a closed thinking and a standard concept, then the creation that offers protection as families, will be so the creation that offers protection as families support their fundamental rights and that of family law.

KEYWORDS: Plurality. Family. Affectivity. Protection.

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado trata-se sobre as mudanças nas entidades familiares e se possui algum respaldo para garantir seus direitos fundamentais, tanto jurídico, como social. Já que a sociedade ou a legislação tem como conceito o núcleo familiar, que é composto por um pai, uma mãe e seus filhos, impondo como padrão.

Com algumas pesquisas bibliográficas, proporcionaram o conhecimento de ampliar as mudanças desse conceito tradicional ou padrão, que tornaria a melhor forma de demonstração do

conceito de família, tendo novas estruturas e ressaltando uma melhoria das famílias no ordenamento jurídico.

O conceito de família não é mais visto como tradicional como um pai, uma mãe e seus filhos, mas sim uma das estruturas familiar. Para atualidade houve uma quebra desse conceito que foi um objeto da pluralidade, que através dessa evolução familiar e as demais mudanças foi constituída através de amor, afeto e solidariedade, sendo voltada para a pessoa humana, possuindo o reconhecimento para aquelas famílias que tem dificuldade do respaldo jurídico e social, oferecendo a proteção do direito da família e seus direitos fundamentais para alguns, não sendo o suficiente para outros que não tem o reconhecimento, continuando a visão de preconceito e discriminação.

2 A PLURALIDADE FAMILIAR

É um conceito jurídico de família que mudou o único modelo formado era o casamento, que foi substituído pela pluralidade das diversas formas de construção de entidades familiares, tendo o vínculo da afetividade. Esse princípio do pluralismo familiar permitiu que as novas entidades sejam aceitas tanto a partir do casamento, como a união estável, a partir de outras entidades que são respeitadas pelo Direito da Família, foi inovado pela Constituição Brasileira de 1988 reconhecendo as novas entidades familiares, que traz os direitos fundamentais na forma jurídica e social. Como consta no Art. 226, § 3º da Constituição Federal: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

2.1 Evolução jurídica e social da família no brasil

O início de toda existência começa pela família, é através dela que provir gerações anteriores, que são ascendentes, descendentes e parentes. É essa origem de família que dá o início a vida, em geração a geração, ensinando costumes, culturas, crenças etc. A sociedade visa uma importância na família, estabelecendo como um padrão composto por um pai, uma mãe e seus filhos, onde cada um tem sua função familiar. Como constar na lei 1.723 do Código Civil, estabelece que: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

Entretanto, houve uma quebra desses paradigmas da família tradicional, que era só estabelecido por um homem e uma mulher, sofrendo profundas mudanças de função nas obrigações, composição na constituição e na natureza ao longo do século XX. Então a lei em si, é de caráter conservatório presentes no decorrer da história do direito, sendo difícil ter certas mudanças, mas sendo necessário moldar a construção familiar perante a realidade e as ocorrências dos fatos. Neste sentido, Dias (2016, p.47) destaca as novas entidades familiares:

A lei, como vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família

natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função - lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar em seu aspecto mais significativo, como um LAR: Lugar de Afeto e Respeito.

Como acima mencionado, a família é uma construção cultural possuindo uma estrutura psíquica, que não se molda apenas pelo ligamento biológico, mas também pela afetividade, dessa forma, torna se impossível ter esse padrão de família estabelecido pela sociedade. Pois, a evolução da família é a base da sociedade, que em cada período vai convertendo essas necessidades e mudando com cenário da realidade dos fatos. Como por exemplo, o modelo antigo do código civil de 1916, mostra o perfil hierárquico e patriarcal, que era um padrão de família através do matrimônio e seu único objetivo era apenas procriar. Como Dias (2016, p.48) destaca as mudanças do núcleo familiar:

Este quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. A estrutura da família se alterou. Tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes.

Como supracitado, essa evolução ocorreu de forma lenta na pluralidade, mas mudou a concepção jurídica e social atualmente, um exemplo disso é a diferença do tratamento entre homens e mulheres que influenciou na estrutura da família. O antigo pensamento em que o homem tem a função de sustentar sua família, enquanto a mulher tem o seu dever de arrumar a casa e cuidar dos filhos. Por isso, vale ressaltar que o Brasil em sua legislação, considerava a mulher relativamente incapaz na prática de atos jurídicos, cabendo a autorização de seu marido para certos atos. No momento em que se casava a mulher se tornava relativamente capaz, mas necessitava ainda da autorização de seu marido.

A evolução de família teve grandes mudanças no século XXI, surgindo a concepção do vínculo afetivo de carinho e amor, sendo a base da sustentação da família de um indivíduo para o outro, não sendo necessário ter o vínculo de sangue, mas o fato de ser considerado da família de forma afetiva, o que acabou forçando a alteração legislativa. Como destaca as palavras do jurista psicanalista Groeninga (2008, p.28), para quem:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.

É importante essa relação da afetividade dentro de um núcleo familiar, tendo vários vínculos dentro dos membros familiares de forma afetiva. Esses novos arranjos familiares, teve a base da tutela do afeto e a quebra dos paradigmas da família patriarcal tida como modelo padrão do núcleo familiar, que teve a proteção e vista de uma forma pluralista para ser respeitadas tanto na concepção social, como na concepção jurídica e esse direito de família foi através a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o seu reconhecimento das novas entidades.

Como Marques (2015, p.10) destaca "a Constituição Federal de 1967, anterior ao regime democrático, o artigo 167 descrevia que a família é constituída pelo casamento". Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o conceito de família foi ampliado e passou a ser entendido como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

A Constituição Federal de 1988, reconheceu a evolução da sociedade e os novos tipos de entidades familiares, mas é o que o direito faz, ele molda a atualidade em lei, onde as mudanças da concepção social ou jurídica da família já existia, porém, o que buscava era o devido reconhecimento através da Lei Maior. A possibilidade do reconhecimento foi através da carta magna que possibilitou esse reconhecimento e o Código Civil de 2002 que tornou a tutelar das novas entidades familiares com base na proteção e afeto do indivíduo para o outro. Então, com esse reconhecimento a família deixou de ser vista como uma forma apenas de procria e passou a ter um grande valor social.

Como diz o Lobo (2018, p.14): "Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins)."

Como foi exposto acima, existe três vínculos familiares estabelecido pelo direito, que é o vínculo de sangue, o vínculo de direito e o vínculo afetivo, essas mudanças, inclusive da constituição federal de 1988, trouxe para trazer a igualdade e proibir qualquer distinção entre as pessoas, então, tanto o homem, como a mulher passaram a exercer o poder familiar com igualdade, mas a instituição do casamento não foi excluída da formação da família, porém não é a única formação, já que foi reconhecido pela constituição federal de 1988 a união estável como entidade família e outros. Inclusive a promulgação da Carta Magna em 1988 na legislação brasileira que teve o marco histórico que foi o que proporcionou a mudança necessária no respeito a igualdade, como também a liberdade, havendo novas garantias e principalmente a entidades

familiares o verdadeiro reconhecimento. Por isso, a constituição federal deixou para atrás esse pensamento arcaico e discriminatório ou preconceito sobre o poder familiar.

2.2 As novas entidades familiares

A promulgação da Constituição Federal de 1988 influenciou sob o direito da família e o reconhecimento das novas entidades familiares, que trouxe a evolução não somente de caráter jurídico e social, como também econômico, religioso, cultural e afetivo, moldando o conceito tanto os valores morais, como os costumes sociais que foram estabelecidos pela sociedade.

Como esses novos núcleos familiares no século XXI, houve uma nova opinião sobre as novas entidades familiares, tendo a base da tutela do afeto e quebrando o padrão da família patriarcal estipulado pela sociedade, trazendo a proteção da família e um olhar pluralista de forma que sejam respeitadas tanto social, como jurídico.

A atual carta magna foi garantindo a estas famílias os princípios humanos e garantias fundamentais, como Dias afirma (2016, p. 52) “com a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos”, e apresenta ainda o Princípio das Novas Entidades Familiares é “encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares”.

Vale lembrar, que a família no ordenamento jurídico brasileiro estabelecida pelo Código Civil de 1916, era uma forma patriarcal, onde a sociedade era matrimonial, que era um casamento era a única coisa de reconhecer uma construção familiar como já foi exposto.

Logo com o vigor da atual Constituição Federal, houve esse reconhecimento das novas entidades familiares, que traz um desenvolvimento para assegurar o futuro melhor para sociedade, pois, sabemos que há certos descumprimentos. Por isso, a família é a base da sociedade e tem a proteção do Estado como consta no artigo 226 da Constituição Federal. Como menciona Dias (2016, p.141):

Foi com a entrada em vigor a atual Constituição Federal, que houve o reconhecimento de outras entidades familiares. O prestígio à família extramatrimonial atende aos interesses do Estado, pois lhe delega a formação dos seus cidadãos, tarefa que acaba, quase sempre, onerando exclusivamente a mulher. Há um certo descomprometimento, tanto do homem como das entidades públicas e dos entes governamentais, em assumir o encargo de formar e educar crianças e jovens, único meio de assegurar o futuro da sociedade. Por isso é que consagra (CF 226): A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Como supradito, a promulgação da Constituição Federal teve seu desenvolvimento no ordenamento jurídico, com essa evolução da família, deixou de ser uma forma de reproduzir, onde

a mulher ganhou sua própria autonomia e isso modificou o padrão estabelecido. Como estabelece Alves (2014, p. 27-28):

A família não pode mais ser concebida como uma unidade reprodutiva; a mulher, desde as duas Grandes Guerras e Revolução Industrial, ganha cada vez mais autonomia e individualidade, fragilizando o poder patriarcal, abandonando o lar e seus afazeres domésticos para se inserir no mercado de trabalho, passando a ter cada vez menos filhos; não estão necessariamente interligados o sexo, a conjugalidade e a procriação.

Portanto, com essas mudanças, contendo um modelo de solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas dessa mudança paradigmática que inspira os artigos 226 da constituição federal de 1988. Como o Tartuce (2017, p.17) afirma “[...]é preciso ter em mente que o direito à constituição da família é um direito fundamental, para que a pessoa concretize a sua dignidade.”

A Constituição Federal reconheceu que o artigo 226 a pluralidade familiar a partir do patrimônio deixa de ser o único reconhecimento de formação familiar e passa a ser formada através do casamento, união estável e a família monoparental. A doutrina diz claramente que as entidades familiares no texto da constituição federal de 1988 são exemplificativas, porque se for taxativa estaria pregando o preconceito e a inclusão das demais famílias, ferindo a carta magna, como diz o Lobo (2011, p.83):

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Portanto, a interpretação do artigo 226 da Constituição Federal, mencionar que a família é a base da sociedade e contém a proteção do Estado, entretanto, não foi mencionado quais famílias de forma taxativas, pois os mesmo os parágrafos dos artigos mostram uma forma comum, como se se considera dentro do normal e não sendo excepcional ou especial dentro da sociedade, por isto ficou explícita.

Já o parágrafo 8º do art. 226 da Constituição Federal de 1988 deixa mais claro que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, então nesse sentido, a Constituição Federal trabalha a inclusão das outras famílias. Assim, caberá o Estado zelar pelas famílias nesse rol exemplificativo da Carta Magna, como também pelas famílias implícitas, onde deve ser respeitada a pluralidade dessas diferenças entidades familiares. E de acordo com o pensamento do Lobo supracitado, deve prevalecer os princípios da dignidade da pessoa humana, pluralismo, igualdade e afetividade como

um fator principal para a família contemporânea, já as novas formações familiares querem ter seu reconhecimento.

3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TIPOS DE FAMÍLIAS

A Constituição Federal de 1998, trouxe uma garantia para os tipos de famílias, com essa norma, serviu para proteger e estabelecer certas diretrizes no direito das famílias, não podendo sofrer limitações ou restrições na legislação ordinária. Segundo a Dias (2015, p. 48): “A Constituição Federal, ao garantir especial proteção à família, estabeleceu as diretrizes do direito das famílias em grandes eixos, a saber: (a) a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar; (b) o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção; e (c) o tratamento igualitário entre todos os filhos.”

Por fim, o princípio da afetividade é muito importante, pois traz a concepção das novas entidades de acordo com o meio social.

3.1 Análise dos direitos fundamentais

Sabemos que a família é a base da sociedade, que teve suas evoluções no decorrer do século XXI, onde as novas entidades familiares tiveram seus reconhecimentos dos seus direitos e contendo a proteção do Estado perante a Constituição Federal. A maior quebra desses paradigmas da família tradicional foi quando estabeleceu a constituição Federal de 1988 e se fortaleceu com os princípios constitucionais que são o sustento para o ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, a decisão de colocar a dignidade da pessoa humana como o princípio fundamental na democratização do Estado, sendo a respostas para os problemas sociais nas relações ao preconceito que consta na sociedade.

Se tratando dos direitos fundamentais é importante ressaltar o jusnaturalismo que influenciou como uma luz para o surgimento desses direitos, que apresentar a concepção de todo ser humano que possui seus direitos naturais desde seu nascimento, como Sarlet (2012, p.26) cita:

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão.

Como dito acima, o jusnaturalismo é uma antiguidade clássica baseada em duas formas, conforme Barroso (2015, p.270) ao saber, a de “uma lei estabelecida pela vontade de Deus e a de uma lei ditada pela razão”, porém, foi ultrapassada essa ideia, mas foi importante para o desenvolvimento dos direitos fundamentais. Então, o jusnaturalismo teve o reconhecimento no processo do surgimento dos direitos fundamentais.

Dessa forma, com essa decadência do jusnaturalismo e o positivismo, houve o surgimento do novo direito constitucional como um surgimento pós-positivismo, com ideias opostas dois pensamentos, mas que ajudaram para desenvolver um complemento para esse surgimento, como estabelece o Barroso (2015, p.283) se baseia na teoria da justiça e na legitimação democrática, que se refere:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

Portanto, os direitos fundamentais tiveram a primeira dimensão que foi a jusnaturalista, como os direitos civis e políticos que marcaram essa primeira fase no constitucionalismo, conforme o Sarlet (2012, p.32) aponta que são “[...] apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Como os direitos econômicos, sociais e culturais que trataram a respeito da intervenção do Estado, para adquirir o bem social e a liberdade, sendo o direito positivo e a segunda dimensão, como Sarlet (2012, p.33) diz:

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão.

A terceira dimensão traz a solidariedade e a fraternidade, o que é voltada para questão de proteção de grupos, como por exemplo a família. Segundo o Sarlet (2012), “a terceira dimensão cuida das novas reivindicações fundamentais do homem, abrangendo a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, que são fatores essenciais para a proteção das famílias”. E os outros direitos fundamentais são a positivação da constituição de valores que trazem princípios que organizam e estruturam a Carta Magna, atualmente são a base do ordenamento jurídico brasileiro. Esses direitos dão uma garantia a proteção para o pluralismo familiar atual, que tem a base fundamental que é o princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo proteção e reconhecimento na sociedade.

3.2 Princípios constitucionais no direito das famílias

Então os princípios constitucionais tornaram a conduzir um novo pensamento a respeito da família atualmente, pela pluralidade familiar e a necessidade da proteção e do reconhecimento jurídico e social. Tendo o reconhecimento das novas entidades pela constituição federal, sob o prisma dos direitos fundamentais e pela Carta Magna através de explícitos e implícitos princípios, garantido que o Estado proteja essas novas entidades familiares. Esses princípios são dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade familiar e da afetividade. Dias (2016, p.45-46) pontua que:

Há princípios especiais próprios das relações familiares. É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, 45/1250 os quais não podem se distanciar da atual concepção da família, que tem sua feição desdobrada em múltiplas facetas. Devem servir de norte na hora de apreciar qualquer relação que envolva questões de família os princípios da solidariedade e da afetividade.

3.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma garantia das necessidades essenciais de um indivíduo, como consta no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tornando uma base da República Federativa do Brasil. Como conceitua Moraes (2017) a dignidade:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

A dignidade é uma garantia necessária para o indivíduo, onde o estatuto jurídico deve assegurar os direitos fundamentais para cada pessoa. Essa garantia, é um objetivo do Estado para tornar eficaz os direitos para todos os ser humanos, que são os direitos independente da sua vontade. É através desse direito que entra a quebra da Pluralidade das novas entidades familiares, pois, é a partir desse momento que o Estado garantir o direitos as famílias, sendo reconhecidas e sem preconceito e tendo a proteção de mantê-las dentro da sociedade. Como Dias (2016, p.47). afirmar:

O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

E além de trazer a dignidade da pessoa humana que se manifesta desde o início, traz também a pretensão e respeito como o Silva (1998, p. 109) expõem:

[...] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atribui o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida [...]. Os direitos do homem (...) são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...). Nascem quando devem ou podem nascer.

A dignidade da pessoa humana traz uma necessidade essencial para o indivíduo, que é manifestado desde o seu nascimento, como atualmente na sociedade, esse princípio quebra o pluralismo para as novas entidades, assim, podendo viver em uma sociedade sem preconceito e sendo reconhecida pela concepção jurídica. Como os tipos de famílias no Brasil, são de rol exemplificativo e não taxativo, por serem de formas explícitas, porém tem a modalidade de família implícitas na redação do artigo 226 da Constituição federal. Portanto, as novas entidades familiares+ podem não constar expressamente na lei, mas o princípio da dignidade da pessoa humana garantir essa proteção.

3.2.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade ou o princípio da isonomia, consta no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 que diz: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]", e, nesse sentido, reflete sobre todos os demais princípios constitucionais e legais. Esse artigo menciona que é garantindo a todos seja brasileiro ou estrangeiro, a igualdade, não tendo diferença seja pelo sexo ou cor. Então, o princípio traz a defesa dos interesses dos seus cidadãos sem desfavorecer alguma das partes que compõem, ou que possa colocar em desvantagem os entes filiados em relação a outras pessoas, tendo o dispositivo jurídico para acabar com essas diferenças. Como Nery (1999, p.42) diz sobre a isonomia: "Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade."

Portanto, esse princípio da igualdade, é como uma Lei Maior que afasta o preconceito e a discriminações de qualquer indivíduo, que venha ferir a dignidade das famílias, o artigo 226, § 5º da Constituição Federal estabelece: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Demonstrando a igualdade entre os cônjuges e os companheiros, nos seus direitos e deveres.

Como também, o artigo 226, § 7º da Constituição Federal que diz: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. Essa é uma outra garantia de igualdade, que é a livre decisão do casal referente ao planejamento familiar. Segundo Dias explana que “em nome do princípio da igualdade, é necessário assegurar direitos a quem a lei ignora”, dessa forma protegendo todas as famílias.

3.2.3 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar é um vínculo afetivo que está cheio de fraternidade, união e afetividade. Esse vínculo só pode desenvolver ou sustentar através de um ambiente que tenha cooperação e compreensão, ajudando sempre ao próximo, é um dever de cuidar ou se doar. A solidariedade é estabelecida no artigo 3º, I da Constituição Federal que significa dizer que as leis e normas devem “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, sendo um sistema jurídico de forma limpa, equilibrada e igual. Segundo Dias (2016, p. 53) expõem:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

Para o ser humano existir, ele tem que coexistir, assim, o princípio da solidariedade assegurar a constituição de uma sociedade fraterna. Portanto, o direito da família é definido por esse princípio que é primordial para uma relação familiar, sendo definido os direitos e deveres de forma recíproca a cada membro familiar.

3.2.4 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade, está atualmente dentro do núcleo familiar, sendo importante ressaltar, já que faz parte do direito de família, sendo uma nova visão da constituição que assegura a proteção de todas as entidades familiares. Essa ligação do princípio é totalmente a representação de um núcleo familiar. O afeto hoje em dia, é reconhecido pela Constituição Federal, que leva a reconhecer as novas entidades familiares, não pelo vínculo sanguíneo ou a formação através do sexo oposto, o que prevalece é o afeto e o amor.

Para não ocorrer novamente a exclusão e discriminação como antigamente sobre as formas de famílias que se encontravam fora do que era estabelecido, a constituição, mesmo não constando explicitamente, englobou a afetividade, conforme Dias (2016, p.58) entende que:

A união estável é reconhecida como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica. Como se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça as pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ocorreu a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

A união estável é um reconhecimento da tutela jurídica que constitui sem o selo do casamento, apenas existindo um laço familiar da afetividade, da proteção e do amor. É essa convivência que realiza o aperfeiçoamento e progresso humano dentro de um núcleo familiar.

4 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA ENTIDADES FAMILIARES

As famílias passaram por diversas mudanças, até mesmo na atualidade, como por exemplo, no desenvolvimento social e cultura do homem, pois, existe o preconceito e a discriminação por parte da sociedade. As mudanças aconteceram conforme a história se desenvolvesse e os valores sociais se modificavam. Então, o conceito da família deixou de ser apenas a questão de procriar ou até mesmo restritivo, já que se houvesse a restrição, afetaria os direitos de alguns. Com as mudanças que ocorreram foi dando a liberdade familiar que foi crescendo e estabelecendo a concepção social e jurídica sob a luz da afetividade, dando a proteção para as novas entidades familiares, com a base dos direitos fundamentais e os princípios que tornaram protetores das famílias.

Porém, mesmo existindo a proteção da constituição que garanta a proteção familiar pelo ordenamento jurídico, como também, em doutrinas e jurisprudências, mais ainda sim são poucas, pois, há uma grande necessidade de melhorar, para alcançar o oferecimento de proteção as novas entidades familiares, tornando como primordial o direito da dignidade da pessoa humana para todas as entidades.

Para alguns da sociedade, esse desenvolvimento das mudanças ocorreu de uma forma preconceituosa e discriminatória, ao ponto de restringir direitos a certas pessoas que possui o desejo de ter uma família. Entretanto, a nova base familiar, não é só na questão da moral ou religião, mais essencialmente no afeto, na solidariedade e no amor. É essa nova base que vem quebrando os paradigmas das novas entidades familiares. Segundo a Ministra Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça, em brilhante julgado de sua palavra:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo,

sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. (STJ, REsp 1.026.981/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 04.02.2010, DJe

23.02.2010)

É através da nova base que vem quebrando os paradigmas da pluralidade familiar, assim abrindo portas para um novo começo, trazendo a valorização e a livre manifestação da afetividade, tendo o reconhecimento e a proteção da legislação.

5 CONCLUSÃO

O direito de família é a base da sociedade, essa visão antiga de família era como padrão composta por um homem, uma mulher e dois filhos, onde cada um tem sua função familiar. No século XX, houve uma evolução das novas entidades familiares, trazendo liberdade para uma pessoa que queira construir uma família, não sendo apenas na concepção sanguínea, mais também da afetividade. Pois, existe o certo preconceito ou discriminação, onde o Estado teve a necessidade de proteger e reconhecer as novas entidades para que possa diminuir ou acabar com essa visão antiga da sociedade.

Já no século XXI, houve uma quebra de paradigmas que garantiu para os tipos de famílias seus direitos reconhecidos pelo Estado, onde visa a evolução de mentalidade e que possa ter essa valorização do afeto, da solidariedade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como cita a Ministra Nancy Andrichi. Hoje em dia, é uma nova forma de conduzir essas novas entidades familiares em virtude do vínculo, que são três tipos, que são vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade, segundo Lobo.

Dessa forma, os novos arranjos familiares, teve a base da tutela do afeto e a quebra dos paradigmas da família patriarcal, que teve essa proteção e vista tanto na concepção social, como na concepção jurídica e esse direito teve o seu valor através da promulgação da Constituição Federal de 1988, surgindo o reconhecimento dos novos núcleos familiares. Com a Constituição Federal, puderam exercer o poder familiar com igualdade, mas a instituição do casamento não foi excluída da formação da família, entretanto, não é a única formação, já que existir a união estável como entidade familiar e outros.

Conduto, o direito faz isso, ele molda a atualidade em lei, o artigo 226 da Constituição Federal é uma representação do reconhecimento da pluralidade familiar que a partir do patrimônio deixa de ser o único reconhecimento de formação familiar e passar a ser formado pelo casamento, a união estável e as famílias monoparental. Sendo exemplificativo, pois, se for taxativo estaria expressando discriminação e preconceito na inclusão das entidades familiares.

O ordenamento jurídico brasileiro garantiu a proteção familiar, o reconhecimento, além dos princípios constitucionais que são fundamentais para a formação das novas entidades, como

também através de doutrinas e jurisprudências, porém, ainda assim, são poucas para uma grande necessidade de alcançar o oferecimento da proteção das novas entidades familiares.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Júlio Henrique de Macêdo. **A evolução nas definições de família, suas novas configurações e o preconceito**. 2014. Monografia ao Curso de Direito- Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BARROSO, Roberto Luís. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Resp. 1.026.981/RJ. STJ. Jurisprudência. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17034249/eresp-1026981> >. Acesso: 17 mai. 2022.

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

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Dispõe sobre a união estável. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Pág. 48. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GROENINGA, Giselle Câmara. A razão tem razões que a própria razão desconhece. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Belo Horizonte, ano 10, n. 64, set.-out. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz. **Direito Civil das Famílias**. Pág. 14. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____, Paulo Luiz. **Direito Civil das Famílias**. Pág. 83. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2011.

MARQUES, Alinne de Souza. **O reconhecimento das uniões poliafetivas no direito brasileiro**. p.10. 1. ed. Brasília: 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo. Atlas, 2017.

NERY, Nelson Júnior. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. Pág. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OS ASPECTOS JURÍDICOS DA PARTILHA DE BENS NA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

PAULA TALITA MAIA DA CUNHA:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo tratar sobre o assunto da partilha de bens com a dissolução da união estável. O artigo tem relevância social e acadêmica com o objetivo de esclarecer divergências e frisar a importância do tema dentro da partilha de bens e o funcionamento dos seus preceitos legais na via judicial. Pretende-se com esta pesquisa ampliar a discussão teórica acerca dos paralelos legais inerentes ao processo de equiparação entre a união estável e o casamento, no âmbito da partilha de bens, a fim de aumentar o conhecimento sobre o assunto e incentivar os interessados a continuar sua pesquisa e oferecer novas informações sobre esta questão, que é vista como uma rica fonte de interesse entre advogados e outros profissionais da área do direito. Para melhor entendimento do assunto sabe-se, que uma grande parcela dos conflitos na separação entre casais se encontra em definir a divisão dos bens no final da convivência. O estágio atual de desenvolvimento do conhecimento sobre a matéria é de extrema importância uma vez que tem uma vasta gama de decisões e julgados a respeito do tema, devido a sua complexidade e relevância dentro da esfera do Direito Civil.

PALAVRAS-CHAVE: União estável. Contratos. Direito Civil. Divisão de bens. Casamento.

ABSTRACT: This article aims to address the issue of asset sharing with the dissolution of a stable union. The article has social and academic relevance in the sense of clarifying divergences and emphasizing the importance of the theme within the sharing of assets and the functioning of its legal precepts in the judicial process. The objective of this research is to broaden the theoretical discussion about the legal parallels inherent in the process of equalization between stable union and marriage, in the scope of property sharing, in order to expand knowledge on the subject and encourage interested parties to continue their work. research and offer new information on this topic, which is seen as a rich source of interest among lawyers and other legal professionals. For a better understanding of the subject, we know that a large part of the conflicts in the separation between couples is found in the definition of the division of goods at the end of the coexistence. The current stage of development of knowledge on the subject is extremely important, as we have a wide range of decisions and judgments on the subject, due to its complexity and relevance in the scope of Civil Law.

KEYWORDS: Stable union. contracts. Civil right. Goods division. Wedding.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Evolução de família: 2.1 Família na atualidade. 3 Regimes de bens: 3.1 Comunhão parcial: 3.1.1. Comunhão universal; 3.1.2 Separação de bens; 3.1.3 Separação obrigatória e participação final dos aquestos. 4 União estavel: 4.1 Aspectos constitucionais da união estável: 4.1.1 Exigência para configuração de união estável. 5 Efeitos jurídicos decorrentes da união estável: 5.1 Contratos de união estável: 5.1.1 Sociedades conjugais no Brasil x exterior. 6 Conclusão. 7 Referencias.

INTRODUÇÃO

O objetivo primordial deste estudo é demonstrar o que juristas entendem sobre o fim da união estável, direcionando seu foco nas implicações legais e hereditárias de sua dissolução. Uma das relações simbióticas do direito de família contemporâneo é a descoberta de que o afeto decorre do amor e constitui o fundamento que sustenta a relação entre homens e mulheres, bem como entre eles e seus filhos. É cediço que, as ligações instituídas durante a vida de um ser humano têm como resultado ramificações de emoções compartilhadas, podendo ser vistas em toda sociedade como reflexos do Estado que servem as necessidades de sua população.

Com a evolução dos códigos civis de 1916 a 2002, o direito de família parte do direito civil que garante seus direitos e obrigações, e se baseia no positivismo jurídico que atribui grande importância à relação hereditária entre as pessoas e muitas vezes esquece o lado humano, o fato de que os dois sistemas de união o casamento e a união estável, devem ter os mesmos princípios fundamentais de cooperação pacífica, harmoniosa, assistência mútua, respeito mútuo, afeto e amparo, nesse sentido, tanto o casamento solene quanto a união estável são idênticos e não diferem, ou seja, as mesmas regras do regime de casamento, como descrito no Código Civil de 2002 aplicam-se no contrato de união estável.

Nesse sentido, após o rompimento da união estável, as partes devem estabelecer divisões de custódia e bens. Eles também devem determinar a distribuição dos bens e recursos em favor dos filhos. Isso porque as partes já gozavam de união estável quando os bens e os filhos já eram deixados aos seus cuidados. Ao entender que as famílias podem se separar e se reunir, uma nova forma de formar uma família foi criada. Isso envolve pessoas unindo seus objetivos, mas sabendo que podem se separar a qualquer momento.

O presente artigo pretende destacar os efeitos significativos da união estável após a dissolução, e a divisão do patrimônio das partes e a situação legal. Cabe salientar que a finalidade desse artigo é incentivar pesquisas futuras sobre o assunto, e deve servir de alerta aos leitores do que pode ocorrer na dissolução da união estável.

2 EVOLUÇÃO DE FAMILIA

A história da família está diretamente ligada à história da civilização, como por exemplo, a necessidade humana de estabelecer relações.

Morgan (1877, p. 49), relembra:

Partes da família humana existiram num estado de selvageria, outras partes em um estado de barbárie, e outras, ainda, no estado de civilização, por isso a história tende à conclusão de que a humanidade teve início na base da escala e seguiu um caminho ascendente, desde a selvageria até a civilização, através de acumulações de conhecimento e experimentos, invenções e descobertas.

As raízes das instituições contemporâneas podem ser traçadas mais uma vez, este é tempo da barbárie, que por sua vez teve suas origens remontam ao período anterior, o período de selvageria. Em outras palavras, um desenvolvimento de instituições, como a família, tem sido demonstrado pelo uso de um linear descida. Como resultado, o conceito de matrimônio para quem quer constituir uma família passou por uma série de alterações, e essas alterações foi adição de um novo tipo de família, configurada união estável, para código civil e a constituição federal. As origens da família remontam há muito tempo, e ela desaparece com o tempo devido à impossibilidade de definir seu escopo. É afamado que os seres vivos se unem e formam laços uns com os outros desde o seu início, seja como um resultado do desejo de garantir a sobrevivência da espécie, ou como resultado do desejo de evitar a vida só. Também é conceituado que os humanos passaram a acreditar, em muitos casos inconscientemente, que a felicidade só pode ser encontrada na companhia de duas outras pessoas.

2.1 Família na atualidade

A unidade familiar é de importância significativa para toda a sociedade, pois é responsável pela formação de seus membros. Os paradigmas que a cercam estão mudando à medida que o tempo avança porque as relações humanas também estão mudando, e não há nada mais justo do que as crenças mudarem. Com a evolução da família e do sistema de organização mais sofisticado, com crenças, valores e práticas que estão sendo desenvolvidos a fim de alcançar a melhor adaptação possível para a sobrevivência da instituição como um todo.

A doutrina de Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 45) expressa: “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo sócio afetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Diniz (2010, p. 9-10), relembra que:

Na seara jurídica encontram-se três acepções fundamentais do vocábulo família: a) a amplíssima b) a lata e c) a restrita.

a) No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afetividade, chegando a incluir estranhos, como no caso do Art. 1412, § 2º, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico.

b) Na acepção lata, além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro).

c) Na significação restrita é a família o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole, e entidade familiar a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes.

Portanto, podemos concluir que existem vários estilos de famílias, e realizando a comparação dos dias de atuais podemos observar que pouco se assemelha com a antiga família patriarcal. Isso porque, mesmo com as origens semelhantes a constituição federal reconheceu a inegável realidade social das unidades de fato, que surgiu de uma união estável como entidade, houve avanços significativos na doutrina jurídica brasileira sobre o conceito de família, a mudança na definição de família no ordenamento jurídico pode ser atribuída ao fenômeno de constitucionalização do direito civil e sua conexão com transformações sociais, o que resultou em uma nova postura em que a afetividade assumiu uma dimensão legal.

3 REGIMES DE BENS

O regime de bens é o meio empregado na forma de divisão do patrimônio das partes conviventes. Com isso, reveste-se de especial importância na proteção dos bens dos conviventes e do seu destino após a união e anulação do contrato de casamento. Com base nas análises dos sistemas de regimes de bens atualmente vigente na nossa legislação, sendo eles: comunhão parcial de bens, comunhão universal, separação convencional de bens, separação obrigatória de bens e participação final dos aquestos. Na qual será narrado de forma minuciosa cada regime.

3.1 Comunhão parcial

O primeiro regime a ser dissertado é a comunhão parcial de bens, que são aqueles adquiridos durante a constância do casamento, salvo, aqueles adquiridos antes da união. De acordo com o artigo 1658 do Código Civil, a comunhão parcial de bens é um regime em que apenas podem ser permutados os bens adquiridos pelos cônjuges após o casamento, ao contrário da comunhão universal em que apenas podem ser permutados os bens adquiridos através de esforços conjuntos no casamento.

Como essa troca ocorre apenas entre coisas adquiridas após o casamento, o sistema é conhecido como comunhão parcial. Desta forma, pode-se entender que os bens adquiridos antes do casamento continuarão a pertencer apenas a cada indivíduo. Esse é o sistema atualmente mais utilizado em casamentos no Brasil, mas seu entendimento pode causar algumas dúvidas recorrentes, principalmente quando se trata de divórcio.

Ressalta-se, que essa modalidade de regime é adotada pelo cartório, se os noivos não se manifestarem sobre o tipo de regime de bens, ou, não optem por outros tipos de regimes.

3.1.1 Comunhão universal

A comunhão universal de bens, todos os bens adquiridos antes e na constância do casamento será única massa patrimonial. Cabe salientar que existem exceções que são eles: os bens pessoais (livros, roupas, etc.) e objetos de trabalhos, instrumentos utilizados a proventos da profissão. Nesse tipo de regime as doações em regra será incluída como patrimônio do casal, salvo, se na doação estiver estipulado em cláusula de incomunicabilidade.

3.1.2 Separação de bens

O regime a ser abordado será separação de bens (convencional ou legal), Oposição ao regime da comunidade universal. Como o nome sugere, não há comunicação entre riqueza pré-nupcial e riqueza futura ou durante o casamento. Um arranjo estruturado mais simples em que não há transferência de bens conjugais, independentemente da duração do relacionamento durante o casamento. Existem dois conjuntos diferentes de riqueza, conforme mostrado no diagrama a seguir. Os membros da relação permanecem no controle exclusivo de cada propriedade de que podem dispor ou carregar livremente. Para que "nós" exista, o contrato de venda deve indicar qual será a porcentagem da participação de cada cônjuge ou parceiro doméstico.

3.1.3 Separação obrigatória e participação final dos aquestos

Em suma, o último regime a ser abordado será separação obrigatória de bens e participação final dos aquestos. O sistema de participação final em aquestos é um dos sistemas de casamento menos aceitos no Brasil por ser muito complicado. Então este sistema significa a parte final dos cônjuges dos bens adquiridos durante o casamento, assim, sob o sistema de partilha final, as partes têm seu patrimônio separados e individuais que não estão sujeitas a divisão. Depois que seu relacionamento terminar em divórcio, você dividirá os bens adquiridos durante o casamento.

Em seu livro "Instituições de Direito Civil vol. V", o escritor Caio Mário da Silva fala sobre o envolvimento final dos aquestos:

A característica fundamental do regime de participação final nos aquestos consiste em que, na constância do casamento, os cônjuges vivem sob o império da separação de bens, cada um deles com o seu patrimônio separado. Ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal (pela morte de um dos cônjuges, pela separação judicial ou pelo divórcio), reconstitui-se contabilmente uma comunhão de aquestos. Nesta reconstituição nominal (não in natura), levanta--se o acréscimo patrimonial de cada um dos cônjuges no período de vigência do casamento. Efetua--se uma espécie de balanço, e aquele que se houver enriquecido menos terá direito à metade do saldo encontrado.

Além disso, o sistema exige que você mantenha registros adequados dos ativos uns dos outros. Assim, ao final do casamento, há um especialista para decidir quais bens serão compartilhados. Portanto, a divisão da patrimônio que acaba participando da tarefa é demorada e relativamente complicada.

4 UNIÃO ESTÁVEL

Em conformidade com artigo 1.723 do Código Civil, reconhece a união entre um casal, sem que exista casamento.

Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso

(...)

VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável

Esses requisitos são taxativos e é necessário preencher todos para ser configurada a união estável. Assim como no casamento civil, o regime de bens da união estável será regulado pelo da comunhão parcial de bens, comunhão universal ou da separação total de bens. No silêncio do casal, o regime será o da comunhão parcial de bens, podendo ser alterado, conforme vontade de ambos.

A união estável pode ser realizada por duas formas, pelo decurso do tempo ou escritura pública que deve ser levada ao cartório de notas com as devidas documentações, sendo recomendado que as partes realize o contrato para assim estipular o regime de bens e sua divisão, caso as partes tenham filhos, será uma forma de sanar dúvidas em questão de moradia, alimentação e divisão dos bens comum das partes em prol dos filhos. Na ausência de acordo entre as partes referente a modalidades a divisão de bens será aplicado a regra do artigo 1.725 do Código Civil.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Dessa forma, na dissolução da união estável pode ser realizada através de escritura notarial pública, deve seguir a divisão de bens comuns nas mesmas regras para separação ou divórcio e divisão de propriedade em um casamento sem excluir em qualquer caso o uso da via judicial.

4.1 Aspectos constitucionais da união estável

Em conformidade com a Constituição Federal conforme previsto em seu artigo 226, §3º estabeleceu as bases para o reconhecimento da união estável.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

GONSALVES (2012, p.132), relembra:

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. A partir daí a relação familiar nascida fora do casamento passou a denominar-se união estável, ganhando novo status dentro do nosso ordenamento jurídico.

No que tange o conceito empregado na Constituição Federal, para homens e mulheres, esse padrão, que Lei determina foi modificado com o passar do tempo e o desenvolvimento do conceito de família, pois esse padrão será elevado para todos aqueles que desejam constituir família, já não é importante que esta relação seja constituída por um homem e uma mulher.

Nesse sentido, pode-se destacar os principais pontos característicos de uma união estável:

- a) convivência pública;
- b) coexistência contínua;
- c) convivência permanente;
- d) O objetivo de constituir família.

Em determinados casos em que seja exigido o reconhecimento da união estável, é muito importante comprovar a regularidade dos requisitos legais acima citados por vontade das partes ou pela confirmação legal de que a união estável é constituída por uma sociedade parcial propriedade é regulamentada.

4.1.1 Exigência para configuração de união estável

Conforme foi mencionado acima, a união estável se diferencia no casamento, seus requisitos para se caracterizar é uma convivência plena, duradoura e ter a intenção de constituir família. Outro elemento essencial para descrever uma união estável é que ela seja pública e permanente. A união estável é semelhante ao casamento, podendo ser considerada uma entidade familiar, mas também tem suas diferenças das uniões puramente físicas, transitórias e moralmente reprováveis, como o adultério ou o incesto ou concubinato.

O art. 1.723 do CC, expressa as exigências para o reconhecimento da união estável.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

A lei não especifica um tempo mínimo para o estabelecimento de uma união estável, desde que todos os requisitos acima sejam atendidos. Goza da mesma proteção estatal que o casamento, conforme disposto no artigo 226; §3º da Constituição Federal.

5 EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DA UNIÃO ESTÁVEL

Os efeitos jurídicos da partilha de bens na dissolução da união estável, tendo em conta o regime de bens em caso de rompimento da união, no momento da divisão dos bens adquiridos durante o período de convivência entre as partes, entrará na divisão todos os bens adquiridos durante a união estável a subtítulo oneroso, ainda que apenas em nome de um dos coabitantes, excluídos aqueles adquiridos por doação, herança ou legado. Cabe salientar, que união estável é diferente do casamento, pois com ela não necessita das formalidades do casamento solene para sua constituição.

Os bens adquiridos pelo casal apenas com o propósito de estabelecer uma união estável, continua e de longo prazo, e estabelecida com objetivo de formar uma família deve ser dividida na proporção de forma equitativa para cada conjugue, caso o sindicato for dissolvido.

5.1 Contratos de união estável

O contrato pode ser feito em duas formas, escritura pública ou particular. caso os contratantes decidam optar pela escritura particular, deverão ter no mínimo duas testemunhas e o objeto de contrato deverá ser reconhecido em cartório. Todavia, o espólio da união estável é partilhado de acordo com a legislação brasileira, e não pela legislação do país de origem do falecido, conforme determina o Art. 8º do Código Civil: "Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos".

Portanto, o contrato de união estável surgiu com o intuito de tornar mais prático objetivo de constituir família e garantir a separação de forma menos complexas, cabe ressaltar, com a intenção de dissolver a união, o patrimônio adquirido ao longo do período da a convivência do casal, como por exemplos: veículos, bens pessoais e imóveis. Deveram ser partilhadas de forma igualitária para ambos.

5.1.1 Sociedades conjugais no Brasil x exterior

No Brasil, a união estável é considerada uma unidade familiar formada entre duas pessoas, sejam elas homossexuais ou heterossexuais. Não há duração mínima para se caracterizar a união estável, porém exige requisitos que devem ser considerados, tais como: uma convivência contínua e permanente e que tenha objetivo de constituir família. Não é necessário que a união estável seja levada a registro, mas muitos casais optam por registrar. Isso melhora a segurança e a proteção do

patrimônio do casal, evitando o inconveniente de terminar um relacionamento ou a morte do outro parceiro.

No entanto, nas sociedades civis com plenos poderes de direção e nos casais que vivem no exterior estes serão regidos pelas normas locais quanto às questões patrimoniais e interessadas por lei específica. Para os casais que vivem no Brasil, existem algumas leis importantes que devem ser seguidas. Com respaldo no Código Civil. O mesmo código ainda prevê a existência da avaliação universal, quando um dos cônjuges for falecido e o outro pretende iniciar ação de inventário ou partilha, com fulcro no Artigo 1.592 do Código Civil que expressa: "São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra". O cônjuge sobrevivente pode ingressar com a ação de partilha de bens do casal, mesmo que não seja herdeiro necessário.

Embora os países tenham leis próprias sobre a formação da união estável, uma união formada no Brasil com um estrangeiro pode ser reconhecida em seu país de origem.

5.1.2 Inventário x partilha de bens

O inventário é a forma processual em que os bens do falecido são transferidos para os herdeiros, enquanto partilha é a forma processual legal que define o escopo da herança. cairá sobre cada herdeiro e legatário. Portanto, tudo se resume à divisão de bens e direitos deixados pelo falecido.

De acordo com a lei, os bens adquiridos por ambas as partes durante uma união estável são considerados patrimônio das partes. Isso inclui bens imóveis e móveis na qual foi adquirido a título oneroso. Qualquer bem que uma parte adquira sem considerar a outra é considerada comum em bens comunitários parciais. Qualquer propriedade adquirida durante a união estável é considerada comunicável. A partilha pode ocorrer de duas formas: judicialmente ou amigavelmente, ambas aparecem quando um casal compartilha de acordo; a terceira opção aparece quando um juiz declara o inventário compartilhado.

A partilha de bens pode ser realizada, por via judicial ou cartório. A divisão dos bens das partes no cartório é um compartilhamento amigável, que acontece quando as partes concordam em como dividir seus bens pacificamente. Para que ocorra a divisão em cartório, as partes tenha menores ou incapazes, se faz necessária a partilha judicial. Salvo em casa de contrato de união estável já estabelecido pelas partes, ressalta-se que a lei não exige presença do advogado quando ocorrer a partilha e pode usufruir do mesmo advogado desde que não exista divergência entre as partes.

Os bens adquiridos antes da inicialização da união estável não será posto a partilha, os bens que não podem ser partilhados durante a divisão são heranças ou doação, salvo, se objeto de doação traga benefícios ao casal, mas exige-se comprovação legítima que a doação foi feita para beneficiar o casal, dessa forma a lei determina a partilha da doação. Para se caracterizar a união estável deverá ter alguns requisitos, pública, duradoura, continua e com interesse de constituir família.

Se durante a convivência das partes não adquirir bens e não houver bens para ser partilhado, os mesmos que pretendam desfazer a união serão considerados sem bens declarados. Se tiver bens para partilhar, o valor cobrado da escritura irá variar de acordo com o valor dos bens, conforme formulário específico exigido por lei, que pode ser consultado no cartório onde é feita a partilha.

5.1.3 Conflitos patrimoniais na união estável

É importante salientar que a maioria dos conflitos envolvendo as questões patrimoniais da união estável refere-se à avaliação dos bens, onde se determina os valores das coisas, podendo ser feita pela justiça estadual ou pelo juiz federal.

Regulamentação legal atual da união estável o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, regulou a união estável em seu Livro IV (Do Direito de Família), Título III (Da União Estável), artigos 1.723 a 1.727, regulamentação esta que se encontra atualmente em vigor.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

(...)

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar constituem concubinato.

Assim, para que seja evitado conflitos entre os conjugues recomenda-se antecipação dos critérios de distribuição dos bens, informar os bens que serão excluídos para a melhor exatidão dos percentuais. É importante que os conjugues já tenha uma previsão de regime a ser implementado, esses fatores pode-se estar previstos no contrato de convivência e pode-se proporcionar agilidade e segurança em momentos indesejáveis como separação ou luto pela perda de um companheiro de vida.

Desta forma, o visionário plano mínimo de convivência deixa de lado as preocupações burocráticas já resolvidas por um contrato devidamente firmado entre os cônjuges permitindo que os casais se sintam mais seguros e confiantes em suas vidas.

6 CONCLUSÃO

Mediante o exposto este artigo expandiu a pesquisa original para uma análise aprofundada de como o fim da união estável irá proceder na divisão do patrimônio das partes e suas implicações jurídicas. Em outras palavras, a pesquisa foi realizada através de análise das jurisprudências, doutrinas e legislação brasileira. Nesse sentido cabe salientar que este artigo irá servir como parâmetros para sanar dúvidas e servir como forma de orientar as pessoas que ainda são leigos sobre o assunto, pois a pesquisa irá proporcionar uma necessidade significativa de informações sobre a união estável.

A priori, a família é a base da sociedade e conforme a evolução de suas regras e conceitos comportamentais ao longo do tempo, pode ser percebido através da análise da história familiar, bem como da ideia e intenção das partes de constituir uma família. Trazendo à baila a Constituição Federal que reconheceu a união estável como entidade familiar e sua importância para sociedade.

Nesse diapasão, são discutidas algumas hipóteses e possíveis soluções para a divisão dos bens adquiridos durante o período da união estável, que podem ser mediante contratos de união estável, sendo eles pré-estipulados pelas partes, assim, tornando a dissolução menos complexas, e, aqueles configurados através do decurso do tempo e respeitando seus parâmetros, sendo eles: convivência contínua e duradora e o interesse das partes de constituir família. Nesse sentido, ao analisar a vontade das partes e como proceder a partilha de bens o juiz deve investigar a probabilidade de alcançar o melhor resultado que favoreça os mesmos.

Nesse ínterim, é adequado pensar que união estável se equipara ao casamento que estar sujeito aos mesmos direitos e obrigações, mas são inúmeras as possibilidades de satisfazer a vontade de ambas as partes, desde uma análise humanística de cada caso até à adoção de procedimentos mais céleres, ou seja, formas de consentimento mútuo.

Por oportuno, vale ressaltar que os contratos de união estável ou tempo de convivência, precisam estabelecer um regime de bens para a União. Caso contrário, a lei determina que seja aplicado o regime de comunhão parcial de bens, que significa que todos os bens adquiridos onerosamente durante a união serão compartilhados. Quando as partes se unem por meio da união estável, elas se unem em uma comunhão parcial. Isso significa que todos os bens adquiridos durante a união serão divididos em duas metades.

Sob a abordagem de união estável, até recentemente, o progresso em uma área tão conservadora era verdadeiramente notável. Atinge o tipo constitucional de entidade familiar, merecendo, portanto, a tutela geral do Estado. Não há dúvida de que a conquista foi um avanço considerável do ponto de vista jurídico, embora ainda haja muito trabalho a ser feito, principalmente no que diz respeito ao alcance da legislação nas cortes nacionais; com cooperação, certamente alcançará um patamar de desenvolvimento que atenda plenamente às necessidades da sociedade, ampliando os campos de proteção jurídica dos cidadãos e tornando o direito brasileiro uma das instituições mais importantes e protetoras do mundo.

7 REFERÊNCIAS

A partilha de bens na dissolução da união estável. Jessica Fatima da Silva, 2004. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1011300373.pdf>>. Acesso em 19 de mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Esta lei institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 09 de nov. De 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 09 de nov. de 2022.

Contrato de união estável: o que é? Bordinassi Advocacia, 2022. Disponível em : <https://bordinassiaadvocacia.com.br/2022/03/14/contrato-de-uniao-estavel-o-quee/#:~:text=O%20contrato%20de%20uni%20O%20contrato%20de,divorciatros>. Acesso em: 19 de mar. 2022.

Comunhão Parcial de Bens: O que é como funciona. Diego Castro, Advogado especialista em Direito Digital e Trabalhista, escrito na OAB do Piauí com o número 15.613, formado na FAETE, 2020. Disponível em: <https://diegocastro.adv.br/comunhao-parcial-de-bens/>. Acesso em 30/11/2022.

Como fica a partilha de bens com o fim da união estável. Janaína Valenzuela, 2021. Disponível em: <<https://www.janainavalenzuela.com.br/como-fica-a-partilha-de-bens-com-o-fim-da-uniao-estavel/?msclkid=37c1cd61cefe11ecac50d0145df145b2>>. Acesso em 08 de maio de 2022.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 9-10.

União estável, principais aspectos. Dra. Deise Fernandes, 2022. Disponível em: <https://dradeisefernandes.jusbrasil.com.br/artigos/1349790732/uniao-estavel-principais-aspectos>. Acesso em 29 de outubro de 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: obrigações. São Paulo: Saraiva, v. 2

GONSALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 7 Direito das Sucessões. 6ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 132.

GAGLIANO, Pablo Stolze; RODOLFO Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família. As Famílias em Perspectiva Constitucional, Vol. VI. São Paulo. Ed. Saraiva, 2011, p. 45.

Inventário, herança, partilha de bens, divisão, segundo casamento, união estável, herdeiros. Fernanda Carvalho Campos e Macedo, 2018. Disponível em: <https://carvalhocamposadvocacia.com.br/inventario-heranca-partilha-de-bens-divisao-segundo-casamento-uniao-estavel-herdeiros/>. Acesso em 06 de junho de 2022.

MORGAN, Lewis Henry. A sociedade antiga. 1877, p. 49.

O que é união estável. Danielle Almeida Corrêa Pimenta, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89674/o-que-e-uniao-estavel>. Acesso em 05 de junho de 2022

O conceito de família: origem e evolução. Christiane Torres de Azeredo, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1610/O+conceito+de+fam%3%adlia:+origem+e+evolu%3%a7%3%a3o>. acesso em 06 julho de 2022.

Partilha de bens na união estável: como realizar. Moraes Monteiro, 2021. Disponível em: <https://moraesmonteiro.com.br/partilha-bens-uniao-estavel/#Como funciona a partilha de bens na uniao estavel>. Acesso em 09 de nov. de 2022.

Regime de Participação Final nos Aquestos: o que é? – Regime de Bens. Vlvadogados, 2019. Disponível em: <https://vlvadogados.com/participacao-final-nos-aquestos/>. Acesso em 08/11/2022.

APLICAÇÃO DA LEI DE GUARDA COMPARTILHADA E AS MEDIDAS PROTETIVAS EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

KARLA RENATA MOURA DE SOUZA:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: A violência doméstica imposta contra pessoas do sexo feminino existe há anos, sendo observada um fator que determina o papel de cada sexo na sociedade. Além do mais é uma grave forma de violação dos direitos humanos, afinal, coloca a mulher em situação de vulnerabilidade, pois não atinge apenas o estado físico da mulher, mas, também o psicológico, causando traumas. No entanto, o tema vem com maior gravidade quando existem filhos comuns ao casal. Neste caso, estamos falando da guarda compartilhada. A guarda compartilhada vem com objetivo de dividir as responsabilidades dos pais com relação aos filhos. O artigo em questão analisa a aplicabilidade da lei de guarda compartilhada e as medidas protetivas em caso de violência doméstica. Demonstra os aspectos relevantes da Lei Maria da Penha, seus conceitos e quais os pressupostos das medidas protetivas existentes. Explica a aplicação da Lei nº 13.058 de 2014 e a obrigatoriedade da guarda compartilhada e sua evolução. Verifica os mecanismos que existem na Lei Maria da Penha com a obrigatoriedade da guarda compartilhada e suas aplicabilidades. Após o entendimento de todas as premissas que cercam os direitos fundamentais de todas as mulheres, que foram vítimas de violência doméstica, faz-se necessário a pesquisa em questão para verificarmos a aplicação da guarda compartilhada para que esta não seja tratada como uma forma de violação dos direitos e buscando elencar o princípio do melhor interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda Compartilhada. Medidas Protetivas. Violência Doméstica. Lei.

ABSTRACT: Domestic violence imposed against women has been imposed for years, and a factor is observed that determines the role of each sex in society. Moreover, it is a serious form of violation of human rights, after all, it puts the woman in a situation of vulnerability, because it not only affects the physical state of the woman, but also the psychological, causing trauma. However, the theme comes with greater severity when there are children common to the couple. In this case, we're talking about shared custody. Shared custody comes with the aim of dividing the responsibilities of parents with respect to their children. The article in question analyzes the applicability of the shared custody law and the protective measures in case of domestic violence. It demonstrates the relevant aspects of the Maria da Penha Law, its concepts and what are the assumptions of existing protective measures. It explains the application of Law No. 13,058 of 2014 and the mandatory shared custody and its evolution. Veriis the mechanisms that exist in the Maria da Penha Law with the obligation of shared custody and its applicability. After understanding all the premises surrounding the fundamental rights of all women, who have been victims of domestic violence, it is necessary to research in question to verify the application of shared custody so that it is not treated as a form of violation of rights and seeking to list the principle of the best interest of the child.

KEYWORDS: Shared Guard. Protective Measures. Domestic violence. It's the law.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação da lei de guarda compartilhada e as medidas protetivas em casos de violência doméstica constatada entre seus genitores e cônjuges.

Inicialmente será apresentado o conceito de guarda compartilhada, e como ponto principal, ponderar quais reflexos ela causa sobre os filhos que assistem ou vivem a violência doméstica diariamente.

A lei 13.508/2014, veio com alterações extremamente importantes para o Código Civil de 2002, uma delas é o conceito claro do instituto da guarda. Atualmente, a guarda compartilhada tem sido preconizada como referência, por ser mais completa e mais alinhada com a sociedade atual, além de ser a modalidade mais adequada levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança ou jovem pessoa, embora não seja necessário como solução em todos os casos.

Embora a lei Maria da penha estabeleça que podem ser oferecidas medidas de proteção, além de outras que podem ser tomadas para a guarda de crianças, na prática, não tem acontecido dessa forma. Uma opção considerada é a jurisdição mista do Tribunal, onde a violência doméstica, tutela e pensão alimentícia são determinadas pelo mesmo tribunal, mas o que se vê é a vítima ingressando com uma nova demanda, neste caso nos juízos de família.

A análise do impedimento da permissão da guarda compartilhada procedo do julgamento particular de cada caso e apresenta nestes indícios ou provas de preocupação com a vida, a saúde e a segurança do filho ou genitora. Diante disso, a guarda dos menores deve recair sobre aqueles que não são responsáveis pelos delitos cometidos.

Neste caso, o ambiente familiar é onde ocorre a maior parte das experiências de vida das crianças, durante a relação com os pais, sejam eles saudáveis ou não. Se as crianças forem expostas a repetidas cenas de violência, com base em suas experiências, elas podem reproduzir comportamentos hostis e abusivos ao longo de suas vidas.

Diante disso, o principal objetivo é verificar a aplicabilidade da guarda compartilhada nos casos de violência doméstica e a condição da mulher, levando em consideração a responsabilidade solidária da guarda compartilhada e a necessidade de exclusão do infrator da participação em custódia. E para que fosse alcançado o objetivo, foram traçados da seguinte maneira: discorrer sobre o conceito da guarda compartilhada, abordar sobre a guarda unilateral e suas circunstâncias, explicar sobre a violência doméstica e medidas protetivas, salientar a impossibilidade da guarda compartilhada em situações de violência contra a mulher e abordar o melhor interesse dos filhos e a proteção jurídica da mulher.

2 DO CONCEITO DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é uma forma de tutela que torna ambos os pais responsáveis pelo cuidado de seus filhos após a separação conjugal. Seu principal objetivo é fazer com que se tenha um equilíbrio nas funções parentais e que ambos tenham a responsabilidade e supram a necessidade afetiva dos filhos mesmo após a dissolução da união.

De forma geral, a guarda compartilhada representa uma grande mudança na sociedade, pois deu a oportunidade de o menor conviver com ambos os genitores, os quais partilham as decisões de interesse para a criação e educação dos filhos, sendo o modelo, a regra aplicável a todos os casos, salvo o desinteresse de um dos pais ou a impossibilidade do exercício da autoridade parental.

Tem-se observado que após a separação do casal, em muitos casos, um dos pais, frequentemente o pai, se afasta do filho, atuando apenas como provedor através do provimento de alimentos. Neste sentido, a guarda compartilhada surge para incentivar o fortalecimento da relação entre pais e filhos, possibilitando que esta relação se mantenha para além das obrigações do pagamento da pensão.

A guarda compartilhada foi instituída inicialmente pela Lei n. 11.696/2008, que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Em decorrência dela, ambos os pais assumiam plena e cotidiana responsabilidade pela criação, educação e lazer dos filhos. A ideia, elogiável em si, era permitir maior convivência entre pais e filhos. Trata-se do modelo de “corresponsabilidade parental”, capaz de assegurar aos filhos a participação de ambos os genitores no processo de sua formação e educação, o que frequentemente não se conseguia alcançar com o “direito-dever de visita”, decorrente da guarda unilateral.

Uma das grandes mudanças no Direito de Família é a Lei nº 13.058/2014 a qual foi sancionada em 22 de dezembro de 2014 e alterou a redação do Art. 1.584 §2º do Código Civil brasileiro, estabelecendo que mesmo quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho e ambos estiverem aptos a exercer o poder familiar, a guarda compartilhada será constituída. Ou seja, a guarda compartilhada é a regra e a guarda unilateral, portanto, a exceção.

Nesse sentido, no REsp: 1254000 MG 2011/0084897-5 a Ministra Nancy Andrighi explicitou que:

A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. (STJ, REsp: 1254000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI).

Apesar de haver casos em que a alternativa mais benéfica e favorável é a guarda compartilhada, há circunstâncias em que a guarda unilateral tem prevalência, a qual é uma via restritiva que ocorre em casos específicos e que melhor irá atender à criança ou adolescente.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 1º e 4º abordam o papel dos entes familiares e do Poder Público na proteção e defesa da prioridade destes em decisões referentes ao convívio familiar saudável. Sendo esse um entendimento consolidado no Poder Judiciário Brasileiro, e que prioriza o exercício saudável da autoridade parental e manutenção dos laços afetivos (BRASIL, 1990).

Segundo postula Venosa (2017, p.259):

O melhor interesse dos menores leva os tribunais a propor e atribuir a guarda compartilhada ou conjunta. O instituto da guarda ainda não atingiu sua plena evolução. Há os que defendem ser plenamente possível essa divisão de atribuição ao pai e à mãe concomitantemente. Essa modalidade de guarda dita compartilhada não se torna possível, de forma ampla, quando os pais se apresentam em estado de beligerância, ou quando residem distantes um do outro. Essa solução dependerá da perspicácia do magistrado e em especial do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do exame do grau de fricção que reina entre eles após a separação.

Como se observa, nos casos de divórcio, compreender a distinção entre os problemas da extinta conjugalidade e o dever de cuidado para com a prole, é o recomendável para evitar-se processos morosos e marcados por uma disputa exaustiva. Pois para que haja a observância da guarda compartilhada como regra na prática, mesmo em casos de desacordo entre os genitores, necessita-se de mínimo diálogo entre as partes. Mas esse aspecto não é expressamente disposto ou referenciado na lei que regulamenta a guarda (TARTUCE, 2021).

Desta forma, mesmo não havendo essa comunicação entre os ex-cônjuges, o juiz deve instituí-la, assim como prevê o Código Civil; haja vista que é direito constitucional da criança conviver com ambos os pais. Cabendo ao juiz, ao curso do processo, lembrar às partes que a optativa pela custódia conjunta é preferível e garantirá a participação efetiva e igualitária na vida dos filhos. E como expressam levantamentos recentes realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), essa metodologia tem sido amplamente recepcionada, pois no período entre 2014 à 2020, a porcentagem de divórcios onde a guarda foi atribuída em favor de ambos os genitores apresentou uma constante crescente, indo de 7,5% dos casos, para 31,3%.

Portanto, um dos objetivos do caráter compulsório da custódia conjunta na teoria é adequar-se ao novo contexto das famílias contemporâneas; além de promover e incentivar um desenvolvimento livre dos traumas decorrentes do desfazimento do núcleo familiar, essa modalidade também afasta a recorrente associação da concessão da guarda a um benefício ou à ideia de posse, bem como coíbe a ocorrência da alienação parental, na medida em que incentiva a corresponsabilidade. Ademais, é relevante ressaltar que a Lei Nº 13.058/14 ao priorizar o melhor interesse dos filhos, e ratificar a igualdade parental à convivência, pauta-se em uma idealização da família que na prática em alguns casos se afasta da realidade.

2.1 Da guarda unilateral e suas circunstâncias

Na guarda unilateral, a criança ou o adolescente estará sob a autoridade de apenas um dos genitores, podendo ser o pai ou a mãe. Apenas um dos pais exercerá a guarda, tomando as decisões sozinho, decisões esses referentes à escola, atividades extraclasses, saúde, alimentação e etc. E, também, o genitor detentor da guarda será responsabilizado civilmente pelos danos causados a terceiros pelo menor.

Nesse caso, mesmo que a guarda seja de apenas um dos pais, o outro pai continua tendo direitos em relação ao filho, devendo ter convivência com o menor e fiscalizar os interesses da criança e, se necessário, deve solicitar informações a respeito da saúde física, mental, psicológica e educacional do filho.

Além disso, a convivência é tida como um direito fundamental da criança e mesmo sem a efetiva guarda, o pai ou a mãe terá a seu favor a regulamentação de visitas para que o convívio com a criança seja o melhor possível. Esse direito de visitas, é regulado em comum acordo entre os pais ou por determinação judicial, a qual terá de especificar os dias e os horários de convívio.

Primordialmente, no que tange à guarda unilateral, faz-se oportuno explicar que mesmo não sendo utilizada como regra, há situações excepcionais, isto é, situações em que a guarda unilateral é a melhor decisão para que a criança e o adolescente tenham um desenvolvimento mais vantajoso.

Nesse sentido, a guarda unilateral no ordenamento jurídico é utilizada como exceção, ou seja, de modo restritivo, sendo utilizada em casos específicos e que melhor atendem à segurança da criança, com respaldo no Direito da Criança e do Adolescente.

Isto posto, mesmo que a guarda compartilhada seja utilizada como regra, como fora dito anteriormente, é ilusório dizer que a guarda compartilhada atenderia todas as famílias com perfeição, quando na verdade cada família possui sua estrutura particular e única. Em razão disso, há casos em que a guarda unilateral é a melhor alternativa para o equilíbrio das relações e, principalmente, para a saúde mental dos filhos e dos pais.

A respeito disso, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Carlos Ferreira respaldou que:

A guarda compartilhada entre pais separados deve ser interpretada como regra, **cedendo quando os desentendimentos dos genitores ultrapassarem o mero dissenso, podendo interferir em prejuízo da formação e do saudável desenvolvimento da criança.** (STJ, AgInt no REsp 1688690/DF, Rel. Antonio Carlos Ferreira).

Para que a criança não tenha danos em seu crescimento pessoal por conta de conflitos constantes de seus pais, é mais interessante que a guarda unilateral seja considerada.

Há também, a questão de pais que moram em lugares distintos e seguem vidas muito ocupadas, não colocando o filho como prioridade e tendo conflitos ainda maiores com o genitor que está morando com a criança. Haja vista que sempre há decisões cotidianas e de grande relevância na vida da criança e somente um dos pais iria ter condições de resolver.

Por fim, ocorre o pretexto de um dos genitores possuir problemas com dependência química ou alcoolismo, assim, o conflito entre os pais é ainda mais intenso visto que a participação na vida da criança vai ser maléfica para seu crescimento pessoal. Além disso, a dependência química

ou alcoólica faz com que o indivíduo fique mais agressivo suscitando medo por parte da criança e genitor e/ou genitora.

3 DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E MEDIDA PROTETIVA

Por muito tempo o direito das famílias identificava o homem como o personagem central da relação conjugal e isso lhe outorgava privilégios que refletiam o poder de um sexo sobre o outro. Corrobora com essa afirmativa Monteiro (2003), ao destacar que as relações conjugais eram dominadas pela mais estrita noção de hierarquia entre marido e mulher, àquele destinadas as funções de representante e chefe da família, gestor do patrimônio e senhor da mulher e dos filhos, enquanto à esposa reservavam-se as tarefas domésticas e a função sexual e reprodutiva.

Segundo aduz Bianchini (2017), para os homens há a prevalência do comportamento agressivo e às mulheres cabe apenas submeter-se; muito embora a luta feminina pela igualdade tenha resultado na superação de vários estigmas e conquistas, essa cultura por mais que tenha sido posta em discussão, não foi extinta e o está longe de ser. E é possível constatar que quando a mera existência da ideologia do patriarcado não é o suficiente para manter-se dominante sobre determinada categoria, usa-se cada vez mais da violência para se impor (SAFFIOTI, 2015).

Não obstante a criação de várias normas no âmbito dos direitos inerentes à pessoa humana ou às leis e campanhas em território nacional, o que se observa é um constante número de casos de mulheres violentadas, devendo-se observar que, seja em quaisquer das espécies de violência, as sequelas ocasionam abalos emocionais consideráveis, e por mais que seja praticada contra a mulher, se o casal tem filhos, eles conseqüentemente, serão afetados.

De acordo com o Instituto Datafolha em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021), cerca de 17 milhões de mulheres sofreram violência no Brasil em 2020, as agressões em ambiente doméstico representam quase a metade desse número; 48% das mulheres vítimas de violência relatam que o lar é o local de maior risco. A despeito do número alarmante, é de extrema importância pontuar que cada vez mais as mulheres vêm sendo encorajadas a denunciar.

Nesse sentido, a recomendação Nº 57 do Comitê de Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher (2015, p. 24) indica que a adoção de meios facultativos que em muitos casos dão celeridade aos processos envolvendo violência doméstica, direitos trabalhistas e direitos das crianças e adolescente, também podem ser prejudiciais pois contata que:

Ao mesmo tempo que esses processos podem proporcionar maior flexibilidade e reduzir os custos e atrasos para mulheres que buscam justiça, também podem levar a outras violações de seus direitos e impunidade para perpetradores, na medida em que geralmente operam com base em valores patriarcais, tendo assim um impacto negativo sobre o acesso das mulheres à revisão e remédios judiciais.

O disposto no §8º do artigo 226 da Constituição Federal determina caber ao Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988). Embora a Lei Maria da Penha

tenha trazido avanços necessários no combate à violência contra a mulher, sua aplicação ainda encontra desafios no que concerne a compatibilização com questões do Direito das Famílias.

Somado a importância da Lei Nº 12.318/10 que dispõe sobre alienação parental, o ato de dificultar o exercício à convivência entre genitor e prole. Em seu artigo 3º, assevera que o ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente, relativo à convivência familiar saudável, constituindo-se inclusive abuso moral contra o menor (BRASIL, 2010). Segundo o art. 14 da lei Maria da Penha, a natureza dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher é híbrida, atingido matéria de ordem cível e criminal; no entanto, a competência destes em questões relativas à guarda se restringem às medidas protetivas.

3.1 Das situações **de violência contra a mulher e a impossibilidade de guarda compartilhada**

É importante salientar que a violência contra a mulher está presente em muitos lares de vários modos, podendo ser: doméstica, psicológica, física, moral, entre outras.

Nesse segmento, além de motivos particulares de cada família, há exemplos de divórcio que ocorrem por conta de violência contra a mulher nos lares e, conseqüentemente, por ser algo danoso à mulher e à sua dignidade humana, decidem pelo divórcio para que não tenham conseqüências piores.

Em casos de relacionamentos abusivos, é sabido que a guarda unilateral é a melhor alternativa para esse caso, haja vista que o abusador pode continuar praticando a violência que existia antes da dissolução de união estável ou divórcio. Nesse sentido, apesar de decidirem a guarda unilateral, deve-se ter o contato mínimo com o agressor e só falar o necessário quando se tratar de assunto referente à criança.

O judiciário tem reconhecido a impossibilidade da guarda compartilhada da vítima com o seu agressor, especialmente quando presente a adoção de medida protetiva. A exemplificar, dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Trata-se de agravo interposto por C. F. P. L. contra decisão que inadmitiu recurso especial visto incidirem na espécie as Súmulas n. 7/STJ e 284/STF. Alega a parte agravante, em síntese, que o recurso especial atendeu aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual requer a sua admissão. É o relatório. Decido. Preliminarmente, impõe-se ressaltar que tanto o agravo em recurso especial como o recurso especial foram interpostos com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com as interpretações dadas pela jurisprudência desta Corte (Enunciado Administrativo n. 2/STJ). No presente caso, foi interposto recurso especial contra acórdão assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL. Direito de Família. Guarda de filhos. Pleito de fixação de regime de visitação e de guarda compartilhada formulado pelo pai. **Sentença que rejeitou a**

guarda compartilhada e fixou regime de visitação que estimula a convivência paterna. Recurso do pai insistindo na guarda compartilhada. Farta prova produzida nos autos que atesta a preservação dos interesses das crianças com a permanência da situação atual guarda unilateral da mãe. Situação atual que revela o desentendimento habitual dos genitores. A majoração das áreas de atuação conjunta agravaria o dissenso, em prejuízo evidente para os filhos. Desprovimento do recurso e manutenção da sentença" (e-STJ, fl. 341). A parte recorrente argumenta que o art. 1.583 do CC foi violado na medida em que lhe foi negada a guarda compartilhada dos filhos com a recorrida. O Ministério Público Federal emitiu parecer, sumariado nos termos a seguir: "Agravamento em Recurso Especial. Ausência de impugnação de todos os fundamentos da decisão agravada. Inviável o seguimento do agravo quando não atacados todos os fundamentos da decisão agravada. Súmula n. 182/STJ. Parecer pelo não conhecimento do agravo" (e-STJ, fl. 466). Passo à análise da questão proposta. **O acórdão recorrido considerou que a guarda compartilhada, no caso concreto, não seria a melhor saída em razão do mau relacionamento entre as partes.** Conforme ressalta, "o histórico familiar demonstra tristes episódios envolvendo brigas entre os pais, que culminaram, inclusive, com o acionamento da polícia para concessão de medidas protetivas" (e-STJ, fl. 343). Após analisar as provas dos autos e tecer considerações acerca da atuação de ambos recorrente e recorrida e da situação fática em que vive a família, o acórdão concluiu: "Além disso, ampliar as áreas atuação concomitante entre pai e mãe, ao menos no momento, significaria estimular o conflito que decorreria naturalmente da ampliação das áreas de atrito, tudo redundando em mais prejuízos às crianças" (e-STJ, fls. 343/344). Desse modo, não há como conhecer do recurso especial visto que, para aferir eventual equívoco da Corte a quo e, por conseguinte, concluir pela necessidade da guarda compartilhada, é necessário reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, procedimento que encontra óbice na **Súmula n. 7/STJ**. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Advirto a parte de que eventuais recursos que venham a ser por ela interpostos poderão ensejar o arbitramento dos honorários de sucumbência recursais, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil (Enunciado Administrativo n. 7/STJ). Publique-se. Brasília, 19 de agosto de 2016. (AGRAVANTE:CFPL,STJ, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 541.175-RJ (2014/0160617-6, MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Relator, AREsp 541175, Data da Publicação,26/08/2016").

Apelação Cível. Ação de Guarda c/c Regulamentação de Visita. Família. Sentença que acolhe a pretensão inaugural e **defere a guarda unilateral à mãe, estabelecendo a visitação paterna nos moldes propostos na exordial e rechaçando o pleito reconvenicional de fixação da modalidade compartilhada.** Irresignação defensiva. Guarda

compartilhada que, inobstante haja se constituído a regra no ordenamento brasileiro desde o advento da **Lei nº 13.058/2014, admite exceções. Art. 1.584, § 2º, do CC. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ressaltar a imperatividade da observância ao melhor interesse do menor.** Arrestos. Caso concreto que se amolda às hipóteses excepcionais admitidas pela jurisprudência. Ambiente doméstico onde as adolescentes não logravam encontrar condições adequadas ao seu sadio crescimento, sobretudo diante da separação de fato dos pais, que, ainda assim, seguiram coabitando. **Episódio comunicado junto a Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher no qual o Réu trancou não só a Autora, mas também as filhas do casal do lado de fora da casa. Situação nociva que teria perdurado por alguns meses, até que decretada medida protetiva de afastamento do Demandado do lar. Relatos das menores no sentido de que o pai racionava comida, levando-as a passar fome.** Indícios de abandono afetivo apontados pelo laudo psicológico confeccionado sob determinação do Magistrado de 1º grau. Particularidades do núcleo familiar que justificam a concessão da guarda unilateral à genitora, o que apenas regularizaria quadro fático já constatado no curso dos últimos anos. Melhor interesse da prole. Julgados desta Corte Estadual. Honorários recursais. Inaplicabilidade do disposto no art. 85, § 11, do CPC, ante a ausência de fixação de sucumbência pelo Juízo a quo. Manutenção do decisum. Conhecimento e desprovemento do recurso. (TJRJ, APELAÇÃO, 0009843-83.2016.8.19.0208, Des (a). SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgamento: 18/09/2019.)

Como demonstrado acima, embora a guarda compartilhada seja a regra no ordenamento jurídico, deve-se dar prevalência à guarda unilateral quando essa atender ao melhor interesse da criança.

3.1.1 Das crianças e adolescentes como vítimas indiretas da violência doméstica

As crianças e jovens que se encontram em contexto de violência doméstica cometida pelo pai contra a mãe, mesmo que não sejam os destinatários diretos da agressão, sofrem esse dano de forma reflexa. Assim, eles não tentam intervir no episódio e se tornam alvos diretos da violência.

Segundo pesquisa realizada em 2017 pelo Fundação das Nações Unidas para a Infância – UNICEF, uma em cada quatro criança menores de 05 anos, são filhas de mães que foram vítimas de violência doméstica.

Há relatos de crianças que sofreram violência direta do pai após fazer contato com a polícia na tentativa de cessar as violências, e neste sentido a psicóloga Miriam Botelho Sagim expõe:

As crianças e adolescentes relatam os episódios de violência com voz triste, indicando que, para eles, é um sofrimento ver seus pais brigando e assistirem as ocorrências de violência. Para eles, todos esses acontecimentos são prejudiciais e os deixam angustiados. Nos relatos e nas conversas após o término da entrevista, que foram registrados em um diário de campo, o que eles mais dizem é que é muito ruim ver o pai e a mãe brigando. Também, muitas vezes, sentem muito medo da situação vivenciada, correm para a rua e chamam a polícia. Foram várias as crianças e adolescentes que relataram ter chamado a polícia quando as brigas têm início, mas sabem, no entanto, que isso pouco ajuda, pois a polícia não leva o pai preso e ele ainda acaba batendo no filho, em decorrência de ter chamado a polícia.

A psicóloga relata casos em que crianças chegaram a falar que sentiam vontade de se matar em meio a vivência daquele cenário de violência, afirmando terem sido vítimas das agressões diretamente. A pesquisadora relata que são vários casos:

O relato desse adolescente não foi o único, sendo que outros seis expressaram a vontade de matar o pai, ainda que não falem em cometer suicídio. São adolescentes tão angustiados e tristes e que foram tão afetados pelos episódios de violência presenciados, que para eles, a vida parece ter perdido o sentido. Em seus relatos deixam explícito o de não terem nenhuma conduta criminosa anterior e nem fazerem uso de drogas (...).

Vivenciar essas situações é considerada uma forma de abuso psicológico. A violência realizada contra a mãe, acaba sendo uma forma de violência psicológica contra as crianças e adolescentes.

4 DO MELHOR INTERESSE DOS FILHOS E A PROTEÇÃO JURÍDICA DA MULHER

Elucidado através da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, aprovada pela ONU e ratificado pelo ordenamento brasileiro através da Carta Magna e pela Lei Nº 8.069/90; para alguns doutrinadores, o princípio do melhor interesse dos filhos é o princípio mor do direito das famílias. Intrínseco à dignidade da pessoa das crianças e adolescentes, ao conferir essa garantia à prole, o legislador assegura total proteção e cuidado aos direitos destes enquanto dependentes e em desenvolvimento. Dias (2021) defende que o melhor interesse dos filhos não deve ser associado à manutenção de vínculos biológicos.

Da Constituição Federal, ao Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente, vários foram os dispositivos adaptados e readequados a essa prerrogativa (MADALENO; MADALENO, 2019). Nesse mesmo sentido, a Lei da Alienação Parental também foi promulgada visando atender a esse princípio. Assim, entende Pereira (2021, p. 892) ao destacar que:

O princípio, como norma jurídica, vem exatamente tentar salvar uma decisão judicial do maniqueísmo ou do dogmatismo da regra, que traz

sempre consigo a ideia de tudo ou nada. O princípio aceita ponderação, relativização e deve ser compatibilizado com outros princípios. In *casu*, deve ser conjugado com princípio da afetividade, da responsabilidade e dignidade humana.

Essa generalização somente encontrará obstáculos no caso concreto, onde não pode prevalecer a visão romantizada e abstrata acerca do conceito de família. No que diz respeito ao melhor interesse dos filhos e a vulnerabilidade das mulheres abusadas por seus parceiros, como aponta o Guia de Avaliação de Risco para o Sistema de Justiça, não se deve ignorar essa violência doméstica nos casos que versarem sobre guarda, pois aqui há o risco da continuidade do ciclo.

No Agravo de Instrumento Nº 50350150320218217000 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a genitora prezando pela própria integridade se afastou do lar, onde sofria violência doméstica do até então parceiro; que permaneceu no lar com a custódia do filho em comum, sendo que, em razão da medida protetiva decorrente da Lei Maria da Penha e do temor à própria vida, a agravada via-se em dificuldade para manter contato com o próprio filho, que sofria com a ausência materna. Bianchini; Bazo; Chakian (2022, p. 22) explicam que quanto maior o vínculo entre vítima e agressor e a habitualidade da violência, mais estas se tornam “vulnerabilizadas dentro do sistema de desigualdade de gênero, quando comparado a outros sistemas de desigualdade (classe, geração, etnia)”.

Por fim, é necessário que o Estado promova com mais eficiência meios de combater e punir a violência de gênero e o feminicídio, a Corte Interina de Direitos Humanos chama a atenção também para a atual necessidade de promover especialização e formação de profissionais da área, para que atuem sob ótica dessas perspectivas. Afinal, as Recomendações Gerais Nº 26 a 29 do CEDAW (2015), atestam que há o exposto reconhecimento de que o sistema judicial inteiro reflete estereótipos e preconceitos de gênero.

3 CONCLUSÃO

Partindo desse ponto, o artigo trouxe o instituto da guarda compartilhada como prova, na maior parte dos casos, do regime de melhor interesse e que melhor atende ao desenvolvimento integral das crianças e jovens, protegendo o que é previsto em Lei.

No entanto, os litígios decorrentes da aplicação de medidas protetivas urgentes ao outro cônjuge ou mesmo aos filhos podem significar a necessidade de assumir, ainda que temporariamente, a guarda unilateral, o que limita o direito de convivência, para que a proteção seja efetivamente implementada.

Neste sentido, a matéria se mostra como uma questão importante, pois não se esgotou a sua discussão, a doutrina, a jurisprudência e a legislação, no que diz respeito à garantia da integridade física e psicoemocional dos filhos do casal, como normativa sobre medidas protetivas em situação familiar.

Infelizmente, o Brasil é o quinto país do mundo onde ocorrem feminicídios, a maioria deles causados por violência doméstica. Diante desse triste e trágico cenário, é muito importante pensar nos efeitos da violência doméstica e nos direitos das famílias.

Indubitavelmente, a imposição da guarda compartilhada não pode ser uma medida cega e indiferente, para que deixe de ser um meio de regra machista. Para atingir verdadeiramente seus nobres objetivos, a guarda compartilhada deve ser realista e construtiva, não coercitiva. Também é importante que o impacto da violência familiar sobre as crianças seja considerado e que os perpetradores sejam considerados inaptos para receber cuidados, principalmente quando medidas de proteção urgentes são adiadas.

Nesse sentido, diversas decisões têm reconhecido acertadamente o fator de violência familiar e doméstica contra a mulher, o que fragiliza o uso do poder familiar e, conseqüentemente, a guarda do agressor, o que a nosso ver é o avanço de um ordenamento jurídico que considera a desigualdade um gênero que continua permeando a sociedade, cuja semente é a família, e que deve se desenvolver saudavelmente para germinar sem o controle da violência.

Essa mediação e ênfase nas medidas judiciais se faz necessária para que as partes em situação familiar possam se submeter a essas técnicas de negociação e decisões judiciais para buscar soluções que melhorem a relação entre os genitores, mesmo que já tenham se separado e não estejam. viver sob o mesmo teto, primando por um diálogo amigável e conciso, considerando acima de tudo o compromisso de levar o melhor ao menor, que pode ver através das ações dos pais e das decisões tomadas no tribunal. como os menores vivem e crescem com dignidade e, sobretudo, respeito.

4 REFERÊNCIAS

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A guarda compartilhada e o direito da criança à convivência familiar, desde que a salvo de toda forma de violência. Editorial à Civilistica.com. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3., 2019.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.**

AZEVEDO, Álvaro Vilaça, **Direito de Família Curso de Direito Civil**, São Paulo: Editora Atlas, 2013.

____. Lei Maria Da Penha. Lei N.º11.340, de 7 de agosto de 2006.

____. Lei 11.698, de 13 de junho de 2008., que altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 de junho de 2008.

LIMA Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada: volume único. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2015.

MADALENO, Rolf, **Direito de Família**, 9ª edição, Porto Alegre, Editora, Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 9. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. "Se você ficar com nossos filhos, eu te mato!": violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. Dissertação (mestrado) – Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito. Brasília: 2015.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers, **Poder familiar e guarda compartilhada**, São Paulo: Editora, Saraiva, 2016.

WAQUIM, Bruna Barbieri; MACHADO, Bruno Amaral. Heterorreferências sobre a parentalidade: abertura cognitiva aos discursos "psi", senso comum e descrições jurídicas da alienação parental e guarda compartilhada. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 6, n. 2., 2017.

FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS E O IMPACTO NO TRABALHADOR URBANO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

VITÓRIA OLIVEIRA LOPES:
Graduada em Direito pelo
Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo relatar as normas trabalhistas e o impacto no trabalhador urbano durante a pandemia da covid-19 e suas respectivas flexibilizações, bem como explorar a temática proposta a partir de um levantamento literário ocorrido dos últimos 5 anos (2018-2022). A metodologia ocorreu através de um estudo de caráter transversal, com delineamento descritivo, de caráter narrativo e reflexivo, realizado a partir de uma junta documental e literária através da extração de obras bibliográficas de Leis/Decretos e periódicos específicos da esfera de direito. Os resultados demonstram que pela lei trabalhista, a suspensão ou redução de jornada e de salário não são permitidas, porém pelo estado de calamidade foi criado MP 1045/2021 que autoriza e tem o objetivo da manutenção do emprego e para os trabalhadores que tiveram o contrato suspenso ou o salário reduzido, têm direito a estabilidade no emprego, essa estabilidade corresponde pelo mesmo período que o trabalhador tiver o contrato suspenso ou o salário reduzido a não ser que sejam demitidos por justa causa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Flexibilização das normas trabalhistas. Pandemia. Direitos fundamentais do Trabalhador. Ambiente de Trabalho.

ABSTRACT: This work aims to report on labor standards and the impact on urban workers during the covid-19 pandemic and their respective flexibilities, as well as exploring the proposed theme based on a literary survey that took place in the last 5 years (2018-2022). The methodology took place through a cross-sectional study, with a descriptive design, of a narrative and reflective nature, carried out from a documentary and literary gathering through the extraction of bibliographical works of Laws/Decrees and specific periodicals of the sphere of law. The results show that by labor law, the suspension or reduction of working hours and wages are not allowed, but due to the state of calamity, MP 1045/2021 was created, which authorizes and aims to maintain employment and for workers who had the contract suspended or reduced salary, are entitled to stability in employment, this stability corresponds to the same period that the worker has the contract suspended or salary reduced, unless they are dismissed for just cause.

KEYWORDS: Labor Law. Flexibilization of labor standards. Pandemic. Fundamental Worker Rights. Desktop.

1 INTRODUÇÃO

Agora há evidências claras de que os impactos econômicos devastadores da pandemia do COVID-19 foram distribuídos de forma desigual entre os trabalhadores em muitos países desenvolvidos. No entanto, no mundo em desenvolvimento, sabe-se muito menos sobre o que aconteceu com diferentes tipos de trabalhadores nos países em desenvolvimento.

Assim, este trabalho visa explorar a crise que afetou diferentes tipos de trabalhadores e suas diferenças substanciais perante as normas trabalhistas. Com base em dados de pesquisas por telefone

de cerca de 40 países em desenvolvimento em cinco regiões, as taxas de paralisação do trabalho, por exemplo, variaram entre 28% e 37% entre abril e junho de 2020, dependendo do tipo de trabalhador.

Isso complementa a análise anterior, em que quantificamos os principais efeitos adversos da pandemia nos meios de subsistência dos trabalhadores nesses 40 países em desenvolvimento, tanto no início quanto à medida que a crise evoluiu. Olhando para grupos de trabalhadores, dados presentes nesta pesquisa mostram que trabalhadores do sexo feminino, jovens, menos educados e urbanos tinham maior probabilidade de parar de trabalhar durante os estágios iniciais da crise. Destes, a divisão de gênero foi a maior, pois as mulheres tiveram 8 pontos percentuais a mais de chance do que os homens de parar de trabalhar na fase inicial da crise.

Os trabalhadores jovens, por sua vez, também foram mais atingidos pela paralisação do trabalho do que os trabalhadores adultos mais velhos. A diferença aqui é de 4 pontos percentuais. Da mesma forma, há uma diferença de 4 pontos percentuais entre trabalhadores com baixa e alta escolaridade. Enquanto a crise atingiu mais os trabalhadores urbanos do que os rurais, em termos de paralisações, a diferença foi menor.

Aqui, os trabalhadores urbanos tiveram 3 pontos percentuais a mais de chances de parar de trabalhar do que os trabalhadores rurais, indicando que a crise de empregos não se limitou às áreas urbanas.

2 CONTEXTO

Para Faria (2020, p. 222): O cenário que precede a crise desencadeada pelo Coronavírus já era complicado. A economia brasileira, apesar de se destacar entre as maiores do mundo, possui uma desigualdade social acentuada.

Em seguida Faria (2020, p. 223) afirma que: A concentração de riquezas, os altos índices de desemprego [...] a insuficiência do sistema público de saúde... O Coronavírus chega ao Brasil com o potencial de agravar todo esse cenário.

Valverde (2020, p. 223) explica que:

Tudo começa com a Portaria n. 1887, de 3 fevereiro de 2020, a qual declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), estabelecendo o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV). Conforme os casos de contaminação foram aumentando, o Poder Público passou a editar mais e mais normas. Até que, em 20 de março de 2020, por meio do Decreto Legislativo n. 68, foi reconhecido para os fins do art. 65, da Lei Complementar nº 101/2000, 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.

Desta forma, a pandemia trouxe várias questões à tona, alguns problemas como a crise econômica, índices de desemprego e por consequência a calamidade na saúde pública, são fatos que impactaram o trabalhador urbano.

3 MEDIDAS PROVÍSORIAS

Faria (2020, p. 224) afirma:

A primeira delas, a Medida Provisória n. 927/2020, listou as principais medidas de enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública, sendo elas: o teletrabalho, a antecipação das férias individuais, a concessão de férias coletivas, o aproveitamento e a antecipação dos feriados, o banco de horas, a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho, o direcionamento do trabalhador para qualificação (as regras previstas nessa MP, sobre este ponto específico, foram revogadas pela Medida Provisória n. 928/2020, recebendo nova regulamentação na MP n. 936/2020) e o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Faria (2020, p. 224) destaca ainda:

A Medida Provisória n. 936/2020, que criou o Programa Emergencial de Manutenção de Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas trabalhistas complementares de enfrentamento do estado de calamidade. Esta segunda MP possibilitou a redução salarial combinada com redução de jornada por meio de acordo individual, o que foi motivo de muitas críticas as quais fundamentaram, inclusive, ações de declaração de inconstitucionalidade.

Seria o surgimento de novas modalidades de emprego ou apenas uma flexibilização para beneficiar o trabalhador? Após esse questionamento, entende-se que as medidas provisórias não foram elaboradas para o surgimento de um novo direito, e sim, trouxeram os direitos que ocupavam um lugar secundário na sociedade, por exemplo o teletrabalho, o trabalho remoto, home office estes foram vistos para algumas empresas como solução.

Algumas empresas já enxergavam múltiplos benefícios do teletrabalho, então a adoção do home office foi a melhor saída para o enfrentamento da crise atual.

Porém, o teletrabalho não é uma modalidade que abrange a todos. Muitas pessoas encontram dificuldades nesse meio de trabalho, pois nem todos conseguem realizar suas atividades laborais no modo remoto, isto é, existem inúmeras modalidades de trabalho em que não será possível aplicar o teletrabalho.

Faria (2020, p. 227) explica o funcionamento do teletrabalho:

Esse momento de trabalho remoto poderá servir como um teste tanto para o empregado quanto para o empregador. Afinal, se um colaborador está produzido mais em casa, se comunicando bem com os demais, se ele está mais satisfeito com o tempo que está passando com a família, o teletrabalho poderá

ser uma ótima solução para ele e para a empresa após findo o estado de calamidade. Por outro lado, aqueles que encaram o home office como uma espécie de “férias”, provavelmente terão seu perfil descartado para trabalhar remotamente.

Sendo assim, esse modo parece ser bem aceito e corresponde bem as novas tendências do Direito do Trabalho. Com as novas tecnologias e novas possibilidades há um espaço para as relações de trabalho menos rígidas e mais colaborativas.

3.1 Soluções de conflitos internos

Valverde (2020, p. 227) afirma que nesse cenário, as empresas tiveram (e estão tendo) que ocupar um espaço importante de decisão, resolvendo os conflitos e obstáculos que se colocaram de forma autônoma.

Valverde (2020, p. 227) explica que se um empregado não possui estrutura em casa para realizar o teletrabalho e mesmo assim é colocado para laborar nessa modalidade no contexto atual, o empregador deverá fornecê-lo estrutura mínima (como um computador, internet, entre outros), sem realizar grandes testes de perfil para trabalho remoto.

Contudo, esse suporte dado por algumas empresas, não teve tanta abrangência para outros trabalhadores, que foram severamente afetados pela pandemia, grande maioria foi desligado de suas funções, causando de modo geral desemprego em massa.

Para Valverde (2020, p. 227) o empregado, por outro lado, poderá buscar negociar com o empregador que adiante suas férias, pois não tem interesse em trabalhar nesse momento, já que prefere priorizar o tempo com a família.

Neste contexto, é evidente que os mecanismos de resoluções de problemas internos são imprescindíveis. A forma mais eficiente é o diálogo, porém não é o único.

No ordenamento jurídico brasileiro, existe um meio eficaz e eficiente, que facilita a comunicação interna do empregado com o empregador, como a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA).

Um outro entendimento está na Constituição Federal de 1988, no artigo 11, que assegura o trabalhador o direito fundamental social de eleger um representante dos empregados com finalidade de promover-lhes o entendimento direto com o empregador, para assegurar melhoria das condições de vida e trabalho. Este artigo foi regulamentado com a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17), que inseriu na CLT os artigos 510-A a 510-D

3.2 Princípio da Solidariedade

Faria (2020, p. 230) refere-se:

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, apresenta seu núcleo fundamental, à medida que impõe a todos um dever de reconhecimento calcado no valor solidariedade, com o objetivo de constituir uma sociedade

mais livre, igual e justa, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Faria (2020, p. 231) revela que no Direito do Trabalho prevalece a concepção de que o empregado precisa de um arcabouço jurídico que o proteja para que ele alcance o mesmo nível de seu empregador, ou seja, para que haja uma igualdade de fato.

Faria (2020, p. 232) diz que o Direito do Trabalho se erigiu com base no tradicional conflito entre Capital e Trabalho. O litígio sempre foi marca registrada entre os agentes (empregado e empregador). Possível dizer que o Direito do Trabalho surge justamente da manifestação coletiva dos empregados, que, juntos, passam a reivindicar condições mínimas de trabalho, utilizando a greve como mecanismo de convencimento.

No momento de crise, com a pandemia em alta, *lockdown*, e com os interesses contrapostos é visível encontrar um interesse comum: a sobrevivência com a renda mínima.

4 POLÍTICA DE PREVENÇÃO NAS EMPRESAS

Dallegrave (2020, p. 239) diz que O Brasil é um dos recordistas mundiais em acidentes de trabalho. Em flagrante paradoxo a esses dados, constata-se que o nosso país contém uma das legislações mais avançadas e pormenorizadas em matéria de saúde do trabalhador.

Apesar de já ter adotado uma Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), o Brasil ainda não ratificou a Convenção n. 187 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê a adoção de medidas mais efetivas para a preservação de segurança e saúde. No entanto, a Convenção n. 155 da OIT que trata da segurança, saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, foi aprovada pelo Brasil (Decreto Legislativo n. 2/1992), cujo art. 4º, determina que a política estatal seja direcionada para “prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho”, observam Tereza e Daniel Gemignani

A Convenção n. 161 da OIT, também aprovada pelo Brasil (Decreto Legislativo n.86/1989), caminha em igual sentido, ao orientar, em seu art. 1º, sobre as funções essencialmente preventivas e os requisitos manter um ambiente “seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho”

4.1 Epis

É excepcional fazer a observância das normas de saúde e do treinamento dos trabalhadores para fazer uso de tais informações e ferramentas.

Sendo assim, qualquer deslize da empresa pode levá-la a uma condenação judicial.

Dano moral. Doença do ocupacional. Segundo o tribunal de origem, o reclamante adquiriu lesão no ombro direito em decorrência das atividades laborais executadas na reclamada, a qual lhe causou incapacidade laborativa parcial, multifuncional e permanente, no percentual de 20%, em razão da omissão e da negligência patronal, que não cumpriu o preconizado no art. 183 da CLT e na nr 17, porquanto não disponibilizou treinamento para o exercício

da função e a realização de ginástica laboral e sequer juntou os documentos obrigatórios relativos ao levantamento ambiental dos riscos ergonômicos, sendo o dano moral decorrente desses fatos. (TST; ARR 1000953-71.2016.5.02.0432; Oitava Turma; DEJT 09/08/2019; Pág. 4643)

O caso acima, nos remete ao instituto de responsabilidade civil e diante desses fatores e com base na doutrina pode ser caracterizado de duas formas: a) Culpa por violação à norma legal; aqui se incluindo as normas da Constituição Federal, da CLT, dos instrumentos normativos da categoria e as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego.; b) Culpa por violação ao dever geral de cautela; aqui se incluindo os deveres de prevenção e precaução.

4.2 Prevenção e Precaução

Seria melhor prevenir ou remediar?

Marcelo Abelha Rodrigues esclarece que, enquanto a prevenção relaciona-se com “a adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis, a precaução também age prevenindo, mas antes disso, evita-se o próprio risco ainda imprevisível” (“Ambiente de Direito: Princípio da Prevenção - Blogger”) (“Ambiente de Direito: Princípio da Prevenção”)

Seria previsível tal pandemia e tal contaminação dentro do ambiente de trabalho?

O princípio da precaução é amplamente aceito no âmbito científico e deve ser aplicado aos empregadores em relação ao meio ambiente de trabalho. Exegese do art. 225 da Carta Constitucional, que assegura a todo cidadão o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, aqui incluído o meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII, da CF). Ambos os princípios (prevenção e precaução) decorrem do dever geral de cautela que se espera do empregador quando se trata de saúde do trabalhador: um comportamento diligente que exceda aquele praticado pelo homem-médio, máxime porque a observância do cumprimento da legislação, e do dever de prevenção, constituem obrigações previstas em leis.

A lei trabalhista traz em seu bojo, diversas condições de segurança do local de trabalho, sendo assim a manutenção dela fica sob responsabilidade das empresas, que assumem o risco pela atividade. É possível encontrar respaldo no artigo 157 da CLT - Consolidações das Leis Trabalhistas, este artigo institui uma série de obrigações que somam com o artigo 166 da CLT, referindo-se ao EPI (Equipamento de Proteção Individual).

Subentende que a empresa tem responsabilidade ao mesmo tempo de manter os locais de trabalho seguros e instituir seus colaboradores a seguirem as normas de proteção, o *modus operandi* da empresa com seus empregados em conjunto, justificam que a prevenção e a precaução durante a pandemia remetem a peça-chave para solucionar tais impactos causados na pandemia.

5 IMPACTOS DA PANDEMIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

No contexto das relações de trabalho, surgiram muitas dúvidas a respeito dos direitos e deveres nas relações trabalhistas.

A priori a pandemia trouxe diversos desafios devido a situação de força maior, que gerou a instauração de regimes jurídicos provisórios e urgentes, com o objetivo de dirimir os impactos incalculáveis provocados pela pandemia da COVID-19, por meio de Medidas Provisórias, ou seja, houve a possibilidade de flexibilização das normas trabalhistas já prevista nas legislações existente, estas que já foram abordadas deste artigo como: teletrabalho, redução de jornada de trabalho e suspensão de contrato de trabalho.

Diante disso foi promulgada a medida provisória 927/2020 pelo presidente da República com o objetivo de assegurar direitos trabalhistas, para o enfrentamento do Estado de calamidade pública em decorrência da covid-19.

Vejamos os pontos que afetaram o trabalhador urbano no próximo tópico.

5.1 Férias

As férias são os momentos de descanso do trabalhador, é a hora em que o empregado fica afastado de suas atividades laborais para ter momentos de lazer, programar viagem em família, planejar uma reforma etc. Com a pandemia isso tomou outro caminho. Como já foi falado a MP 927 de 22 de março de 2020 que dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde decorrente do coronavírus (covid-19), esta trouxe novas regras para flexibilizar questões práticas, como a aplicação de férias sem aviso prévio 30 dias antes do gozo durante o período de pandemia, que fez com que o Governo tomasse a iniciativa de editar a MP 927, afim de facilitar esses processos com mais rapidez, tendo em vista a velocidade no avanço da pandemia.

Sobre o trabalhador que sai de férias antes de se completar o período aquisitivo, destaco o trecho da obra de Francisco Ferreira Jorge Neto:

O empregado com menos de um ano, ao entrar em férias coletivas, terá o início de um novo período aquisitivo quando do seu retorno ao trabalho (art. 140, CLT). Se o período das férias coletivas gozadas excede o direito do empregado quando da respectiva concessão, os dias excedentes devem ser considerados como licença remunerada. O empregado não poderá ficar prejudicado nas suas férias normais pelo ato do empregador, já que o risco do empreendimento não pode ser imputável ao trabalhador [...], porém, se o período das férias coletivas gozadas for inferior ao direito do empregado, o empregador deverá conceder o saldo restante dentro do período concessivo originário. Nesse caso, não se aplica analogicamente o teor do art. 140.

Importante lembrar que no caso das férias coletivas, através da qual todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa (art. 139, CLT) saem de férias, o empregador não precisa consultar os empregados a respeito da data da concessão das férias (art. 136 da CLT) e pode dividir as férias em até dois períodos (também sem a anuência do trabalhador), desde que nenhum desses períodos seja inferior a 10 dias (art. 139, § 1º, CLT).

5.2 Suspensão do Contrato, Redução de Jornada e de Salário

Pela lei trabalhista, a suspensão ou redução de jornada e de salário não são permitidas, porém pelo estado de calamidade foi criado MP 1045/2021 que autoriza e tem o objetivo da manutenção do emprego. Para os trabalhadores que tiveram o contrato suspenso ou o salário reduzido, têm direito a estabilidade no emprego, essa estabilidade corresponde pelo mesmo período que o trabalhador tiver o contrato suspenso ou o salário reduzido a não ser que sejam demitidos por justa causa. (“Contratos Suspendidos e Redução de Salários chegam ao fim”) Dia 27/04/2021 o Governo Federal publicou a MP de 1045/2021 no DOU que restabeleceu a possibilidade de redução no contrato de trabalho, no qual é período de suspensão temporária e a possibilidade de redução proporcional da jornada e do salário do empregado. O Governo Federal reabilitou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda (BEm), a MP 1045/2021 estabeleceu um prazo máximo de 120 dias para a adoção de qualquer uma dessas medidas, seja suspensão temporária do contrato de trabalho seja redução proporcional do salário e da jornada de trabalho. Dito no artigo 7º da MP de 1045/2021 de 27/04/2021.

A suspensão do contrato de trabalho, em virtude das problemáticas evidenciadas na pandemia seguem alguns fatores como a suspensão pela crise empresarial oriunda da pandemia e/ou devido o colaborador ser acometido pela doença. Levando em consideração a gravidade do caso, cada braço da problemática partirá para uma esfera jurídica diferente. Assim, de acordo com a pesquisa realizada por Coraccini (2021), compreende-se que após o prolongamento da pandemia e no impacto sobre ela, o governo federal à época reabilitou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda.

Desde modo, “a medida permite que empresas reduzam o salário e a jornada dos funcionários ou suspendam o contrato de trabalho temporariamente. (“Entenda as regras para Suspensão e Redução de Contrato de Trabalho”) Tanto na suspensão do contrato quanto na redução de salário e jornada”(CORACCINI, 2021).

Para tanto, corroborando ainda com as pesquisas realizadas pelo canal CNN Brasil (2021), Coraccini pontua alguns itens elementares sobre esta temática, onde:

1. O novo programa garante a possibilidade de as empresas reduzirem a jornada e o salário dos funcionários em três faixas: 25%, 50% ou 70%. (“Entenda as regras de redução de salário e de suspensão do contrato de ...”) A empresa pode escolher qual faixa ela vai aderir;
2. O trabalhador, por sua vez, terá a ajuda do governo para repor parte desse salário que não será pago pela empresa; (“Como funciona a ajuda do governo para empresa?”)
3. Na suspensão do contrato de trabalho, a empresa deixa de pagar o salário ao funcionário temporariamente; (“Como funciona a suspensão do contrato de trabalho?”)
4. O empregado receberá do governo um benefício calculado com base no valor que ele teria direito caso recebesse o seguro-desemprego. Ele voltará

ao seu posto na empresa, com salário integral, assim que o período de suspensão definido pela empresa acabar;

5. O trabalhador receberá uma parte do salário da empresa e a outra parte do governo, chamado Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BEm). Porém, o valor será menor do que o trabalhador geralmente recebe. Isso porque o benefício que o governo vai dar não é baseado no salário integral que o trabalhador recebe, mas, sim, no valor que ele teria direito caso recebesse o seguro-desemprego;
6. O valor que deverá ser pago pelo governo será depositado diretamente na conta do trabalhador, sem envolver a empresa." ("Como receber parte do salário pago pelo governo?") O primeiro pagamento acontece 30 dias após a celebração do acordo;
7. A suspensão do contrato de trabalho permite que empresas não paguem salário ao trabalhador durante o período de adesão ao programa; ("Entenda as regras de redução de salário e de suspensão ... - CNN Brasil")
8. A suspensão do pagamento de 100% do salário do empregado é concedida apenas para empresas com receita bruta inferior a R\$ 4,8 milhões anuais;
9. O governo, por sua vez, terá que pagar o valor integral que o funcionário teria direito caso recebesse o seguro-desemprego.; ("Entenda as regras de redução de salário e de suspensão ... - CNN Brasil") as grandes companhias, com faturamento maior do que isso, também podem recorrer à suspensão do contrato, mas, nesse caso, o trabalhador recebe 30% do salário integral, pago pela empresa, e 70% do que receberia de seguro-desemprego, pago pelo governo e; ("Quem teve o contrato suspenso tem direito a seguro-desemprego?")
10. O governo pagará o benefício diretamente na conta do trabalhador, sem passar pela empresa." ("Redução de salário e suspensão de contrato: regras, obrigações e ...") O primeiro pagamento será feito 30 dias após a celebração do acordo.

Sobre a redução na jornada de trabalho, para Reis; Costa (2020), esta pode ser descrita através da tabela 1, a qual faz alusão a página da International Labour Organization – OIT (2020) que foi adotada durante o período pandêmico e apresenta resultantes de cada país para o enfrentamento da crise da Covid-19 na esfera trabalhista.

Entre essas medidas, a maior citada inúmeras vezes em vários países é a propostas de *short-time work*, a qual é dada a partir de uma revisão exaustiva de programas instaurados pelo governo local que possui as mesmas características em diferentes países.

Tabela 1 – Características do programa short-time work em alguns países.

Pais	Características do programa
Alemanha	As condições para receber os benefícios provenientes do programa de <i>short-time work</i> foram alteradas para permitir a inclusão de trabalhadores temporários e instituir a compensação total das contribuições sociais efetuadas pelos empregadores, assim como aumentar os valores dos benefícios. Os benefícios são pagos pelo empregador, que é compensado pelo governo.
Bélgica	A elegibilidade para o programa de desemprego temporário foi ampliada, assim como o valor do benefício teve aumento de 65% para 70% do salário do trabalhador, com um adicional de € 5,63 por dia. Foi concedido um auxílio antecipado de € 1.450 para as pessoas que deram entrada no programa.
Canadá	O acordo para vigência do programa foi estendido e a participação das empresas foi ampliada, flexibilizando os critérios de exigibilidade. Também foram ampliados os critérios de elegibilidade para os trabalhadores.
Dinamarca	O sistema de <i>short-time work</i> foi flexibilizado e passou a disponibilizar mais recursos. Para firmas que sofreram reduções acentuadas na demanda, os trabalhadores podem ser mandados para casa com o governo cobrindo 75% do salário, até um máximo correspondente a cerca de € 4 mil. As firmas devem pagar os 25% restantes do salário do trabalhador, que, por sua vez, deve contribuir com cinco dias das suas férias anuais.
Espanha	O governo facilitou o acesso a um programa por meio do qual podem ser estabelecidas suspensões de contrato ou reduções nas horas trabalhadas, e os trabalhadores têm direito ao seguro-desemprego sem que isso prejudique os seus direitos no futuro. As firmas com menos de cinquenta empregados tiveram os seus pagamentos de contribuições sociais suspensas, enquanto para as demais o pagamento foi estabelecido em 25%, sem que isso acarrete prejuízos para os trabalhadores.
França	Mesmo com reduções nas horas trabalhadas, os salários brutos devem ser mantidos em 70% do valor anterior, o que corresponde a cerca de 84% do salário líquido. Para os trabalhadores que recebem salário mínimo, a compensação deve ser de 100% do salário.
Itália	Durante o período de redução das atividades, os trabalhadores recebem do governo uma quantia equivalente a 80% dos seus salários brutos. O programa cobre todos os setores, com exceção do trabalho doméstico.
Nova Zelândia	O governo disponibilizou recursos para que os trabalhadores mantenham pelo menos 80% dos seus salários anteriores à crise da Covid-19.
Reino Unido	Os trabalhadores impossibilitados de realizar as suas tarefas podem receber 80% das suas remunerações anteriores até um valor máximo de £ 2,5 mil por mês. Em maio de 2020, esse programa foi estendido até outubro do mesmo ano.

Fonte: adaptado (OIT, 2020).

Deste modo, percebe-se que, diante os programas evidenciados na tabela acima, estes possuem características comuns, onde:

Em geral, procura-se oferecer elegibilidade para um contingente bem amplo dos trabalhadores." ("REDUÇÕES NAS HORAS TRABALHADAS COM COMPENSAÇÃO GOVERNAMENTAL COMO ...") Nos países em que programas de short-time work já estavam disponíveis, a cobertura foi ampliada em muitos casos. Outra preocupação foi com a manutenção da renda dos trabalhadores, para que seja mantida próxima do valor anterior à crise. Muitos países ampliaram os valores dos benefícios nas situações em que esse tipo de programa já estava disponível. Nota-se também uma preocupação com a renda dos trabalhadores mais vulneráveis (REIS; COSTA, 2020).

Perante a perspectiva brasileira no cenário da crise trabalhista oriunda da pandemia por Covid-19 em 2020, em consonância com Reis; Costa (2020), observa-se que:

O Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda estabelecido pela Medida Provisória (MP) no 936/2020 insere-se nesse contexto de preservar os vínculos trabalhistas formais e garantir a renda dos trabalhadores em meio à crise provocada pela pandemia da Covid-19. Essa medida estabelece a possibilidade de redução da jornada de trabalho ou de suspensão temporária do contrato de trabalho para os empregados com carteira assinada do setor privado, tendo como compensação o pagamento de um benefício emergencial ao trabalhador (Brasil, 2020). O programa permite que, por meio de acordo individual, a jornada de trabalho seja reduzida nos percentuais de 25%, 50% e 70% por até noventa dias, ou que o contrato seja temporariamente suspenso por até sessenta dias (REIS; COSTA, 2020).

Em virtude as problemáticas citadas ocorridas pela pandemia por Sars-CoV-2 no país, assim como as jornadas de trabalho foram reduzidas, em consequência, aos trabalhadores que permaneceram na ativa os salários foram reduzidos, especialmente aqueles que não trabalham (trabalhavam) na área de saúde. Assim, diante as pesquisas realizadas por Lima, et al. (2021), e sobre a Redutibilidade salarial no período de pandemia da covid-19, por meio da análise da Lei nº 14.020/20, acentua-se:

A Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) e o Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) possuem caráter normativo, assegurados pelo inciso XXVI, do artigo 7º da CRFB/1988. O primeiro ocorre entre o sindicato dos trabalhadores (empregados) e o sindicato da categoria econômica (empregadores), obrigando a todos que os compõem. Já o segundo se dá por meio de acordo entre o sindicato dos trabalhadores (empregados) e uma ou mais empresas de maneira individual. “Este gera obrigações apenas entre as partes do acordo (VANIN, 2015).” (“Redutibilidade salarial no período de pandemia da...”) A vedação à redução salarial possui força imperativa também no princípio da inalterabilidade contratual lesiva. Este princípio, baseado no Direito Civil da inalterabilidade lesiva dos contratos, se expressa por meio do instituto do *pacta sunt servanda* (“os pactos devem ser cumpridos”). Delgado (2017, p.1152) afirma, “em sua matriz civilista, que as convenções firmadas pelas partes não podem ser unilateralmente modificadas no curso do prazo de sua vigência, impondo-se ao cumprimento fiel pelos pactuantes.” (“Redutibilidade salarial no período de pandemia da...”) Dessa forma, o empregador está impedido de alterar o salário do empregado de maneira unilateral.

Deste modo, os autores Lima, et al. (2021 apud RAFAEL, et al., 2020), denotam que desde 11 de março de 2020, o diretor-geral da OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, através de sua declaração em meio a epidemia da COVID-19, iniciada em Wuhan, na China, caracterizou-a como uma pandemia onde, segundo a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), é caracterizada como a disseminação de uma nova doença que se espalha por diferentes continentes, com transmissão sustentada de pessoa para pessoa.

O termo passa a ser utilizado quando uma epidemia, que afeta apenas uma região, toma proporções mundiais e, assim, após a eclosão da denominada 2019-nCov ou COVID-19 medidas drásticas para o controle e o combate à proliferação do vírus foram tomadas (SCHUELER, 2020).

Deste modo, a pandemia tornou-se, então, uma emergência de saúde pública mundial, de vigilância epidemiológica e, sobretudo, de programação de políticas públicas que reduzissem os danos causados pelo vírus em todas as esferas sociais (LIMA, et al., apud RAFAEL et al., 2020).

6 CONCLUSÃO

De acordo com as pesquisas realizadas neste estudo, considera-se que as mulheres eram mais propensas a pararem de trabalhar do que os homens empregados nos mesmos setores econômicos. Muitos especialistas observaram que as mulheres tinham maior probabilidade de trabalhar em setores como o varejo, que foram fortemente afetados pela crise.

Embora isso seja verdade, explica relativamente pouco da diferença de gênero na paralisação do trabalho. Da mesma forma, embora as mulheres também dediquem mais tempo ao cuidado dos filhos, em média, do que os homens, há poucas evidências de que esse tenha sido um fator importante que levou as mulheres a parar de trabalhar.

Em vez disso, a diferença de gênero foi causada principalmente pelo fato de as trabalhadoras serem muito mais propensas a parar de trabalhar do que os homens que trabalham nos mesmos setores. Esse resultado parece mais consistente com as mulheres que enfrentam discriminação de gênero nas empresas ou trabalham em empregos de nível inferior nas empresas com maior probabilidade de corte.

Esta pesquisa relacionada lança mais luz sobre isso, mas mais pesquisas serão úteis para obter uma melhor noção do que exatamente causou as grandes disparidades de gênero na paralisação do trabalho. Todavia, através de estudos e pesquisas recentes realizadas durante e após o clímax da pandemia, é possível denotar que o maior impacto trabalhista foi obtido em áreas fora da esfera da saúde, uma vez que foram consideradas, por vezes, não essenciais.

Por consequência a crise econômica mundial, houve a degradação da jornada de trabalho em muitas empresas e, aos que permaneceram ativamente trabalhando, foram submetidos a reduibilidade salarial aplicada após a vigência da Lei n. 14.020 de 2020.

7 REFERÊNCIAS

AGRA, A.; BELMONTE; MARTINEZ, L.; MARANHÃO, N. **O Direito do Trabalho na crise da COVID – 19**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. Disponível: <https://especial.editorajuspodivm.com.br/ebook-direito-trabalho-covid19>

AGUIAR, Antônio Carlos; CALVET, Otavio Amaral. **“Negociação” individual para redução de salário e jornada de trabalho**. Publicado em 8 abr. 2020. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/aguiar-calvet-negociacao-individual-reducao-salario-jornada>

BRASIL. **“Governo já editou 28 MPs relacionadas à pandemia de coronavírus.”** Agência Senado. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/15/governo-ja-editou-28-mps-relacionadas-a-pandemia-de-coronavirus>

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. **Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo.** Revista Fórum Trabalhista – RFT, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 145-166, jul./ago. 2012. Disponível: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/30177>

HUWS, Ursula. Tradução: Murillo Van der Laan. **A formação do cibertariado. Trabalho virtual em um mundo real.** Campinas, SP: Editora Unicamp, 2017. P. 11 e 12. Disponível: <https://repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/994008?i=1>

LIMA, M.C.F., et al. **Redutibilidade salarial no período de pandemia da covid-19: Análise da lei nº 14.020/20.** Revista *Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita*. pp. 01-18. 2020. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/90583/redutibilidade-salarial-no-periodo-de-pandemia-da-covid-19-analise-da-lei-n-14-020-20/4>

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1045 DE 27 DE ABRIL DE 2021. Disponível: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.045-de-27-de-abril-de-2021-316257308>

MINISTÉRIO DA SAÚDE (Brasil). **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus.** Disponível: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0188_04_02_2020.html

REIS, M.C.; COSTA, J.S.M. **Reduções nas horas trabalhadas com compensação governamental como política de manutenção do emprego e da renda.** Revista Política em Foco. pp. 01-06. 2020. Disponível: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10195>

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental: parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 207. Disponível: https://books.google.com.br/books/about/Elementos_de_direito_ambiental.html?id=0hE7AAAACAAJ&redir_esc=y

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

JEAN SOARES RODRIGUES:
bacharelado em Direito pela
Faculdade Uninorte.

IASMINE DE AMORIM CAVALCANTI
VANESSA MACIEL DE LIMA HOLANDA
(coautores)

RESUMO: Depois da vigência da presente Constituição Federal, promulgada em 1988, fora frisada a necessidade e descompatibilização do diploma civilista à época com a Cártula maior, e com os novos princípios contidas em seu bojo. Urge, pois, a adequação e renovação do Código Civil, que não mais espelhava o contexto do ser humano e as relações principalmente entre particulares. O Código de 2002 sobreveio com o escopo de amenizar, assegurando maior proteção ao indivíduo, alinhando-se com os dogmas do Direito Constitucional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Civil. Constitucionalização do Direito Civil. Direito Público-Privado.

ABSTRACT: After the expiration date of the present Federal Constitution, promulgation in 1988, out of the stressed the need and decompatibility of the Constitution, and with the new principles contained in its bulge. It is urgent, therefore, mainly about and no longer do the Civil Code, which mainly reflect the human being as relations between individuals. The 2002 Code came with the purpose of softening, ensuring greater protection to the individual, in line with the dogmas of Constitutional Law.

Keywords: Constitutional right. Civil right. Constitutionalization of Civil Law. PublicPrivate Law.

INTRODUÇÃO

O Presente trabalho tem como escopo primário emergir a reflexão no debate do papel transformacional que o Código Civil pátrio vem passando na sua releitura à luz dos preceitos constitucionais.

De plano, no primeiro capítulo, será discutida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cuja sua discussão, de forma reflexa, alberga a relação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais, adotada no estudo do direito constitucional, entretanto fazendo o paralelo, analogia ou até mesmo uma moldagem à aplicabilidade entre figuras que são vertidas na horizontalidade, cuja contenda, havendo, deve-se ou não serem utilizadas as mesmas garantias quando do embate em desfavor do estado, contudo não sendo objeto deste presente trabalho.

No tópico que compõem o mesmo capítulo 2, será abordado o trabalho conjunto que pugna a relação privada e os direitos fundamentais, já que ainda é objeto de discussão se tal corrente não desvirtua o papel autônomo do cidadão no seu âmbito privado.

Fechando, portanto, esse capítulo com alguns exemplos das aplicações dos mandamentos constitucionais na órbita do direito privado. Findando, por conseguinte, no último capítulo, teremos o debate do fenômeno do direito civil-constitucional.

O enfoque deste presente trabalho é no ordenamento pátrio, embora saiba-se que muito do que se aplica no país advém de outras nações, cujo sistema jurídico nacional absorve e aos poucos dá nova forma e amadurece, como vem acontecendo com essa teoria. Tal capítulo é o cerne do hodierno trabalho. Serve, portanto, como sustentáculo às diretrizes que levaram à conclusão da adoção no ordenamento pátrio à leitura dos preceitos antes puramente privados hoje relidos à luz da ordem constitucional.

O tema se torna importante, porquanto é observado diariamente a discussão acerca da possibilidade de aplicação dos preceitos constitucionais na seara privada. Ressalta-se que essa discussão é da constitucionalização do direito civil, e não o contrário, porquanto as normas infraconstitucionais é que devem se adequar à Constituição Federal, e o seu aprofundamento é essencial, já que suas diretrizes foram amplamente modificadas pela carta magna, deixando de carregar a pura individualidade e passando a dividir o papel com a garantia dos direitos fundamentais.

Sendo esse cenário, portanto, é que os tópicos do último capítulo serão enfatizados sobre a dicotomia entre o direito público e privado, já que nas — hoje poucas — críticas da corrente da constitucionalização do direito civil, tem como uma das vertentes estar o direito público estatal interferindo na autonomia do agente privado.

No tópico seguinte do capítulo em comento, tem-se como o direito civil chegou à constitucionalização, levando no seu bojo a preservação e garantia da dignidade da pessoa humana mesmo no momento em que sua vontade é respeitada.

Assim, o presente trabalho enfatizou sob aspecto Constitucional acerca do fenômeno da constitucionalização, com arrimo nas decisões do Tribunais superiores pátrios. Serão carreadas, portanto, posições doutrinárias, jurisprudências e os principais julgados deste tema, aos quais trarão a contribuição necessária para a ampliação da discussão sobre a temática em voga.

1. DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Das correntes da eficácia

A eficácia de uma norma tem duas vertentes: a corrente social e jurídica. Segundo Flávio Martins¹⁵, a social é quando há a imposição daquela norma no que diz respeito à obediência da população sobre seu poder cogente. Quanto à jurídica, é a possibilidade de produção dos seus efeitos concretos. É essa que vai delinear o presente capítulo, dada as diferentes variações dos seus efeitos, ainda mais quando estudados na aplicação não de normas constitucionais, que foram as primeiras premissas, quando houve confronto entre Estado *versus* particular, mas na contenda entre particular contra particular.

1.2 Da preliminar definição de direitos fundamentais

A noção de direitos fundamentais ao longo do tempo vem sendo redesenhada. Nem sempre um direito que era considerado fundamental em uma determinada época, poderá ser o mesmo em tempos remotos posteriores. Isso se dá pelo resultado da maturação histórica¹⁶ dos direitos. Segundo Tavares¹⁷, é inclusive a certa denominação, já que a natureza humana seria a titular de certo número de direitos fundamentais.

Inclusive, como ressalta Flávio Martins¹⁸, a nomenclatura “Direitos e Garantias Fundamentais” foi adotada pela Constituição Federal de 1988, em seu Título II, já que, cronologicamente, em 1824 eram utilizadas as expressões “Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos”; na Carta Magna de 1981, que teve como inspiração as Declarações dos Direitos dos séculos XVII e XVIII, advindo da Inglaterra, França e Estados Unidos, no plano nacional, foi utilizada a conjectura de “Declaração de Direitos”; já na Constituição de 1934, houve a manutenção da expressão “Declaração de Direitos”, todavia com a inclusão do capítulo intitulado “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, nomenclatura mantida pela Carta Constitucional de 1937, a de 1946 e a de 1967. No mesmo diapasão que pairavam sobre Portugal, Espanha e a Alemanha, houve a adoção da expressão “direitos e garantias fundamentais” pelo ordenamento jurídico brasileiro.

E conclui Martins¹⁹:

Direitos fundamentais são aqueles direitos, normalmente direcionados à pessoa humana, que foram incorporados ao ordenamento jurídico de um

15 NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 402.

16 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. – 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

17 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 414.

18 NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 783.

19 *Ibidem*.

país. Essa é a razão pela qual, na maioria das vezes, quando o estudioso se refere aos direitos previstos em tratados internacionais, fala direitos humanos e, quando estuda a Constituição de um país, refere-se a direitos fundamentais.

E um dos pontos cruciais nesse contexto é com o *Bill of Rights* de Virgínia (1776), momento cuja positivação dos direitos mais inerentes ao homem acontece, frutos de movimentos políticos e filosóficos, não necessariamente em sua essência jurídica.

Segundo Bobbio, citado por Mendes, ele nos ensina que os direitos do homem ganham relevo no momento em que desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato²⁰.

Nesse papel garantidor do poder estatal, era, nas contendas privadas, necessário somente garantir que as liberdades de escolha fossem preservadas em uma relação de horizontalidade.

1.3 Dos direitos de primeira e segunda dimensão

No preceito, portanto, surgia ao Estado a necessidade de assegurar à pessoa humana os direitos de primeira geração ou dimensão²¹.

Os direitos de primeira dimensão trazem no seu conteúdo as garantias de preservação dos direitos individuais, mais focados na liberdade humana. Como exemplo, vê-se as liberdades públicas, direito à vida, à propriedade dentre outros direitos de cunhos individuais. Nesse diapasão, o poder estatal tem o condão de se abster, não agindo e nem interferindo na liberdade do indivíduo, à exceção de casos em que seja imprescindível a figura do Estado.

Conforme anota Tavares²²,

Também pertencem à primeira dimensão liberdades de ordem econômica, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de atividade econômica, a liberdade de eleição da profissão, a livre disposição sobre a propriedade etc. Já as liberdades políticas referem-se à participação do indivíduo no processo do poder político. As mais importantes são as liberdades de associação, de reunião, de formação de partidos, de opinar, o direito de votar, o direito de controlar os atos estatais e, por fim, o direito de acesso aos cargos públicos em igualdade de condições.

É como um contraponto de um direito de não fazer, sendo apenas de forma subsidiária o seu dever de agir. Esses direitos de primários foram resultado da imposição do período do Estado

20 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. – 10ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 136.

21 A doutrina critica a terminologia geração, por entender que há uma ideia de superação a cada geração posterior, porquanto tem-se defendido a utilização da palavra “dimensão”.

22 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 445.

Liberal, sendo, portanto, os poucos direitos previstos nas constituições dos povos revolucionários da época.

Contudo, embora os direitos estivessem sendo preservados, a população ficou ciente de que tal garantia não era suficiente para que o bem-estar coletivo estivesse em um patamar mínimo, sob pena de viver-se em uma sociedade egoísta.

Assim, houve a necessidade de se garantir direitos que pudessem tutelar seu povo. Nasceram, então, os direitos de segunda dimensão. Tais direitos eram esquadrihados na preservação dos direitos de igualdade, dos quais envolviam os direitos sociais, direito à saúde, à educação, ao direito de poder trabalhar, e de ter, por parte do Estado, uma assistência a quem não conseguia prover o próprio sustento.

Nos dizeres de Sarlet²³,

Ainda na esfera dos direitos da assim chamada segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que tal dimensão não engloba apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, como bem mostram os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, mais do que os direitos a prestações, nada obstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico pátrio, a primeira Constituição que previu direitos de iguais essências, foi a Constituição de 1934, cujos alguns artigos tratavam da educação, como direito de todos.

1.4 Da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade na seara privada

A Eficácia Horizontal ou irradiante dos direitos fundamentais, também chamada de teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, tem tido grande crescimento²⁴.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 615.

²⁴ LENZA, Pedro. **Direito Civil. Parte Geral. Obrigações. Contratos**. Editora Saraiva. 2011. p. 48.

Segundo Martins²⁵, já é pacífica a aceitação da corrente da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Explica o autor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, eficácia horizontal imediata. Ato contínuo, menciona que a eficácia horizontal (irradiante) trouxe nova visão a matéria, eis que as normas de proteção a pessoa sempre foram observadas como sendo direcionadas ao legislador e ao Estado. Contudo, Lenza esclarece que tal interpretação não mais persiste, haja vista a eficácia horizontal torna mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e dos outros valores constitucionais.

Outrossim, para melhor esclarecimento, infere-se que o magistrado poderá deparar-se com colisão de direitos fundamentais, a exemplo, autonomia da vontade privada e da livre iniciativa, em face da dignidade da pessoa humana e máxima efetividade dos direitos fundamentais. Com isso, seria indispensável a ponderação de interesses, utilizando-se a razoabilidade, e harmonização, ou na hipótese contrária, caberá ao Judiciário decidir qual interesse deve prevalecer.

Martins²⁶ aduz e nos dá exemplos de que é possível até mesmo

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas marido e esposa; empregado e empregador, fornecedor e cliente etc. Todavia, um alerta inicial deve ser feito: a eficácia horizontal deve ser aplicada com cautela, sob pena de ferir a autonomia da vontade, princípio que rege as relações privadas. Não há como aplicar às relações entre particulares os direitos fundamentais na mesma amplitude que nas relações que envolvem o Estado. Ora, para o Estado realizar um contrato ou contratar alguém para os seus quadros, precisa cumprir os ditames constitucionais, realizando licitações para cumprir o princípio da igualdade, publicidade, moralidade etc., ou concursos públicos com igualdade de acesso a homens, mulheres, tatuados etc. Já para contratar um funcionário para o meu escritório, a liberdade é muito maior. Poderei contratar apenas mulheres, apenas pessoas da minha religião ou até mesmo da minha família, sem que alguém alegue a prática de nepotismo. É diferente, pois, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações públicas e privadas.

Segundo o autor²⁷, existem duas modalidades da eficácia horizontal, a eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada e a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais na esfera privada. A primeira corrente, trata-se da hipótese mais recorrente no

²⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 902.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 903.

ordenamento jurídico pátrio. É, pois, a aplicação das normas fundamentais às relações privadas através de legislação infraconstitucional.

Neste exemplo, Martins²⁸ cita o Código Civil e o Código Penal. Na questão do Código Penal, tem-se que a parte especial revela-se como uma instituidora de crimes que imputa ao cidadão o respeito aos direitos fundamentais alheios, resultando em sanção penal em caso de transgressão. Já na questão da eficácia direta ou imediata, há a aplicação direta dos direitos fundamentais à relação privada, porquanto não serem necessárias as edições de leis infraconstitucionais.

Entretanto, em posição mais crítica, afirma Tavares²⁹,

Realmente, com a eficácia direta e imediata corre-se o grave risco, especialmente no Brasil, de constitucionalizar todo o Direito e todas as relações particulares, relegando o Direito privado a segundo plano no tratamento de tais matérias. Como produto dessa tese ter-se-ia, ademais, a transformação do STF em verdadeira Corte de Revisão, porque todas as relações sociais passariam imediatamente a ser relações de índole constitucional, o que não é desejável. Mas, de outra parte, não se pode negar, em situações de absoluta omissão do legislador, que os direitos “apenas” constitucionalmente fundados sejam suporte para solução imediata de relação privada.

Mendes³⁰ alerta que a discussão no entorno do princípio da autonomia da vontade, ainda que não expressamente na Carta Constitucional, encontra guarida para a preservação da sua essência. Ao mesmo tempo que garante um valor de liberdade, assegura a proteção à dignidade da pessoa humana, estampado como fundamento, dando à autonomia privada status de mandamento constitucional.

Assim, o autor conclui:

Há, então, de se realizar uma ponderação entre o princípio da autonomia e os valores protegidos como direitos fundamentais, tendo como parâmetro que a ideia do homem, assumida pela Constituição democrática, pressupõe liberdade e responsabilidade - o que, necessariamente, envolve a faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 480-481.

³⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. – 10ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 178.

sociais, mas que também pressupõe liberdade de fato e de direito nas decisões sobre tais limitações. Fica claro que os direitos fundamentais não compelem os indivíduos da mesma forma e na mesma intensidade com que se impõem como normas diretoras das ações dos Poderes Públicos. Se o administrador público, por exemplo, não pode escolher um candidato para prover um cargo público efetivo segundo uma intraduzível intuição sobre o seu talento, já que isso ofenderia a igualdade de trato imposta pelo princípio do concurso público, nada me impede, enquanto mero cidadão, de escolher um motorista particular segundo a impressão pessoal que dele colhi num primeiro contato, não havendo ensejo, só por isso, para que os preteridos por mim possam arguir quebra de isonomia³¹.

Já Bulos³², aponta que a eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, também chamada de teoria da eficácia privada, teoria da eficácia externa, teoria da eficácia entre particulares, surgiu na Alemanha como aprimoramento da *state action* da Suprema Corte Norte americana.

Segundo o autor, os direitos e garantias fundamentais são tradicionalmente aplicados entre o particular e o Poder Público. Logo, as relações entre os indivíduos e o Estado apresentam eficácia vertical. Contudo, os direitos fundamentais valem não só nas relações verticais entre indivíduo e Estado, mas também em relações inter-privadas (particular em face de particular). Assim, a eficácia horizontal é a aplicação das liberdades públicas nas relações travadas somente entre particulares.

1.5. Dos direitos fundamentais e da relação privada

Um dos toques de pedra em que se baseia a corrente do direito civil constitucional, é que essa aplicação das normas constitucionais às relações privadas, é possível se dar tanto de forma direta, quando na possibilidade indireta.

Sobre a temática, Chaves³³ cita o seguinte exemplo:

A título exemplificativo, é possível afirmar que a exclusão da pessoa jurídica de um associado que pratica condutas inconvenientes e prejudiciais à associação como um todo, assim como a aplicação de multa ao condômino antissocial (que é aquele que incomoda a paz coletiva do condomínio, gerando uma incompatibilidade de convivência), consentidas pelos arts. 57 e 1.337 do Código Civil, respectivamente, têm de ser precedidas de ampla

³¹ *Ibidem*, p. 179.

³² BULOS, Uadi Iammego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Editora Saraiva, 2013, p. 540.

³³ CHAVES DE FARIAS, Cristiano. **Curso de Direito Civil 1**. Parte Geral e Lindb. Editora atlas, 2015. p. 42.

defesa e contraditório (o devido processo legal), garantido pelo art. 5º, LV, da Lex Legum, sob pena de serem afrontados os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Da mesma forma, o autor abaliza que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas traz consigo uma mitigação do princípio da autonomia da vontade. Assim, a autonomia privada não pode implicar violação das garantias fundamentais que materializam a dignidade humana.

Acrescenta ainda, que a aplicação concreta dos direitos fundamentais não toca apenas as relações privadas, mas toda e qualquer relação jurídica. E por conta disso, aponta que há possibilidade de invocar o princípio da supremacia do interesse pública sobre o interesse privada quando implicar negativa ou afastamento dos direitos fundamentais.

Nelson³⁴, por sua vez, disserta que os direitos fundamentais se constituem como garantias universais, e, portanto, não se pode repreendê-los nas relações de direito público. Segundo o autor, tal equívoco implicaria caracterizar o Direito Civil como um ramo adverso e liberto da norma constitucional.

Tartuce³⁵ aduz que a horizontalização dos direitos fundamentais não é nada menos que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações particulares.

Neste prisma, explana:

Por certo é que essa eficácia horizontal traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais.

Destaca, ainda, que as Cortes Estaduais possuem diversas decisões aplicando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre as relações privadas. Assim, o autor menciona o seguinte julgado:

34 ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 10ª ed. Editora Juspodivm. 2012, 2012. p. 72.

35 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral**. 15ª ed. Editora Forense. 2019, 2019. p. 166.

Uma vez reconhecida, pela própria seguradora, a incapacidade do devedor, em razão de um câncer, e efetuado o pagamento integral da dívida financiada pela seguradora, não resta motivo plausível para que o Banco credor negue o levantamento da garantia e conceda a documentação necessária para a transferência da propriedade do bem, providência que, aliás, é um DIREITO do apelante. Se o débito já se encontrava integralmente quitado, o simples fato de haver uma ação revisional em andamento não poderia impedir o levantamento da hipoteca. A postura do Banco se afasta da boa-fé objetiva, **descumpra a eficácia horizontal** dos direitos fundamentais e afronta o princípio do solidarismo constitucional. (TJSP, Apelação 9127680-34.2008.8.26.0000, Acórdão 6755404, Santos, 20.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, j. 20.05.2013, DJESP 12.06.2013). (grifo nosso)

Além disso, o autor reafirma³⁶:

"Antes mesmo desse precedente, já era possível reconhecer essa tendência na orientação jurisprudencial da Corte Excelsa:"Cooperativa. Exclusão de associado. Caráter Punitivo. Devido Processo Legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a inobservância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa." (STF, AC.2^aT, RE 158.215/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 7.6.96)

Com isso, disserta o autor ser possível mencionar que a aplicação de multa ao condomínio antissocial (aquele que incomoda os vizinhos, perturbando a paz coletiva), autorizada pelo artigo 1.336, §.6, do Código Civil, deve ser precedido do devido processo legal, garantindo contraditório e ampla defesa.

Por fim, Masson³⁷ disserta que o Direito Constitucional contemporâneo vem reconhecendo a expansão da eficácia dos direitos fundamentais para abarcar, também as relações privadas. Informa que essa tendência explicita a potencialidade dos direitos fundamentais de produzirem efeitos não exclusivamente numa perspectiva vertical (entre particular e Estado), mas numa ótica horizontal (entre particulares).

Além disso, também aborda a autora que atualmente já está ultrapassada a discussão sobre a possibilidade de os direitos fundamentais terem ou não eficácia nas relações privadas, sendo incontestável a aplicação dos direitos constitucionais nas relações entre particulares.

36 ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 10^a ed. Editora Juspodivm. 2012. p. 75.

37 MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3^a ed. Editora Juspodivm. 2015. p. 200.

Isto posto, merece observar recentes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça³⁸, reafirmando aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

No caso, há violação ao princípio da igualdade no seu aspecto material, uma vez que não obstante a união estável seja diferente do casamento, embora a ele equiparada, ambos são considerados entidades familiares e no caso, é desarrazoada a diferenciação entre o ex-cônjuge, que poderá continuar a frequentar o clube mediante licença especial e o ex-companheiro, que será obrigado a deixar de comparecer às dependências do clube diante de uma interpretação restritiva e discriminatória. Sabe-se que cabe ao clube examinar os pedidos com a autonomia que lhe assegura o Estatuto, porém, não se admite violação à Constituição Federal da República. Importante salientar que, no caso, aplica-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que justifica a intervenção do Poder Judiciário na relação particular entre o autocalpelado e o Clube Curitibano de modo a proteger o primeiro, na condição de ex-companheiro de sócio com título patrimonial, a fim de estendê-lo o direito de frequentar às dependências e promoções do clube apelante, previsto no art. 27, alínea "a" de seu Estatuto Social, com base nos princípios da igualdade material e, como ultima ratio, da dignidade da pessoa humana.

Na mesma linha:

Embargos de declaração. Recurso Especial. Direito do Consumidor. Banco de dados. Proteção ao crédito. Privacidade e intimidade. Informativa. Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal. Princípio da máxima efetividade. Os direitos à intimidade e à proteção da vida privada, diretamente relacionados à utilização de dados pessoais por bancos de dados de proteção ao crédito, consagram o direito à autodeterminação informativa e encontram guarida constitucional e privilegiado por imposição do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. (STJ 3 Turma, EDcl no REsp 1630659 DF 2016/0263672-7)

Com efeito, já fora alvo inclusive do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

O princípio do devido processo legal é expressão da garantia constitucional de que as regras pré-estabelecidas pelo legislador ordinário devem ser observadas na condução do processo, assegurando-se aos litigantes, na

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.713.426** – Paraná. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, fevereiro de 2018.

defesa dos direitos levados ao Estado-Juiz, todas as oportunidades processuais conferidas por Lei. O referido princípio, como tradicionalmente concebido, evidencia eficácia vertical, uma vez que impõe obrigação ao Estado, em benefício do cidadão. Contudo, com o objetivo de concretizar uma proteção mais abrangente aos direitos fundamentais, a Suprema Corte já decidiu que a garantia do devido processo legal deve e pode ser invocada em relação entre particulares, materializando aquilo que a doutrina denomina eficácia horizontal. Na hipótese em que o próprio empregador estabelece procedimento a ser seguido para o desligamento do empregado, a observância deste consiste em direito fundamental do trabalhador. Assim, a dispensa imotivada, sem observância estabelecida pelo próprio empregador, ofende a garantia do empregado ao devido processo legal em sua acepção horizontal. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST RR 779-23.2015.5.09.0011, 3 Turma, 27.09.17)

Tempos mais, o entendimento jurisprudencial, junto com o amadurecimento do estado democrático de direito, fez ecoar na legislação a busca por uma sociedade mais igualitária.

Nessa senda, o Supremo Tribunal Federal³⁹, em um mandado de segurança, em um julgamento histórico, se manifestou sobre as dimensões da classificação dos direitos fundamentais.

1.6. Das aplicações constitucionais no âmbito privado

Uma das grades constatações jurisprudenciais acerca da aplicação dos valores constitucionais no âmbito privado, foi no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819.8 do Rio de Janeiro, pelo Supremo Tribunal Federal.

No referido recurso, que tinha como parte recorrente a União Brasileira de Compositores, houve a exclusão determinado sócio de seus quadros, todavia, sem garantir a ele a oportunidade de se utilizar da ampla defesa e do contraditório.

O sócio excluído ajuizou uma ação para reintegração, cujo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu ser procedente. A União Brasileira de Compositores, como sociedade civil, recorreu com a tese de que não é possível que seja aplicado às pessoas jurídicas que não fazem

39 STF – Pleno – MS n o 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206. MANDADO DE SEGURANÇA : MS 22164 SP. [...] ENQUANTO OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO (DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS) - QUE COMPREENDEM AS LIBERDADES CLASSICAS, NEGATIVAS OU FORMAIS - REALCAM O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIREITOS ECONOMICOS, SOCIAIS E CULTURAI) - QUE SE IDENTIFICA COM AS LIBERDADES POSITIVAS, REAIS OU CONCRETAS - ACENTUAM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, QUE MATERIALIZAM PODERES DE TITULARIDADE COLETIVA ATRIBUIDOS GENERICAMENTE A TODAS AS FORMAÇÕES SOCIAIS, CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E CONSTITUEM UM MOMENTO IMPORTANTE NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO, EXPANSÃO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS, CARACTERIZADOS, ENQUANTO VALORES FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS, PELA NOTA DE UMA ESSENCIAL INEXAURIBILIDADE. CONSIDERAÇÕES DOUTRINARIAS.

parte da administração pública, mandamentos constitucionais, já que, segundo a recorrente, tratava-se de conflitos entre privados, calcados em seu estatuto e seu regimento interno.

A ministra relatora, Ellen Gracie, proferiu voto no sentido de não entender a controvérsia como comando constitucional apta a dar o embasamento para ser julgada perante a corte constitucional, conforme preceitua a Constituição Federal⁴⁰.

O ministro Gilmar mendes votou no sentido – contrário – de aplicação dos preceitos constitucionais no seio das relações privadas, sendo acompanhado pela maioria da 2ª turma da Corte Constitucional pátria⁴¹.

40 Constituição Federal: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição.

41 Supremo Tribunal Federal - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 201819 RJ. Ementa SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. [...] Decisão: A Turma, por votação majoritária, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos a Senhora Ministra-Relatora e o Senhor Ministro Carlos Velloso, que lhe davam provimento. Redigirá o acórdão o eminente Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 11.10.2005.

Segundo Tavares⁴², em comentário ao julgado,

O voto é relevante, porque não apenas introduz a importante discussão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas igualmente porque parece inclinar-se por não admiti-la tão ampla e irrestritamente, já que se faz alusão especial à situação peculiar da entidade envolvida, situação essa que a obrigaria a observar imediatamente os direitos fundamentais. Em outras palavras, se se admitisse tão amplamente a eficácia imediata, não se teria de cogitar do papel “semiestatal” desempenhado pela entidade, o qual a vincula aos direitos fundamentais.

Tal julgamento foi um precedente importante para os futuros reconhecimentos dos direitos fundamentais, e sobre o tema.

De fato, a Constituição Federal não teve coíbe a vinculação aos particulares, como lembra Tavares, além disso, decerto que a inércia dos legisladores sepulta inúmeros direitos fundamentais.

2. DO FENÔMENO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

2.1 Dos conceitos introitos

O direito civil-constitucional era uma corrente minoritária entre os civilistas⁴³ e passou a ser uma corrente que era popular a forma da qual era criticada ou adotada. Essa expressão hoje contempla diversos livros e trabalhos acadêmicos, assim como vem sendo amadurecida e hoje já é, de certa forma, firmemente pacífica.

O conceito, basicamente, reflete na corrente metodológica que defende a necessidade permanente da releitura do direito privado à luz da Constituição⁴⁴. A denominação da releitura não deve, todavia, ser interpretada de maneira mais acuada. Não se limita de somente condicionar o intérprete à Constituição no momento da aplicação do direito privado, mas garantir que esses valores devem ser diretamente sobrepostos. O que faz valer o sentido da corrente, é a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas⁴⁵.

Segundo Schreiber⁴⁶:

Como se vê, o direito civil-constitucional não é o “conjunto de normas constitucionais que cuida de direito civil” nem se trata tampouco de uma

42 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 480.

43 SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos (coords.). **Direito Civil – Constitucional**. Atlas, 2016, p. 19.

44 SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos (coords.). **Direito Civil – Constitucional**. Atlas, 2016, p. 19-20.

45 SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 70.

46 SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 70-71.

tentativa de esvaziar o direito civil, transferindo alguns de seus temas (família, propriedade etc.) para o campo do direito constitucional. Trata-se, ao contrário, de superar a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os institutos com base nas diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico. O adjetivo “constitucional”, apostado ao direito civil, tem apenas este propósito: enfatizar o compromisso com a máxima concretização da Constituição. Não há, para os defensores do direito civil-constitucional, um direito civil que não seja constitucional. Do mesmo modo, a legalidade é sempre constitucional e também a interpretação é sempre constitucional, guiada pelos valores consagrados na Constituição.

Consoante se denota, nenhuma corrente surge no plano concreto já pronta, contudo, o tempo cuida de lapidá-la, através dos movimentos sociais, bem como o aprofundamento dos juristas na área.

2.2 Da dicotomia entre o direito público e o privado

A dicotomia entre direito público e privado teve origem no direito romano, através da palavra de Ulpiano, jurista romano. Segundo Lenza⁴⁷, o critério foi adotado uma vez que o direito público era o direito do Estado a época, relacionado aos negócios de interesse desse. Por sua vez, o direito privado disciplinava os interesses particulares dos cidadãos.

Nas palavras de Grillo⁴⁸,

A divisão do direito em público ou privado, na modernidade, ganhou mais apreço doutrinário entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX, em uma época na qual o direito civil ainda era tomado como a grande expressão da ciência do direito. A ideologia profundamente liberal do cumprimento integral dos contratos, conforme pactuado pelas partes – *pacta sunt servanda* –, sem maiores restrições impostas aos particulares pelo Estado, representou amplamente, após a Revolução Francesa, os interesses da sociedade burguesa. Tal sistemática de pensar o direito perdurou durante a maior parte do século XX e, com algumas alterações e abrandamentos de inspiração constitucional, vem se conservando até os dias atuais.

47 LENZA, Pedro. **Direito Civil. Parte Geral. Obrigações. Contratos**. Editora Saraiva. 2011. p. 38.

48 GRILLO, Marcelo Gomes Franco. **Instituições de direito público e privado**. – São Paulo: Atlas, 2020, p. 34.

Para Chaves⁴⁹, o direito público regula relações jurídicas concernentes à organização e atividade do Estado e de seus agregados políticos, além das relações jurídicas travas entre cidadãos e essas organizações políticas, ou seja, cuida dos interesses diretos e indiretos do Poder Público. Já o direito privado, cuida das relações jurídicas entre os particulares entre si ou entre os particulares e o Poder Público, quanto este não estiver sob a função Estatal.

Já para Tartuce⁵⁰:

A existência das grandes dicotomias em Direito sempre permitiu que houvesse uma sistematização do ponto de vista da análise do próprio âmbito jurídico, concebido, de forma analítica, como um conjunto de normas. Contudo, diante da superabundância dessas normas, uma organização teórica do direito que assegure uma definição genérica e lógica dos assuntos jurídicos fica bastante prejudicada, para não dizer inviabilizada. O Big Bang Legislativo (explosão de leis), conforme simbologia criada por Ricardo Lorenzetti, dificultou o trabalho do aplicador do direito na busca de uma sistematização. Sabe-se que a distinção entre Direito Público e Direito Privado não é apenas um método de classificação, de ordenação dos critérios de distinção dos tipos normativos, mas sim um poderoso instrumento de sistematização. Tal distinção remonta ao Digesto no Corpus Juris Civilis de Ulpiano, que dividiu o direito em jus publicum e jus privatum. Os critérios utilizados para que fosse feita essa distinção se baseavam na utilidade da lei: se fosse de utilidade pública, tratar-se-ia de uma lei de Direito Público; se fosse de utilidade particular, seria uma lei de Direito Privado. Esse critério de utilidade estrita desde logo foi contestado, e chegou-se à conclusão que, em verdade, o critério para classificação da lei era baseado na utilidade preponderante da lei, uma vez que as utilidades de uma norma não ficam circunscritas a um único interesse, do Estado ou do particular, mas acabam se entrelaçando, de modo que a norma de uma natureza exerce influência em outra de natureza diversa.

Destaca o mesmo autor que nas relações de direito público, há predomínio do interesse geral, ao revés das relações privadas, em que o interesse é individualizado do titular. Por conta disso, as normas de direito público restam afastadas pelas vontades das partes, o que não ocorre com o direito privado, em que as normas podem ser afastadas, salvo se cogentes ou imperativas.

Ainda, Lenza esclarece que o direito merece ser visto como um todo, e a divisão entre público e privado deve somente ter análise sob o ponto de vista didático. Além disso, como bem

49 CHAVES DE FARIAS, Cristiano. **Curso de Direito Civil 1**. Parte Geral e Lindb. Editora atlas, 2015, p. 13.

50 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 106.

destaca o autor, o direito é caracterizado pela interpenetração de normas, que se encontram nos diplomas reguladores do direito privado sob o direito público, e vice versa.

Na mesma linha, configura-se:

O direito privado, assim como o público, apresenta-se agora como meras convenções e a distinção entre eles é meramente didática e não mais ontológica. A propriedade privada, quando admitida, o é como um mecanismo de incentivo à produtividade e operosidade sociais, não mais em termos absolutos, mas condicionada ao seu uso, à sua função social⁵¹.

Noutro bordo, Gagliano⁵² aponta que o direito público se destina a disciplinar os interesses gerais da coletividade, ou seja, diz respeito à sociedade política, tutelando direitos individuais e estruturando a organização do estado.

Assim, pertence ao direito público, o direito constitucional, administrativo, tributário, direito penal, direito processual (civil e penal), internacional (privado e público) e o direito ambiental⁵³.

Lado outro, Gagliano⁵⁴ impende que o direito privado se caracteriza por um conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si. Acrescenta o autor, que o direito se ramifica no próprio Direito Civil, além do Comercial, Consumidor e do Trabalho.

Na mesma esteira, aponta: “vale destacar, inclusive, que estes últimos ramos, embora tenham grande atuação do Estado, não deixam de ser privados, uma vez que envolvem relações entre particulares em geral”⁵⁵.

O autor ainda esclarece que no do direito privado, o fato dos demais ramos pertencerem a esse, não significa que as normas possuam caráter individual, pois o próprio direito de família possui regras cogentes, de ordem pública, ou seja, inderrogáveis pelas vontades das partes.

Assim, merece destaque⁵⁶:

51 CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo**. In: Direitos humanos e direitos dos cidadãos. Belo Horizonte: PUCMINAS, 2001, p. 480.

52 GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direito Civil Parte Geral**. V.1. Editora Saraiva. 14ª ed. 2012, p. 63.

53 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. 16ª ed. Editora Saraiva Educação. 2018, p. 17.

54 GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direito Civil Parte Geral**. V.1. Editora Saraiva. 14ª ed. 2012, p. 65.

55 *Ibidem*, p. 65-66.

56 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. 16ª ed. Editora Saraiva Educação. 2018, p. 17.

No direito civil predominam as normas de ordem privada, malgrado existam também normas imperativas, de ordem pública, em elevada proporção, no direito de família, no das sucessões e nos direitos reais. As normas supletivas são encontradas principalmente no direito das obrigações, sendo aplicadas na ausência de manifestação das partes (CC, arts. 244 e 252, p. ex.).

Ante os conceitos apresentados, merece ainda destacar as diferenciações apontadas pela doutrina entre o direito público e o direito privado:

Pelo critério subjetivo, considera-se público o ramo do direito que disciplinar a atuação do Estado entre si, seus órgãos. Considera-se particular, por sua vez, o ramo que regula as relações particulares.

O autor destaca que não o simples fato da figura do Estado estar presente que torna a relação jurídica pública, haja vista o Estado poder travar relações privadas, como contratos de locação.

Pelo critério finalístico, qualifica-se a norma de acordo com o interesse jurídico tutelado. Se a norma protege interesses gerais, trata-se de direito público. Se protege interesses individuais, direito privado.

Contudo, importante deixar claro que dentro de um mesmo ramo há a possibilidade de normas jurídicas com natureza diversa, como já mencionado.

Ainda, aponta Gagliano⁵⁷:

Em termos taxionômicos, o Direito Civil é, sem sombra de dúvida, a grande base do que se convencionou chamar de Direito Privado, regendo, genericamente, todas as relações jurídicas dos indivíduos, antes de seu nascimento até depois de sua morte. A eventual maior participação do Estado em suas relações não implica sua completa publicização, sendo apenas o reflexo das idas e vindas do perfil ideológico de quem detém o poder político.

Em relação a eficácia dos direitos fundamentais as relações privadas, vale frisar:

No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é indubitoso que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado. A carta de 88 não

57 GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direito Civil Parte Geral**. V.1. Editora Saraiva. 14ª ed. 2012, p. 63.

chancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares⁵⁸.

Com isso, importante ser salientado que a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais deve se pautar em contornos específicos e próprios, verificando-se inclusive, a atualização dos efeitos sem sobreposição dos direitos fundamentais em detrimento da autonomia privada:

Não se trata portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual do tráfico jurídico-privado⁵⁹.

É, pois, a garantia do diálogo das fontes no ordenamento jurídico pátrio, cuja interligação permite um sistema mais hodierno e harmônico.

2.3 Do direito civil à constitucionalização

A tese do direito civil constitucional, de plano inicial, encontrou forte guarda entre os juristas, estes já descrentes com a mutação das diversas constituições, bem como permanecia o código civil vigente, que, consoante demonstrado em capítulo já comentado, permanecia único e monolítico.

Conforme nos ensina Schreiber⁶⁰:

Nesse contexto, remodelar o direito civil à luz da Constituição parecia uma proposta insana e temerária, já que as Constituições passavam e o Código Civil permanecia. Com o tempo, contudo, a metodologia civil-constitucional conquistou adeptos, consolidando-se no debate acadêmico, difundindo-se Brasil afora e abrindo espaço sob as arcadas das universidades mais tradicionais. O direito civil-constitucional acabaria consagrado também na jurisprudência, especialmente por meio da atuação inovadora do Superior Tribunal de Justiça, que não se furtou a reler o direito civil à luz das normas constitucionais, promovendo alterações significativas no modo de aplicação dos institutos mais tradicionais do direito privado.

58 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 328.

59 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 205.

60 SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 72.

Todavia, o papel garantidor da Constituição foi fundamental para a aceitação da corrente, embora, nesse interstício, tenha se consolidado de maneira tímida. A carta maior serve, além das garantias fundamentais nela previstas, como um instrumento de limitação do poderio estatal.

Nesse momento, os direitos individuais deixaram de ser o cerne da relação entre privados, passando a dar espaço à dignidade da pessoa humana. Segundo Fiuza⁶¹, passou a considerar a promoção do ser humano, no momento em que surgia também o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.

Teve papel fundamental a doutrina no que concerne à leitura do direito civil à luz dos comandos constitucionais. Nesse diapasão, eram amadurecidos os conceitos do direito civil constitucional. E foi nesse momento que surgia o Código Civil de 2002, que conforme ilustra Fiuza⁶², diz-se, com um certo exagero talvez, ser mais patrimonialista que o de 1916.

Segundo os magistérios de Edson Fachin⁶³:

A racionalidade constituinte e reguladora do Estado cede passo para as razões da sociedade. Os três pilares de base do Direito Privado - propriedade, família e contrato - recebem uma nova leitura sob a centralidade da constituição da sociedade e alteram suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa. São os efeitos da constitucionalização em sentido amplo, vale dizer, formal, substancial e prospectiva, e que não se resume à incidência da Constituição e quer em sentido formal, quer em sentido substancial) nas relações subjetivas interprivadas.

Entretanto, como qualquer nova teoria, a corrente da constitucionalização do Direito Civil sofreu algumas críticas, por, no âmago da vontade de concretizar os direitos fundamentais, poderia ser aventado uma afronta à autonomia do indivíduo, tendo como sua matriz basilar a racionalidade mais fechada, levando o direito à realidade de maneira ontológica, e alijando a possibilidade de utilizar dessa corrente como um suporte às demandas que pugnam por maior ótica na dignidade da pessoa humana.

No momento que se supera o sistema clássico da matriz civilista pura, os traços do direito civil constitucional se albergam no recipiente do Estado estritamente liberal, procurando as respostas do Estado no contexto social.

61 FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 49.

62 *Ibidem*, p. 50.

63 FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 60.

O Direito Civil sempre foi considerado o grande ramo da ciência jurídica. É o ramo do direito (privado) que tende a estabelecer as relações humanas. É o direito de todas as pessoas, que disciplina o modo de agir. Direito da Vida do homem⁶⁴.

Para Lenza⁶⁵, Direito Civil constitui-se como o direito comum, que rege as relações particulares. Ato contínuo, conceitua que o Direito Civil disciplina a vida das pessoas desde a concepção, e mesmo antes dela, até quando da morte.

O autor ainda infere:

O Código Civil é a Constituição do homem comum, por reger as relações mais simples da vida cotidiana, os direitos e deveres das pessoas, na sua qualidade de esposo ou esposa, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino ou vizinho, testador ou herdeiro etc. Toda a vida social, como se nota, está impregnada do direito civil, que regula as ocorrências do dia a dia.

Vale ainda apontar, que a fonte primária do Direito Civil, como de todo o ordenamento jurídico, é a Constituição Federal, através dos princípios e suas normas, com feição à ciência civilista⁶⁶.

Temos que, após o advento da Constituição Federal de 1988, o Código Civil é o instituto básico do Direito Civil. Isso ocorre, pois esse trata da regulamentação da vida privada, regulamentando as relações jurídicas entre pessoas particulares, regulando a vida do homem.

E segundo os magistérios de Fachin⁶⁷:

Para um Direito Civil realista, no aprofundamento do sentido da teoria crítica e da constitucionalização, as perspectivas coerentes com a realidade humana circundante são, acima de tudo, limitadas pela própria realidade, e nela o desafio de, a partir daí, encontraram-se possibilidades hermenêuticas na concretização do Direito Civil, indicando o lugar de relevo da dogmática jurídica ali incidente. As direções indicam ao menos duas ordens de possibilidades; as endógenas se alçam a partir do pensamento do Direito Civil à luz de uma renovada racionalidade constitucional, como exposto, no Brasil, por Gustavo Tepedino, Paulo Lôbo, entre outros, e na

64 CHAVES DE FARIAS, Cristiano. **Curso de Direito Civil 1**. Parte Geral e Lindb. Editora atlas. 2015. p. 25.

65 LENZA, Pedro. **Direito Civil. Parte Geral. Obrigações. Contratos**. Editora Saraiva. 2011. p. 41.

66 ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 10ª ed. Editora Juspodivm., 2012. p. 59.

67 FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 191.

repersonalização, fundada em bases dialéticas e realistas, como sustentado em Portugal desde o pensamento de Orlando de Carvalho. Isso sem ignorar o permanente diálogo que propõe a doutrina clássica, servidora de obras-primas cujo conhecimento não se deve nem se pode recusar.

Lenza⁶⁸ traz a mesma concepção, no entanto, dissertando que no direito Civil se estuda as relações puramente pessoais, bem como patrimoniais. Aponta que no Direito Civil, quanto as primeiras, encontram-se importantes institutos, como o poder familiar. Quanto a segunda, visam a utilização de determinados bens.

O autor também nos traz que no Direito Civil existem direitos e obrigações relacionados aos bens, pessoas, que apesar de não estarem dentro do Código Civil, não deixam de pertencer ao ramo do direito civil, tampouco a própria Constituição Federal.

Desta feita, importante ser salientado que a Constituição Federal de 1988 realizou uma plena reconstrução da dogmática jurídica, sendo que o termo cidadania foi utilizado como quesito de ascensão⁶⁹.

Desta forma, houve uma aproximação do Direito Civil com as necessidades humanas reais, afastando-se da ciência política. Isso pois, sob a égide do Código de 1916, o direito civil não tinha amparo de norma constitucional. O direito constitucional tinha enfoque na organização política e administrativo do Estado, e o Código Civil era responsável pelas relações privadas.

Com a Constituição Federal, houve uma transferência de princípios e regras gerais próprias das instituições privadas para o texto constitucional, em que a carta maior passou a delimitar a autonomia privada, propriedade, controle de bens, e outros institutos. Assim, ressalta-se que tal fenômeno restou conhecido como constitucionalização do Direito Civil, em razão de suas normas estarem ora previstas no âmbito constitucional.

Sobre o assunto, esclarece o autor que as matérias civis não passaram a ser reconhecidas como direito público, mas apenas ganharam regulamentação fundamental em sede constitucional.

E ainda, proclama o autor:

A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais), integrados pela Constituição, define-se como Direito Civil-Constitucional (ou Direito Civil constitucionalizado).

68 LENZA, Pedro. **Direito Civil. Parte Geral. Obrigações. Contratos**. Editora Saraiva, 2011. p. 41.

69 ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 10ª ed. Editora Juspodivm., 2012. p. 73.

Com isso, merece concluir que o Direito Civil Constitucional pretende realçar a releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas através de princípios constitucionais, com base na dignidade da pessoa humana, solidariedade, e igualdade⁷⁰.

2.4. Da dignidade humana e do direito civil

Nelson⁷¹ inicia o estudo da personalidade jurídica, trazendo a tona a dignidade da pessoa humana. Para o autor, a análise da personalidade e dos efeitos dela decorrentes seriam vazios, dado o caráter unicamente formal e sem significado.

Segundo o autor, a dignidade humana caracteriza-se como sendo o mais precioso valor da ordem jurídica, levantando-se como princípio fundamental da constituição federal de 1988, e que se vincula as regras da personalidade jurídica.

Por tal princípio, tem-se a elevação do ser humano como sendo o centro do sistema jurídico, considerando assim que as normas são elaboradas para a pessoa e sua realização existencial, garantindo um mínimo de direitos fundamentais proporcionando a vida com dignidade.

Na mesma esteira, destaca o autor:

Importante frisar que a dignidade não é a criação da ordem constitucional, muito embora seja por ela tutelada. Note-se que a Constituição da República atribuiu-lhe "o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática", como percebe Maria Celina Bodin de Moraes, passando o referido valor a permear todas as relações jurídicas entabuladas em nosso país.⁷²

Na sequência, o autor ainda frisa que a dignidade da pessoa humana serve como propulsão da intangibilidade humana, dela defluindo como consectários naturais⁷³:

- i) o respeito a integridade física e psíquica das pessoas
- ii) a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver
- iii) o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade

70. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 10ª ed. Editora Juspodivm., 2012. p. 70.

71 ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 10ª ed. Editora Juspodivm., 2012. p. 70.

72 MORAIS, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**. 2ª edição. Editora Processo, 2017, p. 83.

73 ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 10ª ed. Editora Juspodivm., 2012. p. 70.

Para o autor, a dignidade trata-se do valor máximo da ordem jurídica brasileira. É o centro de gravidade ao redor do qual se posicionaram todas as normas jurídicas.

Conforme aduz Bandeira⁷⁴:

A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora da dogmática do direito civil brasileiro, e principal elemento normativo para a promoção dos valores existenciais. Opera-se, segundo a axiologia constitucional, a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, ou seja, a atividade econômica privada é protegida não como fim em si mesma, mas como instrumento que visa à realização plena da pessoa humana, a promover, assim, processo de inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos e de renovadas situações jurídicas existenciais desprovidas de titularidades patrimoniais, tuteladas independentemente (ou mesmo em detrimento) destas.

Lenza aborda que os direitos da personalidade se destinam a resguardar a dignidade humana, através de medidas judiciais adequadas, que devem ser ajuizadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto⁷⁵.

Nelson aponta que com a dignidade humana, surge a conclusão no ordenamento jurídico de que não mais é assegurado somente o direito a vida, mas a vida digna⁷⁶.

E mais, o princípio traz duas facetas a serem observadas: a eficácia positiva, que serve para vincular todo o tecido normativo infraconstitucional a afirmação jurídica. E a eficácia negativa, servindo de restrição para o Poder Público e as pessoas, ao exercício de determinados direitos.

Por fim, conclui o autor que o sistema jurídico precisa através da eficácia positiva e negativa garantir o objetivo constitucional de garantir a todos a vida digna⁷⁷.

Além disso, o autor aborda, que todas as normas jurídicas do Direito Civil - assim como os demais ramos da ciência jurídica), que se relacionam com a personalidade jurídica, devem estar vocacionadas à dignidade humana.

A dignidade humana deve ser o ponto básico da ordem jurídica. Para o autor, essa nova perspectiva traz um conceito "contemporâneo" de personalidade jurídica, a partir de um mínimo

74 BANDEIRA, Paula Greco; KONDER, Carlos Nelson. **Contratos (Fundamentos do direito civil)**. Organização Gustavo Tepedino. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 68.

75 LENZA, Pedro. **Direito Civil. Parte Geral. Obrigações. Contratos**. Editora Saraiva. 2011. p. 157.

76 ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 10ª ed. Editora Juspodivm. 2012. p. 70.

77 ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 10ª ed. Editora Juspodivm., 2012. p. 161.

ético e um mínimo existencial, princípios que não podem ser violados pelo Poder Estatal, nem mesmo membros da sociedade.

Outrossim, o reconhecimento da fundamentalidade da dignidade da pessoa humana trouxe uma consequência lógica para os velhos institutos jurídicos do direito civil, tais como a personalidade jurídica, autonomia da vontade, patrimônio, família, entre outros.

Conclui o autor que o Direito Civil, em razão do explanado, assumiu um papel importantíssimo na valorização da pessoa humana e portanto, na construção da sociedade mais solidária e justa, passando pela compreensão da personalidade jurídica e dos fundamentais direitos da personalidade, e da mesma forma, com a afirmação da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob o aspecto da teoria das dimensões, é nítida posição doutrinária da qual não estar-se-á tratando mais como gerações, pelo fato do conceito induzir a substituição de novos direitos, todavia, os direitos não se excluem, eles simplesmente se complementam e se dialogam de maneira conexa.

Aos que afirmam sobre novas dimensões, são grandes estudiosos que buscam a cada tempo explicitar que conforme o tempo muda, novos problemas surgem, novos fatos e conseqüentemente necessitam-se de novos direitos.

Outrossim, a Carta Constitucional de 1988 trouxe novo paradigma a todos ramos do direito, em razão principalmente dos direitos e garantias fundamentais. Isso ocorreu, em razão da Cártula ter como enfoque o ser humano como centro da ciência jurídica, sendo esta uma mudança necessária que se desenvolveu com os avanços científicos e culturais em favor da ciência jurídica e da coletividade.

Evidente que, historicamente, cabia ao Estado a titularidade da vinculação a assegurar os direitos fundamentais, que resumidamente era necessário o estabelecimento de um resguardo diante do imperioso poder estatal.

As crises sociais e econômicas se constituíram, e aquela menção de ser o Estado apenas apaziguador das soluções da sociedade seria combalida para dar lugar ao estado protetor. Nesse sentido, reforça-se o ideal de que os valores principiológicos que permeiam os direitos considerados fundamentais deveriam ser aplicados, também, nas relações entre particulares.

Ganha força a corrente de que a objetividade estampada nos direitos fundamentais, vincula o poder estatal a não apenas respeitá-los, mas garantir que os indivíduos, nas suas devidas relações, também os respeitem.

Os direitos e interesses individuais que antes eram tidos como primordiais, e se sobrepunham a coletividades, começaram a ter papel secundário, e a coletividade teve ascensão na nova interpretação trazida em 1988.

Com isso, os diplomas posteriores foram influenciados pela nova perspectiva, e passaram a amparar e criar mecanismos de proteção ao ser humano. Restou, assim, afirmado que o homem deveria ser o centro e foco principal da ciência jurídica. Não apenas do direito constitucional, mas dos demais títulos que vieram posteriormente.

Logo, verificou-se que o Código Civil de 1916 não mais correspondia as necessidades do homem e da coletividade. O caráter individualista e patrimonial do Código anterior, não obedecia aos princípios basilares da nova sistemática jurídica. A ideia de que a autonomia da vontade deveria atuar com total liberdade, perdeu força ao longo dos anos. Assim como o ideal de que a norma observava apenas a relação abstrata dos indivíduos.

Ademais, o Códex anterior visava a proteção do indivíduo quando da relação entre Estado e particular, sem qualquer menção aos direitos e garantias sobre as relações oriundas de particular para particular. A teoria da eficácia horizontal somente fora potencializada com a promulgação da constituição vigente.

Assim, o Código Civil de 2002 trouxe nova roupagem aos direitos do indivíduo, desta vez, embasados pelos direitos e garantias fundamentais que tiveram nova interpretação pela Carta de 88.

Na nova sistemática, e com o surgimento do nomeado Direito Civil Constitucional, o indivíduo passou a figurar como centro da ciência jurídica, não apenas do direito privado. Houve então, grande preocupação a respeito da aplicação da norma e os efeitos sobre o ser humano.

O Código de 2002 veio para complementar e ratificar os dispositivos normativos civilistas já inseridos na Constituição Federal, ganhando papel essencial e de grande responsabilidade na proteção de institutos, como a propriedade, a família, mas agora, na perspectiva do ser humano.

Nessa senda, na discussão entre a doutrina que o Código de 2002 trouxe uma visão mais concreta sobre o indivíduo na sociedade. Aliás, grande diferencial do novo título foi a efetividade da norma em meio as situações jurídicas diversas que o indivíduo se submete nas relações *inter partes*, mas sem deixar de lado tanto a dignidade quanto a coletividade.

Por conta disso, o Código vigente melhor traduz os ideais fundamentais do Direito Civil e do Direito Constitucional, tendo como centro a dignidade do ser humano, não mais prevalecendo os interesses privados, patrimoniais, priorizando a tutela do indivíduo em meio as relações jurídicas.

Conquanto tenha o Código Civil trazido na sua essência um escopo em acompanhar os ditames da realidade social, o lapso temporal das propostas à promulgação também fez, de certa forma, nascer já atrasado.

Sabe-se que o legislador dificilmente conseguirá antever os problemas sociais ou até mesmo estar a frente dos anseios populares, contudo, é papel de todo o sistema que rege o ordenamento garantir que as legislações não se desabrochem no passado. Muito texto e muita timidez no Código Civil vigente ao se explorar os novos paradigmas do ser humano. Focou, até extensamente, no patrimônio, mas esqueceu que desde a redemocratização do país, os valores constitucionais servem como supedâneo às demais normas, devendo, portanto, serem postos como princípios ou regras norteadoras, caso contrário, será mais uma legislação inócua.

Assim, nesse espeque, consigna-se à corrente da constitucionalização do direito Civil total atenção para que não apenas seja mais bem amadurecida, contudo, seja bem delineada para que cada vez mais se encaixe nas perspectivas do futuro dos diversos direitos no plano das garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Paula Greco; KONDER, Carlos Nelson. **Contratos (Fundamentos do direito civil)**. Organização Gustavo Tepedino. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. – 10ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.713.426** – Paraná. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, fevereiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22.164** – São Paulo. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, novembro de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201.819** – Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, outubro de 2005.

BULOS, Uadi Iammego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Editora Saraiva, 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo**. In: Direitos humanos e direitos dos cidadãos. Belo Horizonte: PUCMINAS, 2001.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano. **Curso de Direito Civil 1**. Parte Geral e Lindb. Editora atlas. 2015.

- FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direito Civil Parte Geral**. V.1. Editora Saraiva. 14ª ed. 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. 16ª ed. Editora Saraiva Educação. 2018.
- GRILLO, Marcelo Gomes Franco. **Instituições de direito público e privado**. – São Paulo: Atlas, 2020. LENZA, Pedro. **Direito Civil. Parte Geral. Obrigações. Contratos**. Editora Saraiva. 2011.
- MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Editora Juspodivm. 2015.
- MORAIS, Maria Celina, **Danos à pessoa humana**, 2ª edição. Editora Processo. 2017.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 10ª ed. Editora Juspodivm. 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos (coords.). **Direito Civil – Constitucional**. Atlas, 2016.
- SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral**. 15ª ed. Editora Forense. 2019.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

UNIÃO ESTÁVEL: DIREITO DO COMPANHEIRO (A) DIANTE DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA SUCESSÃO LEGÍTIMA E A TUTELA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À FRENTE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

GISELLE MEDEIROS DA SILVA:
Graduanda do Curso de Direito do
Centro Universitário Fametro.

RESUMO: O trabalho científico tem por finalidade demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e o desprezo do legislador frente aos direitos já adquiridos e consolidados pela Constituição da República Federativa do Brasil, em razão da igualdade entre o companheiro e o cônjuge como instituição familiar. Necessitando, da interferência do Supremo Tribunal Federal para pôr fim no descaso para com os companheiros no direito sucessório, família essa, formada através da união estável. Também, tem como objetivo dirimir as divergências entre os doutrinadores, criadas pelo legislador, quando dispôs que o companheiro só viria a ter direito na sucessão em bens adquiridos onerosamente, gerando um colapso nas decisões e nos estudos. Percebe-se com essa ilegalidade, que os juristas devem se atentar a nossa Constituição e aos seus princípios fundamentais abarcados no texto, onde já foram consolidados o direito e a tutela do Estado, formados através da união estável. Devesse olhar com atenção, para com a instabilidade gerada no direito sucessório, podendo prejudicar os sujeitos de direitos, cidadãos que tem como direito a tutela da Carta Magna. É preciso considerar essa interpretação dada pelo STF, abrangente, no que concerne o companheiro no direito sucessório, visto que, até esse tempo, têm doutrinadores que se apoiam e fundamentam que o companheiro não faz jus a todos os direitos sucessórios pertencentes ao cônjuge, suscitando dúvidas nos estudos e complexidade nas decisões jurídicas. Espera-se com esse trabalho, dar ênfase e força aos direitos adquiridos e já consolidados através da CRFB e pela jurisprudência brasileira, na qual, se perfaz a equiparação do companheiro ao cônjuge como herdeiro necessário, e ainda, sendo sucessor legítimo no rol do artigo 1829 do Código Civil Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Art. 1790. Inconstitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. União estável e casamento.

ABSTRACT: The scientific work aims to demonstrate the unconstitutionality of article 1790 of the Civil Code and the contempt of the legislator against the rights already acquired and consolidated by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, due to the equality between the partner and the spouse as a family institution. Needing the interference of the Federal Supreme Court to put an end to the neglect towards the companions in the inheritance law, this family, formed through the stable union. Also, it aims to settle the differences between the scholars, created by the legislator, when it provided that the partner would only have the right to succession in goods acquired onerously, generating a collapse in decisions and studies. It can be seen with this illegality, that jurists must pay attention to our Constitution and its fundamental principles encompassed in the text, where the law and protection of the State have already been consolidated, formed through the stable union. Careful consideration should be given to the instability generated in succession law, which may harm the subjects of rights, citizens who are entitled to the protection of the Magna

Carta. It is necessary to consider this interpretation given by the STF, comprehensive, with regard to the partner in inheritance law, since, until that time, there are scholars who support and substantiate that the partner is not entitled to all the inheritance rights belonging to the spouse, raising doubts in studies and complexity in legal decisions. It is expected with this work, the emphasis and strength to the acquired rights and already consolidated through the CRFB and the Brazilian jurisprudence, in which, the equalization of the partner to the spouse as necessary heir, and still, being a legitimate successor in the list of article 1829 of the Brazilian Civil Code.

KEYWORDS: Article 1790/CC. Unconstitutionality. Federal Court of Justice. Stable union and marriage.

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que, a família vem sofrendo grandes mudanças, e com isso, vem acarretando formações de diferentes entidades familiares, sendo apenas necessário que se tenha uma relação afetiva e, o intuito de formar família, Antigamente, antes do advento da Constituição de 1988 se considerava apenas as famílias constituídas pelo casamento, uma relação formal, porém, com a égide da CRFB, as entidades familiares formadas através da união estável passaram a ser tutelada pelo Estado, equiparando o companheiro ao cônjuge.

Sendo reconhecido uma série de direitos e princípios no qual eram garantidos somente ao cônjuge, passando também, a pertencer aos companheiros, sem discriminação e desigualdade, garantindo a todos direitos igualitários, objetivando a dignidade humana a toda e qualquer entidade familiar formada através da união estável.

Contudo, mesmo com a guarda e proteção dada pela Constituição, a união estável, garantindo o direito à propriedade privada, a função social e o direito de família, direitos esses, fundamentais as entidades familiares, visando promover a equidade entre as instituições, igualdade entre cônjuges e companheiros.

Com a criação do artigo 1.790 do CC de 2002 pelo legislador que, ao criar, promoveu e possibilitou a sociedade um enorme retrocesso nos direitos já abarcados pela Constituição Federal onde equiparava o cônjuge ao companheiro, sendo discriminatório e colocando as famílias formadas por relações afetivas através da união estável em posição de inferioridade em relação ao casamento.

Nesse contexto, no direito sucessório os companheiros passaram a ser afetados na sucessão hereditária, ficando em posição inferior ao do cônjuge, ocasionando grandes discordâncias doutrinárias e jurisprudenciais, necessitando de uma intervenção do Supremo Tribunal Federal.

Esse trabalho objetiva demonstrar os direitos do companheiro já assegurado pela CRFB/88 e a sua eficácia nos direitos sucessórios, contrapondo a inconstitucionalidade perante o artigo 1.790 do CC., e a necessidade da tutela do Supremo Tribunal Federal para a segurança jurídica dos direitos já adquiridos.

O trabalho tem como fundamento o direito sucessório na união estável, direito do Companheiro (a) na sucessão legítima e a tutela do Supremo Tribunal Federal à frente da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002.

O objetivo primordial é demonstrar a equidade entre a união estável e o casamento já assegurados e tutelados na Magna Carta, e o tratamento dado pelo CC/2002, ao companheiro no direito sucessório em consequência do artigo 1.790.

Abordar de maneira precisa acerca dos princípios constitucionais violados e os direitos sucessórios, do qual o companheiro estava sendo privado em razão da iniquidade e injustiça do artigo supramencionado, com isso fomentando a necessidade desse tema, visando segurança jurídica dos direitos já almejados pelo companheiro e asseverado pela Excelsa Carta.

Portanto, se fez necessário para esclarecer, e primordial a utilização da legislação e de posicionamentos doutrinários visando a concretização da equidade entre companheiros e cônjuges no direito sucessório, sendo, já pacificado e determinado pelo Supremo Tribunal Federal.

2.A POSITIVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Brasil antes de 1988 tinha como família apenas o homem e mulher que se casavam formalmente e, instituíam família através do casamento civil, somente a partir de 1988 que veio incorporar no seio da CRFB o conceito abrangente de família, sendo a união estável considerada e tutelada pelo Estado a sua legalidade no âmbito jurídico, ensejando assim, os seus direitos igualmente ao do casamento.

Com o advento da Constituição de 1988 foi abarcado em seu bojo a proteção familiar de toda e qualquer tipologia dada a entidades familiares formadas sem a instituição do casamento civil, independentemente de como se constituiu, se por formalidades ou informalidades. A desígnio de proteger toda e qualquer entidade familiar formada entre sujeitos que vivem em união com intuito de formar família (MENDES; GONET, 2020, p.1027).

Observe-se como dispõe o artigo 226 §3º da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Desse modo, com a instauração do artigo 226 da CRFB, o companheiro passou a ter os mesmos direitos do cônjuge, não cabendo qualquer forma de discriminação.

Três importantes direitos foram tutelados equiparados pela Constituição Federal de 1.988, as famílias instituídas por união estável quais sejam: 1) direito a propriedade privada; 2) função social; 3) direito de família.

O direito à propriedade privada, será regido através do regime da comunhão parcial, ao qual prevalece na união estável.

O nosso ilustre autor Rolf Madaleno (2022, p. 59) dispõe o seguinte:

O direito patrimonial carrega quatro subtítulos, começando com o regime de bens, com suas disposições gerais, pacto antenupcial, regime da comunhão parcial, da comunhão universal, de participação final nos aquestos e regime da separação de bens; trata ainda do usufruto e da administração dos bens de filhos menores, dos alimentos, e do bem de família.

Direito esses no qual garante aos companheiros a concorrência o gozo e a posse aos bens do de cujus.

A família é considerada a base da sociedade, vem assegurada ao bojo da CRFB, no seu artigo 226, em vista disso, como a sociedade está em constante mudança, o direito a função social permite e possibilita a atuação da família, com a finalidade de concretizar a sua função, na realização das expectativas almejadas por todos os integrantes da família, no qual, é de suma importância para as transformações, igualdade e respeito a evolução familiar dentro da sociedade, fomentando o desenvolvimento e a concretização de todos a sociedade.

Com o advento da Magna Carta teve um alcance no Direito de família numa proporção na qual deu ensejo a várias diferentes estruturações familiares dentro da qual se intitulava a família formada através da união estável, garantindo a tutela do Estado.

Nas palavras de Rolf Madaleno (2022, p. 54), ponderamos suas palavras a respeito do direito de família, percebamos:

Auspiciado pela Constituição Federal de 1988 o Direito de Família sofreu uma profunda reformulação e valores constitucionais fincaram as bases de um direito de família constitucional, sobrepondo direitos e princípios como verdadeiros vetores das relações familiares, estruturadas na igualdade dos filhos e das pessoas e na pluralidade das famílias, evoluindo abertamente para uma leitura constitucional do Direito de Família.

O direito de ter uma família é direito de todos, e a Constituição permitiu essas variedades, bastando ter o intuito e o desejo, não cabendo qualquer distinção ou discriminação entre as entidades familiares, por não se enquadrarem a padrões formais de antigamente, qual seja, o casamento.

Portanto, é de suma importância afirmar que, com o advento da Magna Carta permitiu a proteção do Estado as entidades familiares instituídas através de outras formas, ensejando e garantindo os direitos abarcados e intitulados na Constituição.

2.1 Conceito de União Estável

Hoje em dia a união estável não se aplica apenas a homens e mulheres, é garantido a todos que tem o intuito de compartilhar uma vida em casal e formar família.

Conforme Lenza (2021, p.2079) a união estável só veio ter sua validação como família na sociedade com o advento da Constituição Federal de 1.988: " O conceito de família foi ampliado pelo texto de 1988, visto que, para efeito de proteção pelo Estado, foi reconhecida como entidade familiar também a união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. "

No mesmo sentido os autores Gagliano; Pablo Stolze e Filho; Rodolfo Pamplona (2022, p. 1.912), dispõem o seguinte conceito; " a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família. "

Percebe-se que vem tendo grandes mudanças no contexto dos tipos de relações, porém a união estável abrange todos os tipos de uniões afetivas constituídas, com o objetivo de formar uma família, possibilitando ao companheiro os direitos igualitários ao dos cônjuges, direitos esses adquiridos desde 1988 através da Carta Magna.

2.2 Direito adquirido

O Direito Adquirido é um ato inalterável e permanente, garantido ao sujeito, direitos já alcançados e perpetrados pela Constituição.

De acordo com Moraes (2020, p. 200 *apud* BASTOS, Celso, 1994, p. 43):

Constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No, entretanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra.

Note-se o artigo 5º da Constituição Federal:

Art.5 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Infelizmente muitos desses direitos foram suprimidos com a criação do artigo 1.790 do CC/2002, pois, lamentavelmente muitas sentenças transitaram em julgado até ser considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal o referido artigo, deixando os conviventes da união estável desamparados quanto aos bens do falecido e discriminando as instituições familiares formadas através da união estável, indo contra os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Serão abordados a seguir, alguns princípios os quais foram afrontados e desprezados pelo legislador, com a criação do artigo 1.790 do Código Civil.

3.1 Proibição de Retrocesso Social

O princípio da proibição do retrocesso almeja à impossibilidade de redução do grau de concretização dos direitos sociais já obtido pelo Estado, ou seja, uma vez alcançado determinado direito social, o legislador não pode violar ou reduzir esse direito.

Esse princípio tem como objetivo a segurança jurídica no qual almeja garantir que com a evolução da sociedade frente aos direitos sociais, os direitos não se retrocedam impedindo com que novas normas sejam inconstitucionais.

3.2 Da Igualdade

O princípio da igualdade tem o objetivo de igualar os tratamentos entre os sujeitos de direito nas normas criadas pelo legislador e aplicá-las em conformidade com as garantias e direitos instituídos na Constituição Federal, que não se faça qualquer tipo de desigualdade ou afrontamento na referida. (MORAES, 2020, p.116).

É indiscutível a violação a este princípio, feita pelo legislador, ao discriminar o companheiro (união estável) do cônjuge (casamento) na sucessão, levando a desequiparação e possibilitando uma hierarquia na modalidade familiar, com conseqüente discriminação perante o afeto familiar constituído.

3.3 Da Dignidade Humana

Este princípio, o da dignidade humana vem a ser um dos maiores princípios da Constituição, visto que, se encontra em muitos princípios fundamentais, e tem como objetivo resguardar a dignidade da pessoa humana.

É essencial para garantia de uma sociedade justa e igualitária sem discriminações.

Segundo o pensamento do ilustre autor Tartuce (2022, p. 2.702). “ Em suma, a dignidade humana deve ser analisada a partir da realidade do ser humano em seu contexto social, ilustrando, pela vivência nacional. ”

Notável saber jurídico do mestre, por expor que a sociedade evolui e, com isso as famílias se transformam e se reinventam, no entanto, não perde o valor familiar, então não há o que se falar em hierarquização ente cônjuges e companheiros, ocasionando desigualdade e injustiça perante os seus direitos sucessórios.

4.A DECISÃO DO STF FRENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Ao decorrer do tempo, a família veio evoluindo e tomando contornos diferentes da família tradicional conhecida. Com isso a Constituição Federal de 1988 reconheceu como família, aquelas instituídas através da união estável.

Nesse contexto, seria viável o Código Civil de 2002 trazer em se bojo uma concordância com a CF/88, visto que implementando o artigo 1.790/CC, conduziu uma grande discriminação aos companheiros viúvos em relação aos cônjuges, privandoos em seus direitos sucessórios, visto que, a união estável já havia sido reconhecida plenamente por constituir laços de afeto, modalidade familiar.

Segundo Rezende *apud* por Stolze, Gagliano e Pamplona (2022, p.2.212), demonstram o quanto este artigo é desrespeitoso com a Carta Magna junto a evolução da sociedade, e os seus direitos almejados ao passar do tempo, gerando uma insegurança jurídica e discriminatória aos companheiros, confira:

Pensamos que o artigo 1.790, do Código Civil, deve ser destinado à lata do lixo, sendo declarado inconstitucional e, a partir daí, simplesmente ignorado, a não ser para fins de estudo histórico da evolução do direito. Tal artigo, num futuro não muito distante, poderá ser apontado como exemplo dos estertores de uma época em que o legislador discriminava a família que se formava a partir da união estável, tratando-a como se fosse família de segunda categoria

Nesse diapasão, vêm logrando enormes divergências jurisprudenciais e doutrinárias, ocasionando uma instabilidade geral na sociedade, ao se tratar de sucessão hereditária do companheiro. Com isso, o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 878.694/MG, em 10 de maio de 2017 foi declarado inconstitucional o referido artigo supramencionado:

Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de

família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002". (STF - RE: XXXXX MG, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 10/05/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/02/2018)

Ademais, tendo em vista que a união estável é considerada uma instituição familiar, portanto, não pode haver hierarquização entre os institutos familiares, ou seja, entre companheiro e cônjuge, cabendo-lhe todos os direitos sucessórios garantido aos cônjuges. Por fim, devendo ser aplicado o artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

O autor Tartuce (2022, p.3.423), aborda, que este foi um dos assuntos mais comentados e criticado do atual sistema civil brasileiro ocasionando um grande choque entre as doutrinas e jurisprudências em detrimento da desequiparação e a hierarquização entre cônjuge e companheiro no direito sucessório. Frisa ainda, a importância da aplicação do art. 1.829 do CC/02 para a segurança jurídica.

Vejamos o que consta no art.1829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: ((Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

- I - Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens

Particulares;

- II - Aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - Ao cônjuge sobrevivente;

IV - Aos colaterais.

Dessa forma, o Supremo, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 878.694, determinou que o companheiro deve se equiparar ao cônjuge na sucessão legítima do artigo referenciado.

5 DIREITO SUCESSÓRIO

O direito sucessório é tratado no Código Civil em sua parte final, regulando e disciplinando como deve acontecer a sucessão, ou seja, a transmissão aos sucessores do de cujus.

Tem o seu respaldo no direito constitucional, visando através dos direitos fundamentais, como: propriedade privada, função social e o direito familiar, a garantia e a continuidade da relação sucessória, objetivando respaldar os herdeiros do de cujus, pressupondo segurança econômica e patrimonial, mas também, dando continuidade aos direitos e deveres do morto.

Sobre o direito das sucessões, de acordo com Tartuce (2022, p. 3.349, *apud*, HIRONAKA, 2007, p. 05), “a necessidade de alinhar o Direito de Família ao direito de propriedade, eis que “o fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda e principalmente no ‘fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família”.

5.1 Conceito de sucessão

Dentro dos pressupostos teóricos de Gagliano e Filho, (2022, p. 2.076) a sucessão se dá a partir da morte do de cujus ou do autor da herança, transferindo aos seus sucessores, ou seja, seus herdeiros legítimos ou testamentário os seus bens ou direitos, cabendo a estes suceder a titularidade do falecido.

Nesse sentido, podemos elencar que a sucessão tem proteção na Constituição

Federal de 1988, garantindo que a família, seus herdeiros legítimos fiquem resguardados quanto aos seus direitos sucessórios, impossibilitando que terceiros se apropriem da herança.

Em conformidade com o pensamento de (GONÇALVES, 2020, p. 20), entende que “a palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”.

5.1.1 Princípio de saisine

Para Tepedino (2021, p. 66), os bens corpóreos e incorpóreos do falecido se tornam heranças unitárias e impartilháveis aos seus sucessores, sendo no primeiro momento da transferência pós morte, o monte mor é de todos os herdeiros até a divisão do quinhão pertencente

a cada um sucessor, isso se dá pelo princípio de *saisine*, dando a posse de imediato aos herdeiros do espólio, transmitindo desde logo a herança. Surgimento deste princípio se deu com o intuito de evitar que os bens fossem considerados abandonados ou que outros sujeitos se apossassem sem o conhecimento dos verdadeiros sucessores.

De acordo com o autor Gonçalves (2020, p. 24), entende o seguinte:

O princípio da *saisine* foi introduzido no direito português pelo alvará de 9 de novembro de 1754, reafirmado pelo Assento de 16 de fevereiro de 1786. O Código Civil português de 1867, já revogado, dizia, no art. 2.011: A transmissão do domínio e posse da herança para os herdeiros, quer instituídos, quer legítimos, dá-se no momento da morte do autor dela.

Com isso, o princípio de *saisine* vem garantir que após a morte do autor da herança, sejam imediatamente transferidos aos seus herdeiros e sucessores o monte mor, mesmo sem a anuência destes.

5.2 Sucessão hereditária do companheiro e sua legitimidade no direito sucessório

Como bem sabemos e vem sendo abordado ao decorrer do trabalho o companheiro já era equiparado ao cônjuge pela nossa Constituição de 1.988, cabendo, portanto, ao legislador, dar o tratamento adequado igualando-o ao do cônjuge na sucessão hereditária, ao invés disso, houve a violação ao princípio do retrocesso social, ocasionando aos companheiros frente aos seus direitos sucessórios uma lesividade, gerando uma comoção social.

Nesse diapasão, o STF se posicionou e determinou aos companheiros o mesmo tratamento e direitos sucessórios estipulados no Código Civil, garantindo a concorrência do companheiro com os descendentes, vide art. 1.829 do CC.

A sucessão legítima é respaldada por lei, tendo o legislador garantindo aos herdeiros legítimos a sua cota parte, entende-se que a vontade do autor da herança seria a de amparar os seus familiares mais próximos, ou seja, os que teriam laço de afetividade com o morto

Em conformidade, entende Tepedino (2021, p. 27), nestas palavras, "Atualmente, grande parte da doutrina fundamenta a sucessão legítima no conceito de interesse superior da família, entendida como instituição de importância social."

Com a mesma linha de pensamento entende Gonçalves (2020, p. 167), in verbis:

Conclui o referido autor, sendo os herdeiros distribuídos em classes, dependendo a organização dessas classes dos laços de família, como toda a sucessão legítima, exceção feita ao fisco, esses laços são reduzidos ao vínculo do casamento e do parentesco, aos quais devemos atender para a coordenação preferencial dos grupos sucessíveis.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao artigo 1.790 CC/2022, onde sua inconstitucionalidade foi declarada, os companheiros formados por uniões estáveis passaram a dispor dos mesmos direitos conferidos aos cônjuges.

Mesmo com iniquidade do legislador, os companheiros passaram a suceder na mesma classe dos cônjuges, ocupando em equidade a posição conferida no artigo 1.829 CC.

Nesse contexto, por terem adquirido a legitimidade sucessória, os companheiros passaram a dispor dos seguintes direitos: a) da vocação hereditária em concorrência com os descendentes; b) de serem herdeiros únicos; c) de lograr a sub-rogação de contrato de locação e d) de adquirirem a concessão ao direito real de habitação.

5.2.1 Da vocação hereditária em concorrência com os descendentes

Nessa ordem de vocação, o companheiro passa a concorrer em primeiro lugar em concordância com os descendentes, ou seja, está na primeira linha de concorrência, tendo direito ao mesmo quinhão dos filhos em relação a herança.

Há um entendimento majoritário no qual os companheiros concorrem somente nos bens particulares do autor da herança.

Veja-se a decisão da Segunda Seção do Tribunal da Cidadania no ano de 2015.

Recurso especial. Civil. Direito das sucessões. Cônjuge sobrevivente. Regime de comunhão parcial de bens. Herdeiro necessário. Existência de descendentes do cônjuge falecido. Concorrência. Acervo hereditário.

Existência de bens particulares do *de cuius*. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. (...). 2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no Regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. 3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do *de cuius*. 4. Recurso especial provido" (STJ, Resp. 1.368.123/SP, 2.ª Seção, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, j. 22.04.2015, DJe 08.06.2015).

Essa decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça sanou com as divergências que estavam tendo bastante no decorrer dos anos pondo fim as divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

5.2.2. De serem herdeiros únicos

Quando não houver concorrentes em nenhum grau de hereditariedade o companheiro poderá herdar sozinho, independentemente dos bens terem sido obtidos por meios onerosos ou não, sendo possível ser o único herdeiro, ou seja, sucessor legítimo do de cujus.

5.2.3. De lograr a sub-rogação de contrato de locação

Havendo contrato de locação em nome do falecido, o companheiro passa a suceder o contrato (sub-rogação de contrato de locação), tendo todo o direito de continuar na moradia alugada, não sendo possível seu despejo.

5.2.4. De adquirirem a concessão ao direito real de habitação

No direito real de habitação, o companheiro tem a concessão vitalícia do uso do bem, quando se tratar de imóvel único para o fim de moradia familiar, não podendo ser possível exigência de remuneração ou sua retirada.

Pensa os ilustres autores Gagliano e Filho (2022, p. 2204), e dispõe:

Pretende-se, com isso, na perspectiva do direito constitucional à moradia (art. 6º da CF), impedir que a viúva (ou viúvo) — mormente aquele de idade mais avançada — seja alijado do único imóvel integrante do monte partível, em que residiu durante toda uma vida com o falecido.

Em vista disso, a legislação resguardou o companheiro no qual sempre sofria e era desamparado ao ficar viúvo, agora podendo ficar no imóvel até seu falecimento de acordo com o art.1.831 CC.

Por conseguinte, a sucessão hereditária foi declarada e amparada pelo STF, visto que, tanto a união estável quanto o casamento visam apenas um fim, qual seja: a constituição familiar e, esta vem desde os meados de 1.988, sendo equiparada ao casamento, não cabendo a injustiça, o retrocesso fomentado pelo legislador.

6.CONCLUSÃO

Dada à importância da presente pesquisa, o assunto abordado visa o direito sucessório na união estável, no qual foi imprescindível a atuação do Supremo Tribunal Federal, onde atingiu milhares de sujeitos de direito sucessório, infringiu vários princípios constitucionais e fundamentais para a sociedade, qual seja: a dignidade humana, a igualdade e a proibição do retrocesso. Indo contra a Constituição que já havia efetivado a entidade familiar formada por meio de união estável onde equiparava o companheiro ao cônjuge, através dos direitos fundamentais da propriedade, da função social e do direito familiar.

Direitos e princípios violados pelo legislador ao elaborar o artigo 1.790 CC/2002, no qual alcançou os direitos sucessórios como: vocação hereditária, de serem herdeiros únicos, de lograr de uma sub-rogação de locação e o direito real de habitação. Com a criação desse artigo, foi discriminada a família formada por união estável, a toda e qualquer relação afetiva com o intuito

de formar uma entidade familiar, excluindo e impossibilitando o companheiro do seu direito sucessório.

Não podemos deixar de elencar também o, retrocesso que o nosso ordenamento teve durante o período de validação desse artigo fazendo com que muitos companheiros ficassem impossibilitados de receber a herança, em igual ao do cônjuge, a discriminação o desprezo e a exclusão exposto em apenas um artigo.

Com isso afetando os direitos sucessórios, modificando no bojo do Código Civil a posição do companheiro na sucessão hereditária inferiorizando a sua posição em comparação ao do cônjuge, direitos esses já instituídos e perpetrados pela Magna Carta ferindo a segurança jurídica dos direitos tutelados pelo Estado, atos inalteráveis e permanentes.

A Constituição, preza por uma sociedade justa e igualitária onde todos devem ser tratados de maneira digna, por isso, a união estável, ou seja, duas pessoas com o intuito de formar família, se juntam informalmente, são amparadas e consideradas uma entidade familiar, não devendo de forma alguma se discriminar as diferentes instituições familiares.

Depois de muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais onde acarretou uma enorme repercussão social, abalando a segurança jurídica de direitos já resguardados pela Carta Magna, o STF se posicionou e declarou inconstitucional o artigo 1.790 CC/2002, pelo fato deste artigo promover um retrocesso no qual já se equiparava as relações da união estável com o casamento e, também promovendo a discriminação e inferiorizando os companheiros, famílias formadas por laços afetivos através da união estável.

Diante disso, com o posicionamento do Supremo, não mais, poderá existir diferença entre cônjuges e companheiros para fins de sucessão hereditária, pondo fim as divergências jurisprudenciais e garantindo a segurança jurídica às famílias formadas por união estável e ocupando, em equidade, com o cônjuge a mesma posição no artigo 1.829 CC/2002, posição esta que garante a primeira posição em concorrência com os descendentes.

7.REFERÊNCIAS

BRASIL. Jus.com.br. 03/12/2016. A inconstitucionalidade do preceito civilista: artigo 1.790, em matéria sucessória. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54307/ainconstitucionalidade-do-preceito-civilista-artigo-1-790-em-materia-sucessoria>> acesso em: 09/06/2022.

BRASIL. LIMA, D. A. Direitos sucessórios ao cônjuge e companheiro: uma possibilidade jurídica. 2016. Disponível em:

<[Http://dspace.doctum.edu.br:8080/bitstream/123456789/647/1/Monografia.pdf](http://dspace.doctum.edu.br:8080/bitstream/123456789/647/1/Monografia.pdf)> Acesso em 20/05/2022

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988. Tutela para união estável. Brasília. Disponível em:

<[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), > acesso em: 09/06/2022.

DUTRA, Luciano. Direito constitucional essencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São

Paulo: MÉTODO, 2017. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1991/Principio-da-proibicao-doretrocesso>.

Acesso em: 15/10/2022

GAGLIANO, P. S; FILHO, R. P. Manual de Direito Civil: volume único. São Paulo: Saraiva jur, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. Direito civil brasileiro vol. 7 – 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. JUSBRASIL, Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE

XXXXX MG, Disponível em: <[Https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/769815077](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/769815077) > acesso em: 23/11/2022 LENZA, P. Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MADALENO, Rolf. Manual de direito de família. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional – 36. ed. – São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2020.

STJ-Informativo de Jurisprudência. Disponível em:

<[Https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%22974241%22](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%22974241%22) > e acesso em: 28/01/2022

TARTUCE, F. Manual de Direito Civil. Rio de Janeiro: Método, 2022.

A IMPORTÂNCIA DA CONTABILIDADE PARA AS EMPRESAS SEM FINS LUCRATIVOS DO TERCEIRO SETOR

RAIANE MACHADO DA SILVA Graduanda em Ciências Contábeis na FEF - Fundação Educacional de Fernandópolis, SP.

GEAN MARCOS GABRIEL DAMIÃO NERES DE SOUSA

LUCAS OLIVEIRA CASTILHO

(coautores)⁷⁸

DANIELA BORELI⁷⁹

(orientadora)

ROGERIO DE JESUS RIBEIRO⁸⁰

(coorientador)

RESUMO: O presente trabalho visa comprovar a importância da contabilidade para as entidades sem fins lucrativos do terceiro setor, já que as mesmas são de extrema importância para a sociedade e como toda, está também precisa da presença da contabilidade, tornando-a essencial. Sendo a contabilidade uma ferramenta indispensável para a continuidade de uma entidade, seja com ou sem fins lucrativos, foi realizada uma pesquisa bibliográfica sobre as normas contábeis aplicadas as entidades sem fins lucrativos do terceiro setor. Teve como objetivo abordar a importância e demonstrar em quais momentos a contabilidade se faz presente e também evidenciar os aspectos principais da contabilidade para as entidades sem fins lucrativos. A metodologia utilizada foi uma revisão bibliográfica através de consultas em livros que dominam a respeito do terceiro setor, também em sites que contém informações, onde foram analisadas também as diversas opiniões de autores a respeito do tema abordado, com caráter qualitativa. O resultado obtido foi satisfatório, visto que foram alcançados os objetivos e a problematização.

Palavras-chave: Entidades sem fins lucrativos; Contabilidade; Terceiro setor

ABSTRACT: The present work aims to prove the importance of accounting for non-profit entities in the third sector, since they are extremely important to society and, as a whole, it also needs the presence of accounting, making it essential. As accounting is an indispensable tool for the continuity of an entity, whether for profit or not, a bibliographic research was carried out on the accounting standards applied to non-profit entities in the third sector. It aimed to address the importance and demonstrate in which moments accounting is present and also to highlight the main aspects of accounting for non-profit entities. The methodology used was a bibliographic review through consultations in books that dominate about the third sector, also on websites that

78 Graduandos em Ciências Contábeis na FEF - Fundação Educacional de Fernandópolis, SP);

79 Contadora, Especialista em Gestão Empresarial e Consultoria, Mestre em Ciências Ambientais, Docente na FEF e Faculdade Futura de Votuporanga, graduanda em Direito na FEF

80 Mestre em Engenharia de Produção – UNIARA, Graduando em Direito – FEF, Professor Universitário FEF.

contain information, where the different opinions of authors on the topic addressed were also analyzed, with a qualitative character. The result obtained was satisfactory, since the objectives and the problematization were achieved.

Keywords: Non-profit entities; Accounting; Third sector

1 INTRODUÇÃO

As entidades sem fins lucrativos do terceiro setor surgiu em meados de 1990, sendo constituído por ONGs, cooperativas, associações, institutos assistenciais e fundações, composto também por organizações não governamentais, e atuando na área social de maior relevância e sem fins lucrativos. Para manter uma entidade, utilizam recursos privados e públicos, para beneficiar a sociedade. "Todas as instituições 'sem fins lucrativos' têm algo em comum: são agentes de mudança humana. Seu 'produto' é um paciente curado, uma criança que aprende, um jovem que se transforma em adulto com respeito próprio; isto é, toda uma vida transformada." (Drucker, 1994)

Neste presente trabalho, apresenta se como as fundações que não tem finalidade lucrativa e que priorizam os objetivos sociais, filantrópicos, culturais, recreativos, religiosos, ambientais, esportivos e artísticos, conseguem constituir missão e valores voltados para o bem-estar social, além de evidenciar contribuições para o desenvolvimento econômico, político e social do país, gerando fonte de emprego dentro da sociedade para a continuidade desde trabalho. E como estão ligadas a elaboração e realização de inúmeras atividades não atendidas pelo governo e como complementam em ações públicas de responsabilidade do mesmo. Para Albuquerque (2006, p. 13), "nos últimos anos, uma série de pesquisas sobre o Terceiro Setor vêm sendo realizadas por organizações internacionais, por organizações não governamentais e pela iniciativa privada."

Baseado em todas as informações, mesmo sendo um setor sem finalidade lucrativa, a mesma necessita de organização na área contábil, por exemplo, contribuições como doações, serviços voluntários e isenção de tributos, podem se transformar em grandes problemas financeiros, quando não há um cumprimento das normas e princípios contábeis, causando também mau desenvolvimento na manutenção da entidade, portanto, seria impossível demonstrar para a sociedade todos os trabalhos realizados pelas instituições. Segundo Olak (2010 p. 7), "as entidades sem fins lucrativos existem para provocar mudanças nos indivíduos e, conseqüentemente, na sociedade. Entretanto, cada entidade deve definir, formal ou informalmente, sua própria filosofia."

2 OBJETIVOS

2.1 Objetivo Geral

O trabalho tem como objetivo, comprovar a importância da contabilidade para as entidades sem fins lucrativos do terceiro setor e demonstrar em quais momentos a contabilidade se faz presente.

2.2 Objetivo específico

Os objetivos específicos será evidenciar os aspectos principais da contabilidade para as entidades sem fins lucrativos, que são:

- a) Identificar as características primordiais do terceiro setor
- b) Demonstrar as obrigações contábeis do terceiro setor
- c) Conceituar de fato o que é o terceiro setor
- d) Realizar uma revisão bibliográfica sobre as normas contábeis aplicadas as entidades sem fins lucrativos.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 O que é terceiro setor

Albuquerque (2006, p.27), chegou à conclusão que “O terceiro setor permanece como o “continente perdido”, invisível para a maioria dos políticos, líderes empresariais, mídia e imprensa e para a grande maioria dos cidadãos.”

Segundo Oliveira e Godói-de-Sousa (2015), antes de discorrer sobre os avanços históricos desempenhados pelo Terceiro Setor no Brasil, faz-se necessário fundamentar as análises e descrições no conceito de Sociedade Civil e a sua existência como Organização. Dessa forma o conceito da Sociedade Civil fundamental ao estudo em questão, se for determinado de forma errônea ou incerta, todo o conhecimento construído sobre ele provavelmente também o será e, assim, as políticas construídas, embasados em tal entendimento.

Em referência ao terceiro setor, a necessidade da criação surgiu após se entender que o governo já não conseguia manter os direitos básicos que eles mesmos pontuam na Constituição Federal, assim como diz no Art 6º da mesma: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Atualmente com a grande demanda e com o papel fundamental que as ONGS exercem na corporação social, o terceiro setor vem crescendo, e com esse crescimento, cresce também a necessidade da organização de finanças das instituições.

Fregonesi et al. (2005, p. 239) declara que o Terceiro Setor é “constituído de organizações sem fins lucrativos e com um objetivo social bem definido, ou seja, firmas cuja finalidade maior é promover benefícios à sociedade”.

Para explicitar as ações do terceiro setor, utilizou-se como já dito anteriormente, como base ONGS (Organizações Sem Fins Lucrativos), que tem como um objetivo único e maior, o bem-estar da sociedade em que estão inseridas. Não visam lucros, e se mantem através especialmente de doações, podendo também conduzir um comercio de bens ou serviços. Independente da forma em que se mantem, e vê-se a contabilidade nesse setor como aspecto importante e fundamental, como os profissionais da contabilidade Bloedau e Lima (2008) defendem.

3.2 Entidades sem fins lucrativos do terceiro setor

De acordo com Drucker (1994) apud (Olak, 2010, p. 1), "Todos as instituições "sem fins lucrativos" têm algo em comum: são agentes de mudança humana. Seu "produto" é um paciente curado, uma criança que aprende, um jovem que se transforma em um adulto com respeito próprio; isto é, toda uma vida transforma."

Para Falconer (1999) as entidades sem fins lucrativos surgiram para atender a sociedade nas atividades culturais, esportivas, caritativas, educacionais e religiosas. Tais entidades originaram-se a partir da ação de pessoas preocupadas com bem estar do próximo, necessitando de recursos materiais, financeiros, tecnológicos e humanos, que por sua vez são conseguidos por meio de doações da população, empresas e parcerias com o Estado e Agências de Cooperação. Organizações que fazem parte desse setor são complementadas pela participação voluntária, realizando ações de caridade, filantrópica, proteção à natureza e diversos trabalhos com o objetivo de alcançar as ações sociais e públicas, como atendimento médico, campanhas educativas, eventos culturais e muitas outras atividades que melhorem a qualidade de vida da população.

Os movimentos associados tiveram origem nos séculos XVI e XVII, inicialmente de caráter religioso ou político, designado primeiramente pela instituição "Santa Casa de Misericórdia de Santos" e por organizações sociais influenciados pelos sistemas de governo, segundo Gonçalves (2010).

As entidades sem fins lucrativos tem características comuns, são utilizadas em programas e projetos de atuação, o lucro não é seu objetivo, a propriedade é pertencente a comunidade, não são geralmente caracterizada pela divisibilidade do capital em partes, que podem ser vendidas ou permutadas. Quanto as contribuições de recursos financeiros não outorgam direito ao doador de participação nos bens ou serviços da entidade.

Assegura Summers (1991), que a responsabilidade gerencial diferem das demais organizações lucrativas. Com base essas características é plausível definir que as entidades sem fins lucrativos são instituições privadas com a finalidade de provocar mudanças sociais e o patrimônio é constituído através de contribuições, doações e subvenções, e de forma alguma se reverte para o seus membros ou mantenedores.

3.3 As entidades sem fins lucrativos que compõem o terceiro setor

A Organização das Nações Unidas - ONU (2003 apud BETTIOL JÚNIOR, 2005, p. 35) cita os exemplos de organizações que compõem o terceiro setor:

Quadro 1: Tipos de entidades do terceiro setor sem fins lucrativos

a) Hospitais, instituições de educação de nível superior, creches, escolas, serviços sociais, grupos ambientais etc. – provedores de serviços que podem receber pelos serviços prestados, mas não apresentam como finalidade produzir lucro;

b) Organizações não governamentais que atuam na promoção do desenvolvimento econômico e/ou redução da pobreza em áreas menos desenvolvidas;
c) Organizações de arte e cultura, incluído museus, centros de artes dramáticas, orquestras, corpo de baile e óperas, sociedades históricas e literárias;
d) Clubes esportivos envolvidos em esporte amador, treinamento, condicionamento físico e competições;
e) Grupos de defesa que trabalham na promoção de direitos civis e outros direitos, ou na defesa de interesses sociais e políticos gerais ou de grupos específicos de cidadãos;
f) Entidades que possuem à sua disposição propriedades ou fundos e usam a renda gerada por esse patrimônio quer para fazer doações para outras organizações, quer para financiar seus próprios projetos e programas;
g) Associações comunitárias étnico-culturais, associações baseadas em filiação e que oferecem serviços ou defendem os interesses dos membros de uma vizinhança em particular, comunidade etc.
h) Partidos políticos;
i) Clubes Sociais, incluindo clubes automotivos e clube de campo e que oferecem serviços e oportunidades de recreação para seus filiados e para a comunidade etc.
j) Sindicatos, associações de profissionais e de classe que promovem e protegem o trabalho, os negócios ou interesses profissionais;
k) Congregações religiosas, como paróquias, sinagogas, mosteiros, templos e santuários que promovem crenças religiosas e administram serviços e rituais religiosos.

Fonte: Elaborado pelos autores, adaptado ONU 2003.

As organizações podem ocasionar algumas mudanças na sociedade, tendo como objetivo atender os que necessitam e contribuir com o Poder Público na parte da educação e da assistência aos indivíduos. É preciso dividi-los em dois quadros onde estão incluídos, a prestar serviços a toda comunidade irrestrita e incondicionalmente ou aos que restringem seus benefícios apenas ao seu quadro social. (ARNALDO,2010).

3.4 Principais fontes de recursos

3.4.1 Contribuições

Para AICIPA (apud Nascimento, 2010, p. 27), contribuição “é uma transferência incondicional de dinheiro ou de outros ativos ou, ainda, o cancelamento de suas obrigações numa transferência voluntária não recíproca por outra entidade que não seja o proprietário”.

As contribuições equivalem a recursos arrecadados por associados em outros indivíduos ou empresas que comprometem periodicamente a contribuir com determinada quantia, fixa ou não. Para executar as devidas manutenções e desenvolver obras, projetos e atividades não específicas.

3.4.2 Doações

Define doação, segundo o Código Civil brasileiro, art. 538, “o contrato em que uma pessoa, por liberdade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

A doação é uma atividade de natureza voluntária entre pessoas, geralmente o doador doa algo à alguém necessitado ou à alguma entidade. O donatário é classificado como o que recebe as doações.

Segundo Rodrigues (1998:52), do ponto de vista doutrinário, a doação é um contrato unilateral, gratuito, consensual e solene.

3.4.3 Subvenções

De acordo com Nunes (1990) apud (Olak, 2010, p. 30) subvenção é “Abono de determinada soma de dinheiro concedido, periodicamente, pela Administração ou Governo, para a manutenção de instituição beneficente, ou estabelecimento, serviço, ou obra de caráter privado e utilidade ou interesse público, regularmente organizada”.

As subvenções governamentais são ajuda do governo, sob forma de transferência de recursos a uma empresa em retorno ao cumprimento de certas condições relacionado as atividades operacionais da entidade

3.5 A contabilidade para as entidades sem fins lucrativos do terceiro setor

“A Contabilidade é uma ciência social que através da execução de serviços técnicos, ou seja, controla, organiza, estuda e avalia o patrimônio de uma entidade (física ou jurídica) permanentemente” (BACHTOLD, 2011, P. 162).

A contabilidade em empresas é uma ferramenta de extrema importância, nas entidades sem fins lucrativos tem a mesma finalidade, informando na gestão todas as movimentações financeiras e patrimoniais da entidade. Segundo Ribeiro (2013 p. 15), “o patrimônio das empresas é constituído por dois elementos, os elementos positivos e os elementos negativos.” Assim como as organizações.

A importância da contabilidade no terceiro setor se comprova especialmente pela necessidade de mostrar com transparência para a sociedade que essas instituições são verdadeiramente sérias e que o foco maior é apenas ajudar a causa que ela defende, seja a causa feminina, infantil, animal ou quaisquer que se enquadre na referida, para também que a entidade não se envolva em escândalos financeiros e tenha mais credibilidade na hora de pedir suas contribuições. Conforme Vilanova (2004, p.4), aponta que: "Observa-se no Brasil a multiplicação de organizações do terceiro setor. Algumas apresentam objetivos duvidosos ao praticarem abusos e fraudes [...]", e essa situação levanta suspeitas da população e se torna uma das maiores dificuldades quando o assunto é arrecadar recursos.

De acordo, com a Resolução nº 750, de 29 de dezembro de 1993, "a observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade é obrigatória no exercício da profissão e constitui condição de legitimidade das Normas Brasileiras de Contabilidade" (art. 1º, § 1º).

Através das Normas Brasileiras de Contabilidade, o Conselho Federal definiu a norma NBC T 10.19.1.3, narra por meio moral, que a entidade sem fins lucrativos é aquela que independente de seu resultado positivo, não é destinado aos detentores do patrimônio líquido e seu lucro ou prejuízo são denominados como déficit e superávit.

A Contabilidade se faz presente, no momento em que a organização registra os fatos e a destinação dos recursos arrecadados, por meio das demonstrações do trabalho realizado, auxiliando para aumentar a credibilidade e tornar seu déficit ou superávit mais visível.

As demonstrações contábeis devem seguir os princípios da Lei 6.404/1976, com apenas alterações. A Contabilidade é a mesma só serão mudadas algumas nomenclaturas, se tratando de uma entidade e não empresa.

3.6 Entidades beneficentes e filantrópicas

Segundo Gonçalves (2020), entidades Beneficentes de Assistência Social são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos que, em parceria com o Estado, prestam atendimento e assessoramento às famílias, indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade ou risco social ou pessoal, auxiliando, dessa forma, o Estado em seu dever de garantir o atendimento às necessidades básicas do cidadão.

As entidades filantrópicas implementam o terceiro setor, definido por Fernandes (1994) como sendo o conjunto de iniciativas particulares com um sentido público. De acordo com o autor, o terceiro setor conjectura o primeiro e segundo, e com isso faz menção ao Estado e ao mercado.

4 METODOLOGIA

A elaboração acadêmica, visa por meio deste desenvolver uma revisão bibliográfica através de consultas em livros que dominam a respeito do terceiro setor, também em sites que contém informações sobre a importância da contabilidade para as entidades sem fins lucrativos e

as normas e obrigações aplicadas ao setor, onde serão analisadas também as diversas opiniões de autores a respeito do tema abordado. A metodologia utilizada possui caráter qualitativa, que busca comprovar por meio de leis e artigos.

Conforme Candeloro (2006, P.43), diz que: "A Revisão Bibliográfica também é denominada de Revisão de literatura ou Referencial teórico. A Revisão Bibliográfica é parte de um projeto de pesquisa, que revela explicitamente o universo de contribuições científicas de autores sobre um tema específico".

5 RESULTADOS

A fim de propiciar entendimento adequado e discussão sobre as normas contábeis aplicadas as entidades sem fins lucrativos, transcorreu uma revisão bibliografia por meio de livros e artigos científicos.

5.1 Imunidade e Isenção tributaria

Existe uma diferença entre imunidade e isenção e muitas vezes são confundidas. Imunidade tributária é o impedimento ou a renúncia fiscal da cobrança de impostos constitucionalmente qualificada.

Para Custodio (1972, p.46) enfatiza que: "As duas expressões não se confundem: a imunidade tem por fonte, sempre, a Constituição; a isenção provém de lei. Imune é aquele que se acha fora do alcance da entidade tributante, por expressa disposição constitucional, ao passo que isento é o que, abrangido pela esfera do poder tributante".

A Constituição Federal através do artigo 150, pondera em relação a imunidade tributária das entidades sem fins lucrativos:

I. Artigo 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas aos contribuintes, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II. VI - Instituir impostos sobre: ... b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei (sem realces no original); §4º. – A vedação expressa no inciso VIU, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nela mencionadas. (BRASIL,2017).

Diante do que foi instituído pela Constituição Federal de 1988, as entidades sem fins lucrativos são imunes. Mante-se dessa forma vedado cobrança de impostos.

A isenção tributária é a dispensa do tributo, sendo assim, permanece a obrigação tributária, mas por determinação de Lei, é dispensado o pagamento do tributo.

5.2 Controles internos

Glock (2007, p. 18) define que Controle: “É qualquer atividade de verificação sistemática de um registro, exercida de forma permanente e periódica, consubstanciada em documento ou outro meio, que expresse ação, uma situação, um resultado etc., com o objetivo de se verificar se existe conformidade com o padrão estabelecido, ou com o resultado esperado, ou, a legislação e as normas”.

Diante disso, o controle interno entende-se como um plano de organização adotadas pela entidade para preservar seus ativos, verificar a efetividade operacional e incentivar o cumprimento das diretrizes administrativas estabelecidas, facilitando o gerenciamento da instituição administrativa e financeiramente.

5.3 Prestação de contas

Paro o Conselho Federal de Contabilidade (2003, p.78) a prestação de contas: “É o conjunto de documentos e informações disponibilizados pelos dirigentes das entidades aos órgãos interessados e autoridades, de forma a possibilitar a apreciação, conhecimento e julgamento das contas e da gestão dos administradores das entidades, segundo as competências de cada órgão e autoridade, na periodicidade estabelecida no estatuto social ou na lei”.

As entidades sem fins lucrativos do terceiro setor devem prestar contas dos valores e bens recebidos originários não só dos cofres públicos, mas também dos provenientes de particulares, que contribuam na manutenção de suas atividades. Podendo ainda ser entendida como a divulgação da situação financeira e patrimonial da instituição e nessa publicação deverá constar informações contábeis e orçamentárias, expondo seu desempenho.

De modo geral, entende-se que a prestação de contas corresponde ao procedimento efetuado pela entidade referente aos atos de gestão orçamentária, financeira e patrimonial, que auxilia na evidenciação de transparência e legitima a entidade perante associados, Poder Público e demais interessados nas informações da instituição.

5.4 Transparência

De acordo com Brasil, 2000, a Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000, que estabelece as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e define em seu art.1º, §1º que: “A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas [...], mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras”.

Sendo então, a transparência um quesito de extrema importância no exercício das atividades nas entidades, visto que possibilita o controle pelos interessados no desempenho financeiro e social, ocasionando confiabilidade e agregando valor e lisura a instituição.

5.5 Normas contábeis aplicadas

Preliminarmente, no Brasil as entidades sem fins lucrativos precisam seguir a Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), com algumas particularidades, pois diferem das entidades com fins lucrativos.

Salienta Padredi apud Totti (2004, p.39) que a contabilidade é semelhante, mas não é absolutamente idêntica. As diferenças ocorrem nas nomenclaturas, não nos princípios.

Determinar as funções da contabilidade é um trabalho árduo, propenso que se relaciona com a rotina das organizações. Os registros, acompanhamentos e variações do patrimônio da entidade serão determinantes para as realizações diárias. De acordo com Iudícibus (1996, p. 98) algumas das principais funções da contabilidade são:

Organizar um sistema de controle adequado às atividades da empresa; registrar todos os fatos que ocorrem e podem ser representados em valor monetário; com base nos registros realizados, elaborar periodicamente quadros demonstrativos da situação econômica e financeira; analisar esses quadros demonstrativos e apurar se a empresa teve lucro ou prejuízo num determinado período; acompanhar a execução dos planos econômicos da empresa, prevendo os pagamentos a serem realizadas, as quantias a serem recebidas de terceiros e alertar para eventuais problemas; cuidar da relação financeira da empresa com terceiros (bancos, fornecedores, clientes).

O Conselho Federal de Contabilidade estabeleceu as seguintes normas técnicas aplicáveis as entidades sem fins lucrativos: Resolução CFC nº 1.409/2012 de 21 de setembro de 2012 institui a: Interpretação ITG 2002 – Entidade sem Finalidade de Lucros. Aplicação da ITG 2002 (R-1): Aplica-se às pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade de lucros, especialmente entidade imune, isenta de impostos e contribuições para a seguridade social.

Conforme a norma que regulamenta a contabilidade das entidades do terceiro setor do Brasil, a Aplicação da ITG 2002 (R-1): Aplica-se também: À entidade sindical, seja confederação, central, federação e sindicatos. As receitas e as despesas são reconhecidas pelo princípio de competência.

O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, é um alvo de grande querer das organizações brasileiras que prospera com projetos na área da saúde, educação e assistência social, prevista no art. 195, § 7 da Constituição Federal de 1988.

De acordo com Soldi (2007), o novo texto da ITG 2002 determina que as contribuições concedidas em caráter individual, devem ser distinguidos como receitas no resultado das entidades, e as contribuições concedidas pelo Estado a todas às ESFL não são registradas como receitas.

6 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

De acordo com trabalho realizado, destaca-se que embora as entidades sem fins lucrativos portarem alguns privilégios, elas necessitam obedecerem algumas obrigações tributárias, principais e acessórias, para continuarem a desfrutar de tais benefícios dados pela legislação.

A desobediência de suas obrigações podem acarretar em punição por meio de multas e encargos. Dessa forma, também compromete a continuidade da Entidade.

Devido nos últimos anos, as entidades do terceiro setor ocorreram grandes mudanças, especialmente em relação da preocupação do Governo em ter um maior controle sobre essas entidades com a intenção de regulamentar e fiscalizar.

A Lei 12.101/09 possuiu um papel fundamental para inovar a legislação que rege o setor, trazendo mais confiabilidade as entidades sem fins lucrativos, tendo em vista que deverão que provar sua fiabilidade por meio do CEBAS - Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social.

Para a sociedade, as mudanças ocorridas nas entidades do terceiro setor trazem mais seguridade, pois muitas estavam sem confiabilidade.

Ressalta-se que para os profissionais que atuam nas entidades sem fins lucrativos, não somente os profissionais da área contábil, que é necessário que esteja sempre atualizado no que diz respeito às inovações da legislação.

7 CONCLUSÃO

O presente artigo procurou apresentar as entidades sem fins lucrativos, que visam atender a sociedade nas atividades culturais, esportivas, caritativas, educacionais e religiosa, ligadas ao bem estar do próximo. No entanto a contabilidade é uma ferramenta gerencial que possibilita informações de mera relevância para diversas organização e deve ser utilizada de forma consciente.

O contador responsável deve-se atualizar em relação as diversas mudanças que ocorrem na legislação, principalmente pelo fato das diversas inovações tecnológicas que estão ocorrendo, que exigem dos profissionais da área contábil uma maior precaução às informações que são geradas pela contabilidade.

Mesmo sendo entidades sem finalidade lucrativa e possuírem alguns benefícios fiscais, não as isentam de suas obrigações para com o fisco, e é indispensável que haja um real compromisso de executarem essas obrigações, enviando informações coerentes e verdadeiras.

A indagação inicial foi respondida no decorrer deste trabalho, buscando explicar e discorrer a respeito da importância da contabilidade para as empresas sem fins lucrativos, que mesmo não visando lucro, possuem um papel de extrema importância na sociedade e necessita da contabilidade para uma análise patrimonial.

Os controles internos conduzem uma disciplina financeira à aplicação dos recursos, a implementação de fato da contabilidade visa inspecionar a rotina de orçamentos, com precisão no fluxo de caixa e contribuem na gestão e desenvolvimento da entidade.

Dessa forma, por meio das informações contidas pela contabilidade, as entidades sem fins lucrativos conseguem transparecer para a sociedade de que forma os recursos estão sendo aplicados e demonstrar a situação real que se encontra.

Conclui-se de fato, que as entidades sem fins lucrativos desempenha uma função primordial para a sociedade, tanto na parte filantrópica, quanto na parte empregatícia. A contabilidade desenvolve um papel de suprema importância para este setor, pois através dela que as entidades conseguem entender sua situação patrimonial e permanece dentro da legislação.

REFERENCIAS

BLOEDAU, Alexandre Von, LIMA, Laerte Magalhães. Importância da contabilidade para o terceiro setor. Revistas das ONGs. São Paulo: Ed. M.A.S., n. 21, Fev. 2008.

BRASIL. [Constituição (2003)]. **LEI No 10.825**: DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003.. Brasil: Arts. 44 e 2.031 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, 2003. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.825.htm. Acesso em: 15/05/2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**: PROMULGADA EM 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Ulysses Guimarães. BRASÍLIA : 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 nov. 2022

CAMPOS, Gabriel Moreira. A realidade contábil-gerencial de uma organização do terceiro setor: o caso da Fundação Otacílio Coser. São Paulo, 2003. 162p. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. ITG 2002 (R1) - entidades sem finalidade de lucros. Brasília: Diário Oficial da União, 2 de setembro de 2015. [http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/ITG2002\(R1\).pdf](http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/ITG2002(R1).pdf). Acesso em: 18/09/2022

DRUCKER, Peter F. Administração de organizações sem fins lucrativos: princípios e práticas. São Paulo: Pioneira, 1994, p.XIV.

FALCONER, Andres Pablo. A Promessa do terceiro setor: um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão, 1999. Dissertação (Mestre em Administração) – Programa de Pós Graduação em Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de São Paulo, 1999.////

FERNANDES, Rubem César. Privado porem Público: o terceiro setor na América Latina. 2. ed. Rio de Janeiro: Dumará, 1994.

FERREIRA, Juliana de Campos; SCARPINELLI, Marcelo. **UMA ABORDAGEM SOBRE O TERCEIRO SETOR NO ÂMBITO DAS ENTIDADES**. 2013.

FREGONESI, M. S. F. A.; ARAÚJO, A. M. P.; NETO, A. A.; ANDERE, M. A. Metodologia SROI: Uma Proposta para Cálculo do Valor SócioEconômico das Organizações do Terceiro Setor. Revista Contabilidade, Gestão e Governança, Universidade de Brasília, v. 8, n. 2, 2005.

Gonçalves, Sidney. Entidades Beneficentes de Assistência Social e o Certificado CEBAS. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <https://sidneyhur.jusbrasil.com.br/artigos/918607943/entidades-beneficentes-de-assistencia-social-e-o-certificado-cebas>. Acesso em: 07/11/2022.

OLIVEIRA, Eider Arantes; GODÓI-DE-SOUSA, Edileusa. **O Terceiro Setor no Brasil: Avanços, Retrocessos e Desafios para as Organizações Sociais**. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rigs/article/view/10976/11563>.

PAULA, C. L. S.; BRASIL, H. G.; MARIO, P. C. Mensuração do Retorno Social de Organizações sem Fins Lucrativos por meio do SROI – Social Return On Investment. Revista Contabilidade Vista & Revista, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, p. 127-155, jul./set. 2009

SANTOS, V. D.; CANDELORO, R. J. **Trabalhos Acadêmicos**: Uma orientação para a pesquisa e normas técnicas. Porto Alegre/RS: AGE Ltda, 2006. 149 p.

SOLDI, Alexandra Ribeiro, et.al. Transparência no terceiro setor: um estudo sobre as organizações filantrópicas. Revista Jovens Pesquisadores, v. 4, n. 1, p.1, jan-jun, 2007. Disponível em: <https://univisa.edu.br/wp-content/uploads/2022/03/Williana.pdf>. Acesso em 18/09/2022

VILANOVA, Regina Célia Nascimento. Contribuição à elaboração de um modelo de apuração de resultado aplicado às organizações do terceiro setor: uma abordagem da gestão econômica. São Paulo, 2004. 167p. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo

ZALUNCA, Júlio Cezar. Contabilidade das ONGs e transparência do Terceiro Setor CF , constituição federal . Art 6°

O DEVER JURÍDICO DO AFETO E A RESPONSABILIZAÇÃO PELA OMISSÃO PATERNA

KÉCIA LIMA DA SILVA: Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica.

WELLINGTON MIRANDA⁸¹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como desígnio evidenciar o dever jurídico do afeto e apontar a responsabilização pela omissão paterna, partindo da premissa da não banalização do abandono dos pais para com os filhos. Disserta sobre o entendimento do afeto como princípio do ordenamento jurídico, bem como, dever jurídico, fundamentado na responsabilidade civil. Deste modo, o afeto não pode ser entendido apenas como sinônimo de amor, e sim como um conjunto de vocábulos que serão apresentados ao longo da leitura. Este tema tem sido catalisador em razão da alta demanda judicial de ajuizamento de ações indenizatórias por abandono afetivo, e tem como principal fundamento o artigo 227 da Constituição Federal e embasamento em pesquisas científicas e doutrinárias.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Afeto. Dever jurídico. Responsabilização. Omissão paterna.

INTRODUÇÃO

O índice de pais ausentes é cada vez mais crescente no mundo. Em específico no Brasil, segundo dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), cerca de 12 milhões de mães criam seus filhos sozinhas, ou seja, mais de 5,5 milhões de brasileiros não portam registro paterno em seus documentos pessoais.

É indiscutível a importância da filiação reconhecida e a convivência familiar para um indivíduo, é em razão disso que a Constituição Federal Brasileira assegura o direito à paternidade e à maternidade um direito fundamental, logo sendo o princípio da dignidade humana, o princípio mistagogo do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, é possível concluir que a omissão da maternidade e/ou paternidade fere diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

81 Orientador. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro Oeste (2005) e graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Estadual do Maranhão (1992). Atualmente é Analista Ministerial - ciências jurídicas - Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins e professor mestre da Centro Universitário Católica do Tocantins (UNICATÓLICA) desde 2009. Mestre em prestação jurisdicional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus/DF e em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT, Atuando na docência há 34 anos, no ensino fundamental, médio, pré-vestibular e superior nas áreas de Medicina Veterinária, Agronomia, Zootecnia e Direito, principalmente nas seguintes áreas de Direito Administrativo, Civil, Penal, Processual Penal, Tributário, Comercial, Consumidor e Agrário. Especialista em metodologias ativas pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA

Meados do século XX, mais precisamente em 12 de outubro de 1927, frente à situação de abandono significativo das crianças, exposição destas à criminalidade e o alto índice de mortalidade infantil, foi inserido na história do Brasil o Código de Menores, o primeiro decreto voltado à população infanto-juvenil. Esse código foi marcado por estabelecer a inimputabilidade dos jovens até os 17 (dezessete) anos, ou seja, os jovens a partir de 18 (dezoito) anos que viessem a cometer condutas delituosas, seriam responsabilizados penalmente pelos seus crimes. Bem como determinar a intervenção do Estado em casos de menores infratores e crianças abandonadas, tais como a formação de juizados e conselhos de assistência. O Código de Menores também foi a alavanca inicial dos direitos trabalhistas dos trabalhadores menores, uma vez que o mesmo proibiu o trabalho para aqueles menores de 12 (doze) anos, passou a exigir a preparação dos trabalhadores menores de 14 (quatorze) anos e vetou a prática de atividades perigosas e que expusessem à integridade física e mental dos trabalhadores menores.

Com advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, mudanças vultosas aconteceram, logo, foi o marco de uma nova fase ulterior à ditadura. A Constituição aproximou-se dos ideais seguidos pela Revolução francesa, tais como a liberdade, fraternidade e igualdade. Dessa forma, a população passou a ter maior participação nas decisões de interesse do Estado, apresentando uma nova era no país.

O legislador foi cirúrgico ao elaborar o artigo 227 da referida Constituição, neste é evidenciado o dever da sociedade, da família e do Estado assegurar à criança e ao adolescente. A partir da inserção dele na lei, a sociedade e parlamentares passaram a olhar sob uma perspectiva mais democrática. No entanto, por efeito de incontáveis movimentos e mobilizações sociais durante o processo constituinte, que em 13 de julho de 1990, sob a lei de nº 8.069, entra em vigor o Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), dotado de transformações, melhorias e segurança aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma normatização jurídica que substituiu o Código de menores disposto na Lei 6.697/1979, em seu bojo há alterações da nomenclatura, de Código para Estatuto; do termo Menor para a expressão Crianças e Adolescentes; a substituição do preceito da situação irregular para a proteção integral da criança e adolescentes sujeitos de direitos.

O Estatuto discerne crianças e adolescentes: criança é a pessoa de até 12 anos incompletos, adolescente é a pessoa entre 12 e 18 anos de idade.

A lei tem como desígnio a proteção integral à criança e ao adolescente, e traz consigo a vedação da exploração, negligência, violência, discriminação, crueldade, opressão. Ademais, o Estatuto garante os direitos inerentes às crianças e adolescentes, tais como o direito à vida, alimentação, saúde, educação, esporte, lazer, à convivência familiar.

Dentre os maiores marcos do ECA, podemos destacar a lei 10.097/2000, conhecida como Lei da Aprendizagem, que apoia adolescentes e jovens entre 14 e 24 anos que desejam adentrar

no mercado de trabalho e que estejam matriculados em alguma instituição de ensino. O adolescente e jovens que são admitidos pelo órgão empregador regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e simultaneamente matriculado em curso de aprendizagem profissional, responsável pela qualificação do jovem aprendiz. A lei prevê direitos e deveres tal como uma carga horária adaptada ao nível de escolaridade, assinatura da carteira de trabalho e os benefícios inerentes dela. A lei é voltada também às pessoas com deficiência, sem limite de idade. A Lei de Aprendizagem promove a inclusão social, a pluralidade no ambiente profissional, a diversidade de características e comportamentos, resultando na redução de desigualdades sociais.

O ECA proporcionou a criação de órgãos que tencionam a garantia do cumprimento das diretrizes dele, um deles é o Conselho Tutelar, órgão público municipal que garante a participação direta da sociedade, com atribuição de tutelar o cumprimento dos direitos da criança e do adolescente e assenta deveres e obrigações à família, comunidade e ao poder público.

Dessa forma, é indubitável o dever da família, sociedade e do poder público de assegurar integralmente a efetivação dos direitos pertencentes às crianças e adolescentes, de modo que seja garantido a estes o previsto no art. 4 da Lei 8.069/1990:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

No entanto, tratando-se da convivência familiar, ainda há uma lacuna na vida de centenas de crianças e adolescentes que se encontram em situação de abandono pelos genitores.

2.AFETO COMO DEVER JURÍDICO

Afeto na língua portuguesa é um substantivo masculino que tem como significado o sentimento terno de afeição por pessoa ou animal; amizade, bem como a manifestação de sentimento ou paixão. *Afeto* tem origem no vocábulo latino *affectus*, que traduz disposição, estar inclinado a. A raiz advém do termo *afficere*, que corresponde a afetar, fazer algo a alguém.

O afeto por muitas vezes é entendido como demonstração de carinho, beijo, abraços, no entanto, não é tão somente essas designações, o afeto vai muito além do contato físico e está intensamente interligado ao verbo afetar, ou seja, aquilo que é possível de afetar, de sentir-se afetado, seja de maneira positiva ou negativa.

Embora não haja precisamente uma harmonia quanto ao significado do termo *afeto*, há correntes doutrinárias que defendem sua perspectiva diante da ótica plurívoca.

Para Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino de Rosa (2021) os signos *afeto* e *amor* são usados erroneamente como expressões sinônimas, todavia são termos diferentes e com significados distintos, e que por vezes o uso delas é de forma descuidada e até romantizada.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2018) o afeto não é somente um sentimento, e sim uma manifestação subjetiva que se exterioriza e é alcançável pelo mundo jurídico nas condutas objetivas de cuidado, solidariedade, responsabilidade, exercício dos deveres de educar, assistir etc., demonstradas nos relacionamentos e convivência familiar.

Na semântica jurídica o afeto é um fato social e psicológico. O afeto para o direito de família não é apenas um sentimento, ele é um *ato-fato continuum*, um dever de cuidado, de assistência e responsabilidade, tal afirmação não implica dizer na obrigação de amar alguém, no entanto, tratando-se do afeto nas relações parentais, é exigível o compromisso e responsabilidade. A afetividade geradora de direitos e obrigações é aquela que depende da conduta de assistência e cuidado, facilmente identificado na relação entre pais e filhos.

Entretanto, não é o afeto que interessa ao direito, o que de fato interessa são as relações sociais de natureza afetiva que constroem condutas suscetíveis à incidência de normas jurídicas.

É perceptível a existência indispensável do afeto em nas relações de família, o mesmo está no âmago da união estável, na adoção, na família monoparental e homoafetiva e dentre outras relações familiares, conjugais e parentais.

É imprescindível o reconhecimento da tutela jurídica do afeto pela Constituição. A construção doutrinária promovida pelo Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM) reconheceu o vínculo da afetividade como elemento identificador das relações familiares. O afeto ocupou lugar de princípio jurídico fundamental.

Para Maria Berenice Dias, a afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.

Um grande passo no direito de família foi o reconhecimento da afetividade como princípio. A mesma é um princípio implícito na norma constitucional, e está alicerçado no princípio da dignidade humana.

O Princípio da afetividade parte da premissa do **dever jurídico**, direcionado às pessoas que detenham vínculos de conjugalidade e parentalidade, as quais têm como base uma relação mútua de afetividade. Posteriormente, como segundo pressuposto, podemos identificar a presença de vínculo familiar reconhecido, seja ele de conjugalidade e parentalidade. O princípio da afetividade permitiu a compreensão de família para além da consanguinidade e laços jurídicos.

Há muitos anos a filiação deixou de ser apenas filhos legítimos, ou seja, filhos dos mesmos genitores concebidos dentro do casamento, a definição de filiação foi ampliada e passou a existir acerca de três espécies: filiação biológica, filiação socioafetiva e adoção.

A filiação biológica, segundo o Código Civil brasileiro, trata-se de parentesco civil ou natural, advindo da endogamia. A filiação socioafetiva, que consiste no afeto, é uma relação mútua

de convivência exercida entre pais e filhos. A adoção é o ato de tornar filho, é a criação de vínculo afetivo entre o adotante e o adotado, inserindo-o num ambiente familiar.

Entretanto, o conceito de familiar se habitua em conformidade ao cumprimento de sua função social, e em todas as definições de família é possível localizar a presença do afeto, portanto, pode-se exprimir que sem afeto não há laços familiares.

O dever jurídico do afeto consiste no dever imposto aos pais em relação aos filhos. Como já descrito, o afeto no âmbito da juridicidade, vai muito além do sentimento e relaciona-se com a responsabilidade e o dever de cuidado. É por esta razão que o afeto pode ser fruto de uma obrigação jurídica e fonte de responsabilidade civil, salienta-se o princípio da afetividade concomitantemente à paternidade responsável incide o estabelecimento da responsabilidade civil.

Há uma interface entre a responsabilidade civil e o direito de família, no entanto, o recorte será feito especificamente no abandono afetivo.

A responsabilidade civil tem como sentido principal o dever de reparar de alguma forma os danos causados a outrem, no caso do dano psicológico, o mesmo é irreparável, no entanto, é através da responsabilidade civil que o causador do dano é responsabilizado pela sua conduta.

O doutrinador Plácido e Silva conceitua Responsabilidade Civil da seguinte forma:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção (SILVA, 2010, p. 642).

O instituto da responsabilidade civil está fundamentado no art. 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O ato ilícito equivale ao descumprimento de uma obrigação, ocasionando a lesão a direitos de terceiros. O direito lesionado gera responsabilidade civil, ou seja, o dever de reparar o dano.

No entanto, para caracterizar a responsabilidade civil faz se necessária a observância de três pressupostos, conforme entendimento de Maria Helena Diniz: 1) um ato de natureza comissiva ou omissiva; 2) nexa causal entre o dano e a ação; 3) Dano moral ou patrimonial ocasionado por uma conduta comissiva ou omissiva do agente.

Presentes os pressupostos citados, numa relação de família, mais especificamente entre pai e filho, estão presentes o instituto da responsabilidade civil.

3.ABANDONO AFETIVO

A Constituição Federal em seu capítulo VII, versa sobre os direitos e deveres da família, criança, adolescente, jovem e idoso.

Em seu art. 227 dispões sobre os deveres familiar, da sociedade e do Estado:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ainda, o art. 229 expressa:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

É indubitável o entendimento que todo e qualquer indivíduo tenha o direito de gozar do que salienta a lei, no entanto, a realidade está cada vez mais antagônica ao ordenamento jurídico. O número de filhos que crescem sem a presença e apoio dos pais é alarmante. Bebês que são deixados em lugares inusitados não acontece só nos filmes, crianças deixadas com conhecidos ou parentes, pais que saem para comprar cigarros e nunca mais voltar. São incontáveis situações que os pais são omissos aos deveres que lhe são inerentes. Não que este seja um ato digno de justificativa, mas há pesquisas que expressam possíveis motivos que levam um pai ao abandono do filho, tais como:

a) Uso de drogas e álcool

O abuso do uso de drogas e álcool é um dos problemas recorrentes que influenciam no abandono do lar. Um dos primeiros indícios do abandono é a negligência com a família e até mesmo a violência, por conseguinte a exclusão social e após isso o abandono familiar definitivo.

b) Gravidez inesperada e indesejada

O susto, a negação, o medo e a insegurança são fatores que influenciam diretamente no abandono e por muitas vezes, nos casos das genitoras, até no aborto. Alguns momentos de sexo desprotegido e descuidado podem gerar uma vida, que na maioria das vezes pagam pelo arrependimento e irresponsabilidade dos pais.

c) Deserção de responsabilidade

Criar um filho exige muita responsabilidade e dedicação, e não são todos que estão preparados e querem assumir essa obrigação. Pais e mães imaturas acabam por optar pelo “caminho mais fácil e cômodo”: entregar o filho para adoção ou parente/conhecido, abandoná-lo em qualquer lugar ou, a pior das escolhas: o aborto.

d) Dissolução do casamento

Com o rompimento da relação entre os genitores, os filhos sofrem perdas afetivas eloquentes, pois para eles é difícil entender o afastamento repentino e por muitas vezes o abandono. Existem pais que não sabem separar o vínculo da conjugalidade do vínculo da parentalidade. A relação entre pai e filho não se dissolve com o fim do casamento, tampouco os deveres de pai para com o filho.

Abandono significa dizer que é o ato ou efeito de desistir, renunciar, abandonar; afastamento, desistência, renúncia. Abandono afetivo é a omissão de cuidado, assistência física, psíquica, educacional, omissão moral e social que os pais cometem na criação dos filhos. Essa situação é mais comum na infância ou na adolescência.

Quando abordado o tema abandono afetivo, é comum a associação errônea ao pagamento de pensão alimentícia, entretanto, a expressão abandono afetivo não diz tão somente ao inadimplemento do dever de pagar alimentos, isto é, ainda que o genitor efetue o pagamento corretamente da pensão alimentícia e não cumpra o dever de convívio e cuidado, este será omissivo. O pai ausente não é unicamente aquele que não possui vínculo e convivência com o filho. O pai ausente também é aquele que proporciona ao filho apenas o sustento material e por muitas das vezes nem isso.

A omissão de cuidado configura ato ilícito violador de normas infraconstitucionais, bem como o direito fundamental à convivência familiar, disposto no art. 227 da Constituição Federal.

O direito dos filhos é amparado pelos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil, segundo o qual o pai ou mãe que não detém a guarda do filho também possui obrigações de cuidado, manutenção e educação, além do amparo pecuniário:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e cumprir as determinações judiciais.

O pagamento isolado da pensão alimentícia não encerra o cumprimento das obrigações de pai ou mãe, sendo a convivência e assistência moral, deveres indispensáveis à construção da personalidade equilibrada do filho, exigindo de ambos os pais atenção, presença e orientação.

Nesse sentido, o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole é inescusável, e, por óbvio, envolve necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico do filho.

A responsabilidade se traduz no dever de cuidar, criar, educar e acompanhar, assegurando a dignidade da pessoa humana e a proteção dos interesses da criança e adolescente. Este dever de cuidado, decorrente do poder familiar, quando ignorado, desdobra-se em ato ilícito, devendo ser indenizado.

Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1159242/SP, RECURSO ESPECIAL 2009/0193701-9, terceira turma, Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 10/05/2012.)

Ademais, todo e qualquer indivíduo, para ter estrutura como sujeito e se desenvolver de maneira íntegra e saudável, necessita de alimentos não só para o corpo, mas também para alma. O alimento fundamental para a alma é o afeto, o amor, o cuidado, a atenção.

A base de um indivíduo é a família, a responsável por fazer parte da formação psíquica, moral e social deste. É na família que a criança encontra o amparo, proteção e segurança para a sua sobrevivência. Via de regra, os genitores são os detentores do poder familiar.

É comum o abandono afetivo iniciar após o fim da união dos genitores, apesar do ponto final do relacionamento tratar-se de um direito potestativo, isto é, aquele que é incontestável, incontroverso; quando há filhos de ambas as partes, não é tão simples dar adeus à relação, virar as costas e desaparecer.

O mal do século está voltado aos pais que não assumem seus deveres paternos, não participam da criação, desenvolvimento e formação dos filhos, muitos dos genitores se negam a registrar os filhos. É importante salientar que o fim da conjugalidade dos genitores não incumbe ao fim da paternidade, logo o egoísmo é de grau tão elevado que o fato de que os filhos são as grandes vítimas e as partes que mais sofrem, é esquecido. O que era amor vira ferida. Todavia, o vínculo existente entre pai e filho se dissolve apenas com a morte de uma das partes.

A inserção de um filho na sociedade decorre da convivência em família, da relação afeto existente entre os membros. No entanto, com enfoque na figura paterna, o exercício da paternidade jamais poderá estar vinculado unicamente ao suprimento das necessidades materiais, bem como já mencionado os seres humanos são seres afetivos e necessitam de alimentos para a alma. A omissão da função paterna, especificamente na infância, ocasiona sofrimentos de ordem psíquica, moral e afetiva irreversíveis à criança. Indubitavelmente as maiores consequências negativas decorrentes do abandono são de ordem psíquica. O sentimento de abandono e rejeição pode acompanhar o indivíduo durante toda sua vida. A primeira infância é a fase de maior importância na formação e desenvolvimento da criança, em razão disso, os grandes impactos são absorvidos e internalizados por esta, e refletem diretamente na vida adulta, o que pode dificultar relações futuras, até mesmo ocasionar problemas de baixa autoestima, insegurança e até mesmo quadros mais sérios de transtornos de personalidade e quadros depressivos.

Sendo o exercício da maternidade e paternidade - em razão do estado de filiação - é um bem indisponível para o Direito de Família, é por esse motivo que o descumprimento e a omissão geram ofensas aos princípios morais da ordem constitucional e civil.

Amparada na famigerada frase da Ministra Fátima Nancy: amar é faculdade, cuidar é dever, que esta conduziu a origem do dever de indenização resultante do abandono que ocasiona dano moral.

4.A RESPONSABILIZAÇÃO PELA OMISSÃO PATERNA

Conforme entendimento de Giselda Hironaka (2007, online),

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que essa personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

Superada a demonstração de que o ordenamento jurídico dispõe sobre os deveres inescapáveis inerentes à paternidade, resta analisar se a omissão constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral indenizável. Conforme previsto no arts. 186 e 927 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Primeiramente, é necessário refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, a ponto de motivar a responsabilização. A responsabilidade civil subjetiva surge com uma ação ou omissão que resulta em dano a terceiro. Analisa-se no presente caso especificamente quanto à negligência de alguém que, mesmo obrigado a praticar determinado ato, o deixa de fazer.

A negligência quanto aos deveres da paternidade também é prevista na Constituição Federal, em seu art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Importante destacar, o debate é técnico, não se mensura o sentimento do amor, mas sim a verificação do cumprimento de uma obrigação legal, reconhecida como o dever de cuidado. Este pode ser verificado objetivamente, em ações concretas, como presença, contato, cuidado, acompanhamento educacional, médico etc.

Demonstrado que a negligência do dever de cuidado é ilícito civil, importa ainda, para caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e nexos causal, o mesmo por

muitas vezes é identificado em problemas de ordem psicológica diretamente ligados à negligência paterna.

Com esse enfoque, segundo Maria Berenice Dias (2017, p. 13):

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, nem como princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa danos é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas.

Com isso, diante dos casos de abandono afetivo é cabível a fixação de indenização em razão do descumprimento ao dever de cuidado e assistência. Essa responsabilização é de caráter objetivo, portanto, é suficiente o nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

Importante destacar não tratar-se de valoração do amor, mas sim de caráter punitivo e sancionatório pela omissão do dever imposto por lei. Não se pode banalizar o ato de um genitor conceber um filho e simplesmente lhes negar o direito fundamental à convivência familiar, ao afeto, assistência e ao acompanhamento do desenvolvimento e formação deste. É necessário o entendimento dos genitores que fornece apenas o alimento não é suficiente, os indivíduos precisam de mais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crianças e adolescentes são sujeitos de direito perante o Estado, à sociedade e à família. Com enfoque nos genitores, estes possuem deveres irrenunciáveis para com sua prole, o sustento, a guarda, a educação; bem como a assistência, **o afeto**, a convivência e o cuidado.

O afeto pode ser caracterizado por um conjunto de atos que alentam relações intersubjetivas, dentre eles está o apego, o cuidado, a proteção, a atenção, são ações que alimentam a alma e que todo indivíduo necessita, pois todos são seres afetivos.

O genitor que se nega cumprir seus deveres como pai está violando princípios expressos do ordenamento jurídico, como o princípio da dignidade humana e princípio da personalidade. A ausência do afeto ocasiona consequências negativas e irreversíveis aos filhos, são estes que carregam consigo durante toda a vida os danos emocionais e transtornos psicológicos.

Em razão da omissão do dever de cuidado tratar-se de conduta que lesiona os direitos de outrem (ato ilícito) o genitor pode ser responsabilizado pelos danos causados mediante indenização por abandono afetivo. Destaca-se que o tema em questão não tem como entendimento a coação pelo amor ou a monetização do afeto, e sim, o reconhecimento do caráter punitivo e educativo pelo enjeitamento e o desprezo do pai para com o filho.

Não punir tal conduta é banalizar o ato, premiar os genitores negligentes e omissos, fazendo multiplicar os agentes, portanto, a indenização concerne em sanção que tem caráter sancionatório e reparativo, apesar da pecúnia não compensar o dano causado e o desamor.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro**. Código Civil, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm Acesso em: 02/08/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1159242/SP (2009/0193701-9)**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 10 de maio de 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865731390/inteiro-teor-865731399>. Acesso em 12 out. 2022.

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

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9º ed. Editora RT: São Paulo, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Teoria Geral do Afeto**. 2. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto**: análise econômica do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+a+bandono+afetivo>. Acesso em: 12 out 2022.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos Fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DO AUXÍLIO DOENÇA AO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA: ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE LABORAL DO SEGURADO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

JAIRO BONFIM NAZARENO FILHO:
graduando em Direito pela Universidade
Federal de Tocantins.

NILTON VALE CAVALCANTE

(orientador)

RESUMO: Este artigo objetiva identificar como as alterações legislativas refletiram na disciplina do auxílio por incapacidade temporária, no Regime Geral de Previdência Social, desde a sua regulamentação, na Lei nº 8.213/1991. Para tanto, contextualiza os benefícios previdenciários no âmbito da Seguridade Social; identifica os fundamentos e requisitos legais para a concessão do auxílio por incapacidade temporária no RGPS; e verifica as alterações no regime do auxílio-doença previdenciário e acidentário desde o advento da Lei nº 8.213/1991. Como metodologia optou-se pela revisão de literatura qualitativa em livros e artigos de autores que se dedicam ao tema em análise, pautando-se nas alterações que refletiram no instituto desde a sua regulamentação no ano de 1991, o que permitiu contextualizar as mudanças, averiguando questões como carência e renda mensal inicial, critério quantitativo.

Palavras-chave: Previdência Social. Benefícios. Auxílio por incapacidade temporária.

ABSTRACT: This article aims to identify how the legislative changes reflected in the discipline of sickness benefit, in the General Social Security System, since its regulation, in Law nº 8.213/1991. To do so, it contextualizes the social security benefits within the scope of Social Security; identifies the legal grounds and requirements for granting sick pay in the RGPS; and verifies the changes in the pension and accident sickness benefit regime since the advent of Law nº 8.213/1991. As a methodology, we chose to review qualitative literature in books and articles by authors who are dedicated to the topic under analysis, based on the changes that have reflected in the institute since its regulation in 1991, which allowed us to contextualize the changes, verifying issues such as grace period and initial monthly income, quantitative criteria.

Keywords: Social Security. Benefits. Illness allowance.

1 INTRODUÇÃO

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) foi instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), unificando os antigos regimes de previdência social urbana e rural. Na sequência, a Lei nº 8.213/1991, dispôs sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social (PBPS), com destaque para o auxílio-doença, benefício previdenciário que busca

a cobertura de eventos como doença e invalidez temporária, nos termos do art. 201, inc. I, do texto constitucional vigente (SANTOS, 2019).

Outrossim, é mister pontuar que benefício por incapacidade temporária é a nova nomenclatura empregada para fazer menção ao antigo “auxílio-doença”. Essa atualização foi realizada por força de lei, logo após a Reforma da Previdência, instituída pela Emenda Constitucional (EC) nº 103, aprovada em 2019.

O art. 201, caput e inc. I, da CRFB/1988, com a redação que fora atribuída pela EC 20/1998, previa que a Previdência Social, nos termos da lei, atenderia à cobertura do evento doença. A lei mencionada pela CRFB/1988, como sabido, é a Lei 8.213/1991, que intitulou essa prestação previdenciária de auxílio-doença (art. 18, I, e).

No entanto, a insígnia auxílio-doença levava, por vezes, a uma errônea compressão acerca desse instituto, uma vez que o risco social efetivamente coberto não é a doença, mas sim o estado de incapacidade para o trabalho (segurados obrigatórios) ou para as atividades habituais (segurados facultativos).

O simples estado mórbido não propicia essa cobertura previdenciária se não houver repercussão no desempenho da atividade laborativa ou nas atividades habituais, conforme redação do art. 69 do PBPS. No empenho de corrigir essa imperfeição, a EC 103 conferiu uma nova redação ao inc. I do art. 201 da CRFB/1988 conforme já referido.

Embora o auxílio por incapacidade temporária não tenha sido efetivamente alcançado com a recente Reforma Previdenciária, implementada pela EC nº103/2019, desde a sua regulamentação, pela Lei nº 8.213/1991 sofreu várias alterações, seja quanto a renda mensal inicial e critério quantitativo do cálculo, seja quanto à exigência de carência, por exemplo.

Dentro desta conjuntura, este trabalho procura fazer uma contribuição na área do Direito Previdenciário, pois se propõe enfaticamente na compreensão das alterações implementadas na disciplina do auxílio por incapacidade temporária desde a regulamentação do benefício na Lei nº 8.213/1991, mormente as limitações instituídas pela Lei nº 13.846/2019.

2 A EVOLUÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL

De acordo com Savaris (2008), a evolução histórica que resultou no surgimento e consolidação do Estado de Bem-Estar Social, ou *Welfare State*, no pós-guerra do século XX, mostra uma virada institucional que determinou a progressiva intervenção estatal no âmbito da esfera individual dos cidadãos. A crescente insatisfação com o clássico Estado liberal burguês abstencionista do século XVIII foi determinante no processo de alargamento da proteção e promoção de direitos e garantias, evidenciando

[...] as conquistas sociais em direitos humanos que impuseram ao Estado um rol de obrigações positivas destinadas à proteção social das pessoas carentes e dos trabalhadores em geral, providenciando, assim, a manutenção de um patamar mínimo de vida. (MORATO; SILVA, 2015, p. 105).

As novas demandas coletivas exigiram uma reestruturação política e legislativa que possibilitou a crescente positivação de direitos sociais, culturais e econômicos, como os direitos trabalhistas, previdenciários e os relativos à educação, saúde e moradia – os quais Norberto Bobbio definiu como sendo os direitos de segunda geração (BOBBIO, 2014).

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, representou um tímido avanço na instituição dos direitos sociais no ordenamento jurídico pátrio. A estratégia varguista de incorporação dos trabalhadores no governo acabou por contemplar direitos fundamentais de ordem econômica e social, ao lado dos tradicionais direitos individuais, políticos e de nacionalidade. (BARROSO, 2009, p. 18).

Contudo, foi somente em 1988, com a promulgação da Carta Cidadã, que o Estado brasileiro firmou sério compromisso com os direitos sociais e garantias fundamentais, instituindo um regime democrático orientado pela máxima valorização da dignidade da pessoa humana.

É neste contexto que a Seguridade Social ganha tratamento privilegiado e exaustivo, explicitada no Capítulo II do Título VIII da Constituição, abarcando os subsistemas da Saúde, Previdência Social e Assistência Social. Conforme preceitua o próprio texto legal, em seu art. 194, “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988, s.p.).

Apesar de Previdência e Assistência originarem-se do mesmo fundamento teórico, estas se diferenciam no viés prático; a Assistência é destinada ao auxílio existencial das pessoas carentes, sem exigência de contraprestação por parte do assistido; já a Previdência, comportando rol muito mais ampliado de benefícios, através de um sistema integrado de orçamento próprio gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS exige efetiva contribuição dos segurados, que, uma vez preenchidos os requisitos legalmente estabelecidos, adquirem direito à percepção de determinado benefício.

A distinção entre a proteção conferida pela assistência e previdência é precisada nos dizeres de Morato e Silva:

[...] a tutela conferida pela assistência social se sustenta na ideia de proteção dos outros, dos não adaptados ou não inseridos no sistema, beirando a comisseração, como já restou estampado, inclusive, em decisão do Superior Tribunal de Justiça. Por sua vez, a tutela da previdência social se destina aos

semelhantes, normais, enfim, os integrantes, que, em determinado momento de sua vida, tornaram-se elegíveis a um dos benefícios do seguro social contratado (MORATO; SILVA, 2015, p. 114).

Desta maneira, a Previdência Social brasileira surge, à primeira vista, como verdadeiro mecanismo de inclusão, destinado à salvaguarda de indivíduos que se encontram em situações de vulnerabilidade social que os impossibilite de prover o próprio sustento mediante o advento de uma contingência social.

Os riscos a que qualquer cidadão está sujeito, se antes eram tratados como problemas individuais, passam a ser cobertos por toda a coletividade, em prol da concretização dos objetivos constitucional-republicanos de erradicação da pobreza e redução de desigualdades. O discurso jurídico que deu origem à previdência fundamenta-se na própria finalidade da mesma, que é da “garantia plena da manutenção do segurado e seus dependentes em caso de algum advento infeliz, como a doença, a invalidez, ou mesmo a velhice” (IBRAHIM, 2022, p. 22).

Porém, apenas cinco anos após a promulgação da Constituição, iniciaram-se sucessivas reformas legislativas nas regras de custeio e de benefícios, fundamentadas na retomada do discurso economicista, baseando-se neste, o sistema securitário, paulatinamente, passou a ser orientado não mais pelo viés da proteção social, mas sim por critérios de economia política.

A aplicação da lógica capitalista neoliberal ao sistema de seguridade social, firmada em ideias de austeridade econômica e contenção do déficit público, acabou por dificultar cada vez mais o acesso aos benefícios previdenciários pelos segurados, deixando-os expostos aos riscos e acentuando a marginalidade que o próprio sistema se propôs a combater.

Percebe-se que, a despeito da pretensão teórica que confere à previdência social caráter universalista e inclusivo, no que tange à alteração legislativa, “a previdência social se constitui o principal foco das reformas, sendo identificada como a expressão de interesses retrógrados que impedem o crescimento da economia” (LANZARA; SILVA, 2018, p. 15).

3 MEDIDA PROVISÓRIA 871/2019 E SUA CONVERSÃO NA LEI 13.846/2019: IMPACTOS NO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

A MP 871/2019, que entrou em vigor na data de 18.01.2019, editada nas primeiras semanas do novo mandato presidencial e, posteriormente, convertida na Lei 13.846/2019, que passou a vigorar em 18 de junho, modificou significativamente diversos dispositivos das Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, que tratam, respectivamente, sobre as regras de custeio e concessão dos benefícios da Previdência Social.

Esta recente alteração, em que pese sua extensão e profundidade, mostra-se, na realidade, como um verdadeiro desenrolar aprofundado da revisão legislativa que já vinha sendo feita nos últimos dois anos (2016-2018), ainda no Governo Temer, responsável por intensificar o programa de combate a fraudes relativas a benefícios previdenciários por incapacidade geridos pelo INSS, que ficou popularmente conhecido como “operação pente-fino”⁸².

Aliás, o discurso oficial adotou o “pente-fino” e a cassação de benefícios irregularidades como mote de retórica para aprovação e conversão em lei da nova medida provisória; mas o que temos com sua proposição, em realidade, é o prenúncio do esvaziamento do direito de proteção social, uma verdadeira minirreforma do sistema de previdência social (IBRAHIM, 2022).

Dentre os temas abrangidos pela MP, destacam-se: 1) Instituição do Programa Especial de Revisão de Benefícios com indícios de irregularidades e criação de Bônus financeiro para Peritos Médicos e servidores do INSS envolvidos nesse programa; 2) Carência, em particular a carência de reingresso; 3) Alteração dos Requisitos para concessão do benefício de auxílio-reclusão; 4) Alteração do formato de cadastramento dos segurados especiais, em especial do trabalhador rural; 5) Alterações na forma de cobrança dos benefícios tidos como irregulares, passando a ser possível a penhora do bem de família; 6) Alterações no funcionamento da contagem recíproca de contribuição, limitando-a em certos casos; 7) Proibição de inscrição *post mortem* dos segurados facultativo e contribuinte individual; 8) Alterações das regras de pensão por morte no RGPS; 9) Quebra de sigilo médico automática em relação a aposentados; 10) Alteração da estrutura administrativa do INSS, em particular a criação da carreira de Perito Médico Federal; 11) Previsão em lei expressa do processo administrativo eletrônico e; 12) Criação de procedimento para restituição imediata de valores creditados indevidamente por ocasião do óbito de beneficiário (NASCIMENTO, 2022).

O programa de revisão inaugurado pela MP 871/2019 é mais amplo e generalizante do que outros “pente-fino” efetivados pelas MPs 739/2016 e 767/2017. Naquelas, havia limitação expressa quanto à revisão dos benefícios por incapacidade, enquanto no novo pente fino qualquer benefício poderá ser revisado.

3.1 Alterações nas regras de carência

Carência é o número mínimo de contribuições indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício previdenciário, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses relativos às suas competências. É o período durante o qual o segurado contribuiu, mas ainda não tem direito a certas prestações. Assim, por exemplo, para fazer jus ao benefício de o auxílio por incapacidade temporária, o segurado necessita verter no mínimo 12 contribuições.

⁸² Medida Provisória 739/2016, que também alterou a Lei de Benefícios (Lei 8.213/1991), editada pelo então Presidente Michel Temer.

Acerca do reingresso ao sistema para fazerem jus novamente a qualidade de segurado, com a finalidade do acesso aos benefícios pretendidos, o novo artigo assim dispõe:

Art. 27-A. Na hipótese de perda da qualidade de segurado, para fins da concessão dos benefícios de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez, de salário-maternidade e de auxílio-reclusão, o segurado deverá contar, a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com metade dos períodos previstos nos incisos I, III e IV do caput do art. 25 desta Lei. (BRASIL, 2019, s.p.)

Ocorre que, com o desenrolar do processo legislativo de conversão da MP 871/2019 na Lei 13.846/2019, alterou a sistemática, prevendo a necessidade de contribuição de metade das contribuições necessárias para reaquisição da qualidade de segurado, restabelecendo, dessa forma, o comando normativo da Lei 13.457/2017.

4 ALTERAÇÕES NAS REGRAS DO auxílio POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA NO RGPS

Os benefícios previdenciários pensados para proteger as contingências sociais acima elencadas estão definidos, como cediço, na Lei 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social (PBPS).

A Lei 8.213/1991 prevê taxativamente três benefícios por incapacidade, a saber: aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente. Os critérios para a concessão destes benefícios e a sua forma de cálculo são encontrados no referido diploma legal, ou seja, há expressa regulamentação infraconstitucional a respeito (COGOY; CÉSAR, 2020).

O benefício por incapacidade temporária, previsto nos arts. 59 a 63 da Lei de Benefícios é reservado ao segurado que, após cumprir a carência exigida, quando necessário, ficar incapacitado para o exercício de sua atividade habitual por período que exceda 15 dias consecutivos.

No que se refere ao valor do benefício de o auxílio por incapacidade temporária aos segurados do RGPS, o art. 61 da Lei 8.213/1991 reza que: "O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário de benefício [...]" (BRASIL, 1991, s.p.).

O auxílio por incapacidade temporária, nos termos do art. 19 da Lei 8.213/1991 pode ter natureza comum, previdenciária, quando decorrente de incapacidade laboral oriunda de um processo de adoecimento qualquer, ou natureza acidentária, quando derivado de um acidente do trabalho.

O conceito de incapacidade laboral é objeto de intensa disputa judicial, variando de uma perspectiva unicamente clínica/fisiológica, que é aquela adotada pelo INSS, para uma perspectiva

mais ampla, que considera também as condições socioeconômicas em que está inserido o segurado, bem como a profissiografia da atividade laboral especificamente desenvolvida (NASCIMENTO, 2022).

Neste sentido, deve-se pensar em uma perícia biopsicossocial para demonstração da incapacidade laboral (CUSTÓDIO, 2022). Essa perspectiva tem sido admitida pela jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais.

Sublinhe-se, nesse sentido, a Súmula 78/TNU: “Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença”.

Porém, não pode passar despercebida a Súmula 77/TNU: “O julgador não é obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual”.

É importante frisar que a EC 103/2019 alterou a redação da CRFB/1988, art. 201, inc. I, que agora passa a prever, no RGPS, a “cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho” (BRASIL, 2019, s.p.), o que pode propiciar alteração na hermenêutica deste benefício previdenciário. O auxílio-doença, por sua vez, passa a ser denominado benefício por incapacidade temporária.

Sobre o benefício por incapacidade temporária, denominação esta que melhor espelha o pressuposto para a condição do benefício, destaque-se que não basta estar doente, a doença há de gerar uma incapacidade temporária para o trabalho.

O agravamento da incapacidade, que pode se tornar em incapacidade laboral definitiva pode ensejar a transformação do benefício por incapacidade temporária em aposentadoria por incapacidade permanente (NASCIMENTO, 2022).

A fluidez do quadro de incapacidade laboral se reflete também nas ações previdenciárias, sendo admitida certa fungibilidade dos pedidos formulados em juízo: é corriqueiro que se pleiteie a concessão do benefício da aposentadoria por invalidez e se obtenha apenas o auxílio por incapacidade temporária; igualmente é recorrente pedir-se apenas o auxílio por incapacidade temporária e se obter desde logo a aposentadoria por invalidez, tendo em vista o agravamento da perda de condição laboral, sem que isso implique em julgamento *extra petita* (CUSTÓDIO, 2022).

De outra parte, a incapacidade laboral é revista periodicamente pela Previdência Social, para que seja constatada sua permanência ou sua cessação. Atualmente, esse procedimento possui tratamento específico e mais rigoroso no Programa de Revisão, trazido pela Lei 13.846/2019 (Operação Pente Fino).

O auxílio por incapacidade temporária exige, em regra, 12 meses de carência, lapso temporal que é dispensado no caso dos acidentes do trabalho e situações equiparadas (art. 26, inc. II da Lei 8.213/1991), bem como no caso das doenças graves descritas no art. 151 da Lei 8.213/1991.

No caso dos segurados especiais, a comprovação do prazo de carência é substituída pela comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontinuada, pelo período correspondente ao tempo de carência exigido para o benefício (art. 39 da Lei 8.213/1991).

O enfrentamento à epidemia de coronavírus determinou, desde 2020, a imposição de inúmeras medidas de restrição à circulação de pessoas e fechamento de diversas atividades econômicas e órgãos públicos. Esse cenário afetou também ao INSS, que teve e tem a maior parte de suas Agências fechadas ao público, bem como se determinou a suspensão dos atendimentos para realização de perícias médicas (CUSTÓDIO, 2022).

Como forma de adaptação a essa nova e complexa realidade, em continuidade ao que a Lei 13.982/2020 já havia estabelecido, editou-se a Lei 14.131/2021, que permitiu ao INSS, até 31.12.2021, conceder o auxílio por incapacidade temporária somente mediante apresentação por parte do requerente de atestado médico e outros documentos complementares que possam comprovar a doença informada no atestado como a causa de sua incapacidade, dispensando-se a realização de perícia médica.

Os requisitos para a apresentação bem como a forma de análise do atestado médico e demais documentos complementares serão objeto de regulamento expedido em ato conjunto da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS (art. 6º, § 1º, da Lei 14.131/2021).

Esse procedimento simplificado de concessão do auxílio por incapacidade temporária será adotado, conforme menção do art. 6º, § 2º, da Lei 14.131/2021, somente em caráter excepcional e, nesses casos, a duração do benefício por incapacidade temporária que dele resultar não irá persistir por período superior a 90 dias.

Ademais, no momento do requerimento desta modalidade de auxílio por incapacidade temporária, o segurado será informado de que tal benefício não se sujeita a pedido de prorrogação e em caso de eventual necessidade de acréscimo de prazo àquele inicialmente concedido, mesmo que inferior a 90 dias, dependerá de novo requerimento administrativo (IBRAHIM, 2022).

Essa faculdade trazida pela Lei 14.131/2021, apesar de propiciar um mecanismo de facilitação dos requerimentos administrativos em contexto de confinamento social, restrição de circulação de pessoas e fechamento de agências, ao mesmo tempo incorre em ilegalidade, pois estabelece uma pré-limitação dessa modalidade de auxílio por incapacidade temporária a um prazo máximo de 90 dias. Ao impedir a prorrogação e exigir novo requerimento administrativo

possivelmente a norma incorre em violação (material) ao direito de petição, isto é, o direito de pleitear direitos à Administração Pública, previsto no art. 5º, XXXVI, da CRFB/1988.

A Lei 14.131/2021, diversamente da Lei 13.982/2020, nada fala a respeito do valor do benefício, não havendo a limitação ao pagamento de apenas um salário mínimo (como ocorreu em 2020). Portanto, compreende-se que benefícios de auxílio por incapacidade temporária de maior valor poderão ser pagos integralmente pelo INSS, aplicando-se à integralidade as regras de cálculo previstas na legislação previdenciária.

4.1 Exercício de atividade profissional e cessação do benefício

O segurado, durante o gozo do auxílio por incapacidade temporária, não pode exercer atividade que lhe garanta subsistência, o que enseja a possibilidade de cancelamento do benefício a partir do retorno à atividade.

Em que pese a proibição do retorno ao trabalho, prevista na Lei 8.213/1991, art. 60, § 6º, na hipótese de o segurado, durante o gozo do o auxílio por incapacidade temporária, passe a exercer atividade laboral diferente daquela que gerou o benefício, deverá ser observada a incapacidade para cada uma das atividades em exercício.

Observe-se, nesse caso, a Súmula 72/TNU: "É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou".

A Lei 8.213/1991, em seu art. 60, § 8º, estabelece que, "sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício" (BRASIL, 1991, s.p.).

Compreende-se que esse dispositivo, no que se refere às decisões judiciais, interfere na independência entre os Poderes (art. 2º da CRFB/1988), bem como na garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV da CRFB/1988), pois condiciona ou limita o modo como o Poder Judiciário deve proferir os julgamentos a respeito do tema da concessão do o auxílio por incapacidade temporária.

Esse modelo é agravado pela previsão constante da Lei 8.213/1991, art. 60, § 9º, que estabelece que, "na ausência de fixação do prazo assinalado acima, o benefício cessará após o prazo de 120 dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS, na forma do regulamento" (BRASIL, 1991, s.p.).

A previsão da Lei 8.213/1991, em seu art. 60, § 9º, de certa forma busca legalizar a prática (que até então era meramente rotina administrativa) da alta programada, que consiste em uma

pressuposição da duração da incapacidade laboral e, por consequência, uma pré- fixação da data de cessação do benefício do o auxílio por incapacidade temporária.

A crítica que se faz a esse modelo legal, desde que implementado pela Lei 13.135/2017, reside no fato de que a incapacidade para o trabalho, permanente ou temporária, não admite presunções, devendo ser avaliada concretamente, através da efetiva realização de perícias médicas e/ou biopsicossociais.

4.2 Antecipação do pagamento do o auxílio por incapacidade temporária conforme Lei 13.982/2020

A Lei 13.982/2020, art. 4º, autorizou a antecipação do pagamento do benefício do o auxílio por incapacidade temporária:

Art. 4º. Fica o INSS autorizado a antecipar 1 (um) salário-mínimo mensal para os requerentes do benefício de auxílio-doença de que trata o art. 59 da Lei 8.213, de 24/07/1991, durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, ou até a realização de perícia pela Perícia Médica Federal, o que ocorrer primeiro (BRASIL, 2020, s.p.).

A antecipação de parcela do valor do benefício do o auxílio por incapacidade temporária tratada acima depende do cumprimento da carência exigida a fim de que a concessão do benefício, que é de 12 meses, em regra, podendo ser dispensada nos casos de acidente do trabalho ou doenças graves, conforme o art. 26, inc. II da Lei 8.213/1991.

A segunda condição para que ocorra essa antecipação de parcela do valor do benefício do o auxílio por incapacidade temporária consiste na apresentação de atestado médico, seguindo aos requisitos e forma de análise estabelecidos pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e o INSS em ato conjunto.

Em suma, a inovação trazida pela Lei 13.982/2020, art. 4º, antecipação de parcela do valor do benefício do o auxílio por incapacidade temporária, depende do cumprimento da carência exigida para esse benefício (12 meses), que deve ser dispensada nos casos de acidente do trabalho ou doenças graves, bem como uma base documental (documentação médica), que será definida pelo regulamento.

A antecipação dessa parcela de valor perdurará por 3 meses, a partir de 02.04.2020, ou até que ocorra a realização da perícia médica – o que ocorrer primeiro. Porém, esse período de 3 meses poderá prorrogado por ato do Poder Executivo, durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da Covid-19, conforme os termos da Lei 13.979/2020 e o Decreto Legislativo 6/2020.

A ideia em torno da inovação tratada neste tópico consiste em garantir aos segurados que façam jus ao o auxílio por incapacidade temporária a antecipação de uma parte do valor desse benefício por incapacidade, partindo da premissa de que o funcionamento administrativo do INSS não está ocorrendo de modo normal, mas com atrasos (IBRAHIM, 2022).

Além disso, a antecipação de apenas uma parte do valor do benefício do o auxílio por incapacidade temporária, fixada em um salário mínimo, parece implicar ofensa aos critérios constitucionais de cálculo do valor dos benefícios previdenciários, bem como o necessário reflexo dos salários-de-contribuição no valor da RMI (art. 26 da EC 103/2019; art. 201, § 10º do art. 201 da CRFB/1988)

É importante frisar que a antecipação do o auxílio por incapacidade temporária, no valor de apenas 1 salário mínimo, ofende ao disposto na CRFB/1988, art. 201, § 11, bem como o conteúdo da EC 103/2019, art. 26, dispositivos que tratam da forma de cálculo dos benefícios previdenciários e, a depender do caso concreto, podem permitir a configuração de um salário-de-benefício e RMI superiores ao valor do salário mínimo.

De outra parte, também é importante mencionar que a antecipação do o auxílio por incapacidade temporária é feita com fundamento em uma análise administrativa preliminar, mediante apresentação de documentação médica, e a concessão do benefício é confirmada posteriormente, através de perícia médica definitiva. Nesse arranjo, é possível que o auxílio por incapacidade temporária seja antecipado e, posteriormente, não seja confirmado pela perícia médica da autarquia previdenciária. Nestes casos, ainda que a Lei 13.982/2020, que autorizou a antecipação desse benefício, nada preveja, é possível que o INSS busque a restituição dos valores pagos indevidamente a título de o auxílio por incapacidade temporária, valendo-se da regra geral contida na Lei 8.213/1991, em seu art. 115, inc. II.

4.3 Valor do auxílio por incapacidade temporária aos segurados do RGPS

O auxílio-doença, inclusive aquele que decorra de acidente do trabalho, aos segurados do RGPS irá consistir em uma renda mensal que corresponderá a 91% do salário-de-benefício, respeitada a garantia do salário-mínimo (pois se trata de benefício substitutivo da renda do segurado) e as demais regras de cálculo previstas na Lei 8.213/1991.

A forma de cálculo dos benefícios segue o princípio *tempus regit actum*, quer dizer, obedece à regra vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos para a concessão do benefício previdenciário (IBRAHIM, 2022).

Assim, a partir da vigência da Lei 9.032/1995, que alterou a redação da Lei 8.213/1991, art. 61, o valor do o auxílio por incapacidade temporária será de 91% do salário-de-benefício, ainda que decorrente de acidente do trabalho.

A Lei 13.135/2015, que é fruto da conversão da Medida Provisória 664/2014, alterou a redação da Lei 8.213/1991, art. 29, § 10, estabelecendo que o auxílio-doença não poderá extrapolar a média aritmética simples referente ao último ano de salários-de-contribuição, inclusive no caso de se proceder à remuneração variável, ou, caso não alcançado esse montante de 12 contribuições, a média aritmética simples dos salários-de-contribuição existentes.

Além das disposições referentes ao cálculo do valor do o auxílio por incapacidade temporária constantes na Lei 8.213/1991, art. 61, deve-se levar em consideração a EC 103/2019, art. 26, caput⁸³, que estabelece o seguinte para o Período Básico de Cálculo (PBC).

Esse dispositivo constitucional parece se aplicar sem ressalvas ao auxílio por incapacidade temporária, visto que menciona “cálculo dos benefícios”. Porém, deve-se atentar para o conteúdo da EC 103/2019, art. 26, § 2º, que se refere, mais especificamente, ao cálculo das aposentadorias.

De acordo com o Decreto 3.048/1999, art. 32, caput, com redação dada pelo Decreto 10.410/2020, e na esteira do que consta na EC 103/2019, art. 26, também para o auxílio por incapacidade temporária para o trabalho (antigo auxílio-doença) será calculado o benefício a partir da média aritmética simples que tome por base o PBC considerando 100% das contribuições previdenciárias vertidas ao RGPS.

4.4 Reabilitação profissional para o beneficiário do o auxílio por incapacidade temporária

O benefício do o auxílio por incapacidade temporária é uma prestação previdenciária eminentemente precária, isto é, tende a ser meramente temporário, perdurando até que cesse a incapacidade laboral ou que esta se agrave a ponto de ensejar a aposentadoria por invalidez. Estas possibilidades são decorrentes, obviamente, da constatação da incapacidade para o trabalho através da realização de perícias médicas periódicas, nos termos da legislação (CASTRO; LAZZARI, 2022).

⁸³ Art. 26 – Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. § 1º – A média a que se refere o caput será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social para os segurados desse regime e para o servidor que ingressou no serviço público em cargo efetivo após a implantação do regime de previdência complementar ou que tenha exercido a opção correspondente, nos termos do disposto nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal.

Outra condição que pode afetar a duração do benefício do auxílio por incapacidade temporária reside no dever de o INSS prestar aos segurados a reabilitação profissional tratada no art. 89 da Lei 8.213/1991, art. 89.

Vale lembrar que, nos termos do art. 62 da Lei 8.213/1991 e do art. 101 da Lei 8.213/1991, é obrigação do segurado em gozo do auxílio por incapacidade temporária, que seja considerado não passível de recuperação para sua atividade habitual, submeter-se a reabilitação profissional para visando ao exercício de outra atividade (CUSTÓDIO, 2022).

A reabilitação profissional compreende algumas possibilidades trazidas no art. 89, Lei parágrafo único da Lei 8.213/1991, no entanto o segurado não pode ser compelido à realização de cirurgias médicas e procedimentos de transfusão de sangue, por ofensa à sua autonomia pessoal.

Por fim, ressalte-se que, nos termos do art. 90 da Lei 8.213/1991, a reabilitação profissional constitui um dever do INSS, e não uma mera faculdade, em relação aos segurados.

4.5 Duração do auxílio por incapacidade temporária

O auxílio por incapacidade temporária será pago até que o segurado se reabilite para o desempenho de outra atividade que lhe garanta a subsistência, diversa daquela que habitualmente desenvolvia ou, por outro lado, quando este for considerado irrecuperável, hipótese em que deve ser aposentado por invalidez.

Critica-se a redação demasiadamente aberta do dispositivo legal em tela, que menciona que o auxílio por incapacidade temporária perdura “até que o segurado seja considerado reabilitado”, que pode propiciar abusos e cortes indevidos desse benefício previdenciário, visto que não se esclarece por quem e a partir de quais critérios será considerado reabilitado o segurado.

A respeito da duração do auxílio por incapacidade temporária também devem ser consideradas as regras relativas à alta programada, judicial ou administrativa, constantes do art. 61 da Lei 8.213/1991.

5 CONCLUSÃO

O auxílio por incapacidade temporária é um importante benefício previdenciário, uma vez que objetiva substituir a renda mensal do trabalhador quando impossibilitado temporariamente para o exercício de suas atividades laborais, seja em virtude de patologia que não possui nenhuma relação com o trabalho, seja em decorrência de acidente do trabalho ou doença profissional. Dessa maneira, é notório a importância desse artigo em compreender as alterações no referido auxílio que impacta diretamente a vida de milhares de cidadãos.

Diante da análise da alteração da legislação, conclui-se que a forma como têm sido operadas as mudanças da política previdenciária pública, através de propostas restritivas acerca

dos requisitos e formas de comprovação do direito para obtenção de benefícios, deve ser entendida com extrema preocupação.

Lançando um olhar sobre a EC 103/2019, evidenciou-se que não foram alterações agressivas com relação à prestação previdenciária em estudo nesse artigo, a despeito da possibilidade de, por ocasião da regulamentação da reforma, a lei promover novas modificações. A primeira alteração facilmente percebida opera-se com relação à nomenclatura do benefício, com a mudança de auxílio-doença para benefício por incapacidade temporária. Essa atualização foi estabelecida por lei, logo após a aprovação da Reforma da Previdência, instituída pela Emenda Constitucional nº 103, aprovada em 2019. A partir da promulgação desta Emenda, os termos “doença” e “invalidez” foram retirados da Constituição e substituídos pelos termos “incapacidade temporária ou permanente”.

Uma segunda e última alteração promovida pela EC 103/2019 no auxílio por incapacidade temporária concerne à sua sistemática de cálculo, passando a adotar a média aritmética de todo o período contributivo (100%), revogando, por consequência, o critério previsto no inc. II do art. 29 da Lei 8.213/1991.

Assim sendo, este trabalho tratou da atividade de interpretação das normas afetas à nomenclatura e cálculo do auxílio por incapacidade temporária, no período pós-reforma previdenciária, e que, nesse passo, o presente trabalho seja útil à construção de teses elaboradas pela advocacia previdenciária.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo. **Guia prático dos benefícios previdenciários**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BATISTA, Flávio Roberto. **Benefícios Previdenciários por Incapacidade no Regime Geral de Previdência Social**. 2008. 22f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

BELTRAMELLI NETO, Sílvio. **Direitos Humanos**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Medida Provisória 767, de 07.01.2017**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv767.htm. Acesso em: 10 novembro 2022.

BRASIL. **Medida Provisória 871, de 18.01.2019.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm. Acesso em: 10 novembro 2022.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 06/2019, de 20.02.2019.** Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. [S. I.], 20 fev. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>. Acesso em: 10 novembro 2022

BRASIL. STF. Pleno. **RE 626.489/SE.** Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 16.10.2013, DJe 23.09.2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/150522277/trf-3-judicial-i-20-06-2017-pg-15>. Acesso em: 10 novembro 2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **PEDILEF 0502859-55.2014.4.05.8312.** Rel^a. Juíza Federal Itália Maria Zimardi Arêas Poppe Bertozzi, j. em 16.06.2016, DJe 08.07.2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/05028595520144058312.pdf>. Acesso em: 10 novembro 2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula 81.** Diário Oficial da União. Brasília, 24 jun. 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em: 10 novembro 2022.

BRASIL. STJ. REsp. **1485417/MS.** Rel. Min. Herman Benjamin, 1^a Seção, j. em 22.11.2017, DJe 02.02.2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 novembro de 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional 103, de 12.11.2019.** Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 10 novembro de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 novembro 2022.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24.07.1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 10 novembro 2022.

BRASIL. **Lei 13.457/2019, de 27.06.2017.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2015-2018/2017/lei/L13457.htm. Acesso em: 10 novembro 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 25 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

COGOY, Daniel Mourgues; LAZZARI, Guillermo Rojas de Cerqueira. **Comentários à Reforma da Previdência.** Curitiba: Juruá Editora, 2020.

CUSTÓDIO, Everson Salem. **Benefícios Previdenciários: reconhecimento Automático de Direitos.** 3 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2022.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 25. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

LANZARA, Arnaldo Provasi; SILVA, Bruno Salgado. Coalizões, Ajuste e Reformas: A Chilenização da Seguridade Social Brasileira? **Política Hoje**, Recife, v. 27, n. 2, p. 5-21, set. 2018. Disponível em: <http://neic.iesp.uerj.br/lanzarosalgadoajustesereformas.pdf>. Acesso em: 10 novembro 2022.

MORATO, Gil César de Carvalho Lemos; SILVA, Fernando Laércio Alves da. A previdência social brasileira sob as lentes da biopolítica. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 14, n. 03, p. 105-130, 2015.

NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Benefícios Previdenciários e Assistenciais.** 6. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2022.

SANTOS, Marisa Ferreira dos Santos. **Direito Previdenciário Esquematizado.** 9.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

SAVARIS, José Antonio. O processo de reformas da previdência social brasileira como política de retração sistemática do Welfare State. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, LTr, a. XXXII, n. 328, 2008.

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E REGISTRO DE MENORES

RENATA VIEIRA FEITOZA:

Graduanda do Curso de Direito
do Centro Universitário
FAMETRO

RESUMO: O presente artigo discorre sobre a filiação socioafetiva e como ocorre o registro de menores em decorrência do instituto família. A família é um conceito que sofre diversas alterações em decorrência da diversidade dos tipos de famílias que existem atualmente na sociedade. A necessidade de ampliar o conceito vem do ato jurídico de adotar, que está ligado diretamente com o objetivo de cada indivíduo de possuir uma família. A importância de o registro de menores possuírem uma comprovação da relação socioafetiva vem do impacto dessa decisão na vida do indivíduo e como isso pode trazer grandes impactos negativos ou positivos na vida do infante. É necessário que a jurisprudência traga decisões jurídicas que suportem a relação socioafetiva a fim de influenciar positivamente a família.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Filiação. Registro de menores. Relações socioafetivas.

SOCIO-AFFECTIVE MEMBERSHIP AND REGISTRATION OF MINORS

ABSTRACT: This article discusses socio-affective affiliation and how minors are registered as a result of the family institute. It turns out that the family is a concept that undergoes several changes due to the diversity of types of families that currently exist in society. The need to expand the concept comes from the legal act of adopting, which is directly linked with the objective of each individual to have a family. The importance of the registration of minors having proof of the socio-affective relationship comes from the impact of this decision on the individual's life and how this can have great negative or positive impacts on the minor's life. It is necessary for jurisprudence to bring legal decisions that support the socio-affective relationship in order to positively influence the family.

KEYWORDS: Family. Sonship. Registration of minors. Socio-affective relationships.

1 INTRODUÇÃO

Considerada um dos pilares mais antigos da sociedade, a família é sem dúvida a instituição que todo ser humano preza na maioria das vezes, sendo um dos objetos mais antigos de estudos em que se comprova que existem diversos conceitos que possuem base no Código Civil. O significado da palavra família é diferente da ideia que temos hoje, vem do latim *famulus* e significa grupo de escravos ou servos pertencentes ao mesmo patrão.

No Brasil, existem diversos modelos de famílias que ainda possuem resistência na sociedade por não se enquadrar no formato tradicional brasileiro, ocasionando situações em que mesmo com o desejo de formar uma família, esses indivíduos ainda veem muitos obstáculos para concretizar essa vontade.

Quanto ao instituto da adoção, este poderia ser ressaltado como um ato jurídico em que uma pessoa decide cuidar da outra, no sentido de tê-la como seu filho, mesmo que antes desse laço não venha a existir nenhuma forma em relação à questão do parentesco, seja este na espécie de consanguíneo ou por afinidade.

Diante dessa problemática, o Brasil ainda persiste em problemas jurídicos em que a paternidade socioafetiva não tem força como a paternidade consanguínea. A realidade é que muitas decisões foram baseadas na comprovação do vínculo socioafetivo e como isso pode prevalecer na relação consanguínea.

Hoje em dia, existem diversas decisões baseadas no entendimento do STF quando a importância do reconhecimento do vínculo de filiação com base na relação socioafetiva, o que altera o conceito de família e como isso vem evoluindo nos últimos anos.

O espaço familiar começa a perder a característica de unidade de produção e passa a ser considerado paulatinamente um espaço para o desenvolvimento moral, afetivo, espiritual e de assistência recíproca entre seus membros (ALMEIDA JUNIOR, 2004, p. 195).

A Lei da Adoção (Lei no 12.003/2009) traz o conceito de família extensa como aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Nesse caso, é possível analisar que o conceito do instituto da filiação socioafetiva, poderia ser considerado como sendo aquela devidamente comprovada a partir da obrigação e do vínculo estabelecido por lei que é disciplinado entre as pessoas, unindo-se principalmente nos laços afetivos.

A realidade trata que a filiação socioafetiva é de extrema importância, assim como a biológica, pois contribui para a formação da personalidade, da segurança emocional do filho (a) socioafetivo (a) e, portanto, merece receber toda proteção legal, mesmo que o Código Civil não trate de forma clara, já existem decisões que comprovam a sua existência e no mesmo código interpretações que nos remetem ao tema apresentado.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Conceito e evolução histórica da família

A família é constituída por um grupo de pessoas que possuem ou não laços sanguíneos, podendo ser baseada no afeto. De acordo com a Constituição Federal, esse conceito abrange várias formas de organização que são fundamentadas através dos laços de afeto, porém, esse conceito pode se expandir com o passar dos anos.

A origem da família vem da história da civilização, surgindo através de um fenômeno natural e da necessidade do ser humano em possuir uma estrutura familiar em que pudessem oferecer /

receber afeto. De acordo com a teoria romana, a família era formada por um conjunto de pessoas que eram submissas ao chefe: o *pater familias*.

É necessário entender que o conceito de família pode se expandir a partir da evolução social e a transformação da percepção das pessoas sobre esse conceito, como por exemplo, não é necessário que a família seja a partir de um homem e uma mulher, existem diferentes grupos que se encaixam nesse conceito.

Com a evolução da sociedade, se tornou necessário instituir leis que pudessem ser eficazes para proteger a família e seus membros. Essas relações familiares trazem a necessidade de um mínimo de estrutura para que possam ser consideradas uma família.

Esse novo conceito traz famílias que são formadas por tios e sobrinhos, avós, netos, onde possa existir ou não um pai e uma mãe, confirmando que não é necessário possuir um vínculo sanguíneo de primeiro grau para ser considerado uma família.

Para Camilo Colani (2002, p.16):

O Direito de Família que é regido pelo Direito Civil, cujas normas, princípios e costumes regulam as relações jurídicas do Casamento, da União estável, do Concubinato e do Parentesco, previstos pelo Código Civil de 2002.

Mesmo que antigamente as pessoas discordasse, filhos que são oriundos de relações extraconjugais possuem os mesmos direitos que os filhos oriundos do casamento, para proteger o bem-estar da criança.

De acordo com Tânia da Silva (2004, p. 638):

A família regulada pelo Código Civil de 2002 passa a representar limitada forma de convivência, reconhece-se a existência das famílias monoparentais, identificadas constitucionalmente, o que reflete efetiva conquista nos rumos do reconhecimento de novos núcleos de relações de afeto e proteção, gerando, inclusive, direitos patrimoniais.

O Direito ampliou o conceito jurídico da família através da promulgação da Constituição Federal de 1988, que discorre sobre o respeito de valores da sociedade que evoluem a partir dos anos, mas que permanecem os princípios básicos.

Antes da CF/88, o único vínculo familiar a ser considerado pela sociedade era o vínculo sanguíneo, mesmo quando comprovado que o vínculo afetivo era o mais propício entre os membros de uma determinada família.

O conceito mais atual surgiu através das novas formas de convívio que foram identificados na sociedade, sendo este a partir da necessidade ou não de criar filhos de relações amorosas, podendo inclusive ser identificado através da adoção, não sendo necessário a confirmação de laço consanguíneo para comprovar essa relação de afeto.

É importante ressaltar que hoje em dia existem diversos modelos que confirmam a existência da família e que são aceitáveis na sociedade, como por exemplo:

- a) Família extensa: que inclui três ou quatro gerações como por exemplo, avós, netos, tios etc.;
- b) Família nuclear: o modelo mais antigo que possuem filhos biológicos;
- c) Família adotiva – comprovada através da relação afetiva;
- d) Família de casais sem filhos;
- e) Família monoparental, composta por apenas um dos progenitores: pai ou mãe;
- f) Família anaparental, onde estão ausentes ambos os progenitores;
- g) Família constituída por homossexuais com ou sem filhos;
- h) Família reconstituída após o divórcio, que possui grande relevância atualmente, onde é formado por um novo matrimônio e ao menos um dos cônjuges possui filho de relacionamento anterior;
- i) Várias pessoas vivendo juntas, sem laços legais ou sanguíneos, mas com forte afetividade e compromisso mútuo.

Os exemplos citados acima, foram fontes de diversas discussões jurídicas para comprovar a relação afetiva de cada estrutura familiar, a fim de ampliar a probabilidade de melhorar a vida individual de milhares de crianças com o passar do tempo.

É importante ressaltar que o Código Civil possui diversos princípios que regem o Direito de Família, através de abordagens que possuem concepções que são necessárias para um melhor desenvolvimento tema abordado neste artigo.

O Direito de família é um conjunto de regras e princípios que discorrem sobre os direitos baseados na relação afetiva e nos direitos pessoais dos membros da família. Nesse sentido, é importante estabelecer que a família é um tema sociológico que constitui a base do estado, ressaltando a importância da proteção do Estado.

O legislador vem através desse tema estabelecer leis e políticas públicas que protejam os direitos individuais dos membros dessa estrutura família, como por exemplo, proteger o direito do casal homossexual que precisa de proteção do ordenamento jurídico brasileiro.

Na Constituição Federal, é possível identificar os princípios que regem o direito da família, quais sejam: princípios da dignidade da pessoa humana; princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros; princípio da igualdade jurídica de todos os filhos; princípio da liberdade

de constituir comunhão de vida familiar; princípio da livre decisão do casal no planejamento familiar; e princípio da afetividade.

Esses princípios que regem o direito de família a doutrina que possui o próprio conceito de família com base em três características que diferenciam a família antes da CF/88, ou seja, a família é eudemonista, socioafetiva ou anaparental, trazendo uma perspectiva diferente do conceito de família tradicional.

Hoje em dia, o conceito de família é socioafetiva, pois, o núcleo familiar é constituído com base na relação jurídica do afeto, divergindo do sentido anterior em que a família era oriunda apenas do matrimônio entre homem e mulher.

O conceito de família eudomonista é referente ao ambiente em que seus membros convivem diariamente, trazendo a importância de um caráter instrumental e a partir de uma promoção social em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. A família anaparental compreende não apenas os parentes que possuem vínculo de sangue, mas também um vínculo de afeto com o passar do tempo.

É importante ressaltar que a evolução do conceito de família através do reconhecimento de um direito de que busca reconhecer a instituição familiar. Nesse sentido, esse conceito sofreu diversas evoluções ao longo tempo, no qual se tornou necessário incluir temas relevantes para representar o tema, como união estável, equiparação, referente aos direitos garantidos à família e adoção.

O direito de família constitui um conjunto de regras e princípios acerca dos direitos patrimoniais e direitos pessoais que decorrem das relações constituídas pelo grau de parentesco. Ainda, a família é um dos temas mais discutidos no âmbito da sociologia por fazer parte da composição do Estado.

O legislador buscou trazer formas e conceitos a fim de proteger a instituição familiar, sendo esta constituída ou não pelo casamento. Conforme já explicado anteriormente, existem diferentes conceitos para o tema família e o ordenamento jurídico busca justamente proteger os membros dessa instituição.

Em relação à natureza jurídica da adoção, Gonçalves diz que é controvertida o seu conceito junto à doutrina, pois no sistema do Código Civil de 1916, a adoção tinha caráter contratual, sendo um negócio bilateral e solene, e, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a se dar por ato complexo, exigindo sentença judicial, demonstrando que a matéria passava a ser de interesse de ordem pública.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico atualmente busca compreender diversos tópicos incluindo o núcleo familiar constituído pelo casamento, união estável e família monoparental. Para dar ênfase no tema, foi necessário o desenvolvimento sobre o princípio da afetividade e em razão da dignidade da pessoa humana, pois hoje em dia encontramos diversas famílias que são constituídas por casais homossexuais.

A adoção no Brasil passou a fazer parte do ordenamento jurídico por meio do Código Civil de 1916, trazendo suas primeiras normas sobre o tema. Diante disso, o legislador entendeu com o passar dos anos que essas normas não foram o suficiente para tornar o processo de adoção mais simples e trouxe diversas dificuldades para quem optava pela adoção.

De acordo com Gustavo Scaf de Molon, juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude de Sorocaba/SP (2009):

Note-se que a exigência de que o adotante não tivesse filhos legítimos ou legitimados comprova que a finalidade primordial da adoção era suprir a vontade de pessoas inférteis e não proteger a criança e garantir seu direito de ser criada em uma família.

As obrigаторiedades antes transformadas em um modelo contratualista, agora se tornaram um modelo necessário para quem optava pela adoção por meio do vínculo afetivo com o menor, onde se tornou possível que o vínculo afetivo se tornasse um dos pontos principais para os adotantes e adotados, melhorando as relações familiares.

Com o passar dos anos, a evolução da sociedade trouxe uma série de alterações e essas regras passaram por alterações, trazendo novos motivos para um casal optar pela adoção, antes era somente pela incapacidade de ter filhos.

Maria Helena Diniz (2014, p.571), traz a definição de adoção:

[...] é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou a fim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Hoje em dia, a adoção se tornou uma opção para os que buscam trazer um vínculo afetivo e um lar para os menos que se tornam desamparados por diferentes motivos, trazendo uma nova perspectiva para o tema. Sílvio Rodrigues (2003, p.339) afirma que:

O legislador não teve em mente remediar a esterilidade, mas sim facilitar as adoções, possibilitando que um maior número de pessoas, sendo adotado, experimentasse melhoria em sua condição moral e material.

Ainda, a revisão de Sílvio Rodrigues sobre o tema diz que:

A adoção existe como instituto para garantir o direito à convivência familiar. Ela existe para a gente conseguir famílias para crianças e adolescentes que precisam de família, e não para conseguir filhos para quem não conseguiu por outras maneiras, ou para quem quer ter um filho. A lei tem que ser no interesse da criança, porque a criança é o que há de mais importante.

O rol dos direitos sociais foi elencado através da CF/88 que traz o princípio fundamental dos indivíduos, a proteção à maternidade e à infância. Através do artigo 227, foi assegurado à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária, sendo a adoção assegurada através dos parágrafos 5º e 6º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). [...]

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ainda, este artigo trata da adoção que deixou de ser considerada de caráter contratualista e se tornou pertinente ao tema família. Essa mudança foi trouxe a assistência do Poder público para esta modalidade, diminuindo os critérios que dificultavam a adoção.

A partir desse momento, o Poder público evitou problemas dos quais a adoção poderia causar como tráfico de crianças, preconceitos, etc, trazendo assim a garantia em que o adotado trouxe a consumação dos direitos alimentícios, sucessórios e de personalidade.

De acordo com o art. 41, do Estatuto da Criança e Adolescente:

A adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Através do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o tema adoção trouxe uma nova regulamentação.

No que tange, ao conceito de adoção é pertinente destacar o que diz Maria Helena Diniz, (2010, p.522) "Ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou a fim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha". Ainda, nas lições de CUNHA (2009, p. 30), conceitua este instituto como "ato ou efeito de adotar, que é aceitar, assumir; forma pela qual se estabelece relação de filiação sem laço natural".

Diante disso, o conceito dos doutrinadores acerca da adoção é sobre o ato de acolher, mediante processo legal, uma criança ou adolescente e atribuir ao mesmo, uma condição de filho.

Trazendo um convívio de a natureza família e proteção, onde o menor possui todos os direitos e garantias de um filho consanguíneo.

2.2 Filiação socioafetiva e registro de menores

A relação socioafetiva é constituída por um laço afetivo que se torna mais relevante para o ordenamento jurídico do que a relação consanguínea. No Brasil, existem diversos casos em que são comprovados que o bem-estar do menor não provém dos genitores e sim de quem possui uma relação afetiva com a criança ou adolescente.

A adoção, para Wald e Fonseca (2013. p. 324), “[...] é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico solene que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente”.

É importante ressaltar nesse ponto que, no decorrer desse processo de adoção, é necessário que a comprovação da relação socioafetiva possua provas contundentes para que o ordenamento jurídico conceda a tutela da criança.

Pereira a caracteriza como sendo “[...] ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou a fim”.

Em muitos casos no Brasil, é possível identificar que existem relação comprovadas que beneficiam mais o menor do que a relação com o genitor, trazendo a necessidade da regulamentação legal sobre o tema.

De acordo com Farias e Rosenvald (2013, p.392):

[...] mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário.

Para que o direito seja assegurado, o reconhecimento formal da filiação socioafetiva é realizado no âmbito da justiça. Durante o decorrer do processo, o juiz avaliará o vínculo afetivo o qual está sendo declarado, a fim de obter uma relação comprovada, sendo necessário que esta seja contínua, duradoura e consolidada.

Assim que comprovado o reconhecimento da filiação, a Justiça pode determinar que seja alterado o registro do menor, para que seja incluído o nome do pai e/ou mãe socioafetiva, bem como dos avós.

É importante ressaltar que o reconhecimento do parentesco socioafetivo produz os mesmos efeitos, pessoais e patrimoniais do parentesco biológico, tanto para os pais quando para os filhos,

como por exemplo, o recebimento de pensão alimentícia e a convivência familiar, o mesmo vale para guarda e direito de visita.

De acordo com a doutrina familiar moderna, existem três classificações para a filiação afetiva e sociológica.

1. **Posse do estado de filho** – o estado afetivo é o reconhecimento da existência do vínculo familiar em que possui os filhos nas relações com os pais, esse estado de filiação está ligado a condição que é aceito pela família e pela sociedade como se fosse um filho biológico, mas existindo um laço mais profundo.
 - a) Tratamento diferenciado;
 - b) Reconhecimento social; e
 - c) Relação recíproca de afeto.
2. **Filiação afetiva dos filhos de criação** – trata-se da origem do termo “pai é quem cria”, naturalmente aceito pela sociedade. Essa modalidade é a que mais se encaixa no tema, mas também é a mais discriminada. Nesse caso, o filho não possui vínculo biológico pois é difícil possuir uma segurança jurídica em relações que são mais difíceis de serem comprovadas;
3. **Filiação socioafetiva e seus efeitos patrimoniais** – Esse tipo de filiação trouxe um entrave em que é conceituado um laço genético e sanguíneo pois esses filhos trazem a falsa ideia de que a sua vontade deve prevalecer perante os direitos dos filhos afetivos.

Atualmente, essas classificações trazer uma falsa verdade quando a legitimidade dos filhos afetivos e biológicos, pois o ECA busca trazer o bem-estar social dos filhos e dos pais, sejam biológicos ou afetivos.

2.3 Reconhecimento da relação socioafetiva nos tribunais

O Provimento nº 83/2019, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ trouxe a alteração do Provimento nº 63/2017, que trouxe o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva através dos oficiais de registro civil das pessoas naturais, onde o procedimento em face do registrador civil para registrar o relacionamento socioafetivo de pessoas maiores de 12 (doze) anos de idade.

Quando se trata de crianças menores de 12 (doze) anos, é necessária a via judicial. Por conta dessa decorrência do novo provimento, na via extrajudicial, se tornou possível a inclusão de apenas um ascendente socioafetivo, ao contrário do que ocorria na vigência do Provimento 63/2017, que possibilitava a inclusão de dois ascendentes, desde que por meio de procedimentos independentes.

Ainda, o Provimento nº 83/2019 deu luz ao ônus da prova da afetividade que se refere aquele que solicita o registro, trazendo uma lista de eventos que podem ser utilizados para evidenciar a relação afetiva, como:

- a) relatório escolar como responsável ou representante do aluno;
- b) inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência privada;
- c) comprovante de residência;
- d) vínculo de casamento ou união estável, com o ascendente biológico da pessoa que está sendo reconhecida;
- e) inscrição como dependente do requerente em entidades associativas, caso de clubes recreativos ou de futebol;
- f) fotografias / recordações de momentos familiares; e
- g) declaração de testemunhas com firma reconhecida (art. 10-A, §2º, do Provimento n. 83 do CNJ).

Caso a pessoa que deseja fazer o registro não tendo os documentos citados acima, este não é impedido de ter o registro do vínculo socioafetivo, desde que justificada a impossibilidade, sendo sempre necessário ao registrador que ateste o vínculo familiar do mesmo.

Se o filho tiver entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento. Se for maior de 18 (dezoito) anos de idade, o próprio filho deverá requerer o reconhecimento socioafetivo, em conjunto com o genitor.

Nesse sentido, foi a determinação feita pelo Provimento nº 83/2019 de atuação do Ministério Público no procedimento de reconhecimento de socioafetividade, o que não era exigido na redação original do Provimento nº 63/CNJ. Não houve restrição, de forma clara, no Provimento nº 83, às hipóteses envolvendo pessoa menor de 18 (dezoito) anos de idade, o que foi um equívoco, posto que, no pedido de providência CNJ 0001711.40.2018.2.00.0000, que deu origem ao referido Provimento 83, podemos constatar que a oitiva do Ministério Público somente é necessária se a pessoa reconhecida for menor.

3 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo discorrer sobre a adoção no Brasil, adentrando do tema da filiação socioafetiva do registro de menores. Com o passar dos anos, esse tópico passou por diversas mudanças em que a temática família precisou ser adaptada para abranger a necessidade da sociedade.

No ordenamento jurídico também ocorreu essas mudanças, onde se tornou possível que a família tivesse uma abrangência maior e inclusive, dar mais possibilidade de adoção para crianças e adolescentes que precisavam de um lar.

Nesse sentido, faz-se necessário se aprofundar quanto a filiação socioafetiva e como isso abrange centenas de famílias atualmente, por ser tratar de laços afetivos que em muito casos, são mais fortes do que os laços consanguíneos.

Ainda, em decorrência do grande número de famílias que possuem esse tipo de laço, é relevante para o judiciário que existam legislações pertinentes que abrangem esse vínculo familiar, onde possam ser aplicados em casos reais para evidenciar o vínculo afetivo da criança e adolescente com o seu responsável, garantindo seus direitos perante o ordenamento jurídico brasileiro.

A asseguarção desses direitos também é necessária para que a criança possa usufruir da proteção familiar que esse responsável passa a garantir, onde o lar é fundamental para o desenvolvimento do adotado. É importante que isso ocorra com o acompanhamento do Estado para que a criança tenha um direcionamento do que é relevante para o seu futuro.

No Brasil, ainda persiste um histórico de grupos familiares que não se caracterizam como famílias tradicionais brasileiras, mesmo que estejamos no século XXI, até este momento é discutido sobre a problemática em torno da relação socioafetiva, afinal é necessário que os membros estejam dentro dos padrões aceitos pela sociedade.

Em contrapartida, o presente artigo busca comprovar a relação socioafetiva e sua importância atualmente, decisões em que o juiz possa utilizar como um meio necessário a fim de fundamentar a sua decisão no ordenamento jurídico.

Diante disso, é possível identificar as eventuais falhas do código civil brasileiro e como isso pode ser prejudicial para os que dependem de tal decisão para que possam realizar o registro do menor em questão, isso influencia de forma negativa para os que buscam realizar a adoção por meio da comprovação do vínculo socioafetivo.

4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **As relações entre cônjuges e companheiros no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. A Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**-Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL República Federativa do Brasil. Lei 8.069 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Direito de Família**. São Paulo: Suprema Cultura. 2002, p.16.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.28, apud.Jérôme Carcopino, L avie quotidienne a Rome à l'apogée de l' Empire, Paris, Libr. Hachette, 1939, p.97 e s.

Conceito de família: saiba qual é a definição de família. Disponível em <<https://serenoadvogados.adv.br/conceito-de-familia-saiba-tudo-sobre/>> . Acesso em 01 de nov. de 2022.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28 ed. Vol.6. São Paulo: Saraiva, 2003. p.339.

MOLON, Gustavo Scaf. **Evolução Histórica da Adoção no Brasil. Associação dos Notários e Registradores do Brasil**. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13034;imported_13004&catid=32&Itemid=181>. . Acesso em 01 de nov. de 2022.

CUNHA, Tainara Mendes. **O Instituto da Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente após a Lei 12.010/2009**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34508&seo=1>>. Acesso em 01 de nov. de 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Ed Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 934.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. p. 393.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 571.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil: direito de família**. 18 ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 343.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. p. 338.

PROCESSO ESTRUTURAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO PETRÓPOLIS/RJ

KARL MARWIN SILVA TEIXEIRA:

Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA a que está vinculado.

MATHEUS DE JESUS LOPES⁸⁴

(coautor)

ADRIANO RIBEIRO CALDAS⁸⁵

(Orientador)

RESUMO: O processo estrutural, enquanto regulador de políticas públicas, é advindo do mau gerenciamento das instituições públicas ou privadas, propiciando o surgimento de litígios estruturais. O presente artigo tem como objetivo identificar quais mecanismos judiciais o processo estrutural pode propiciar para solução e controle das políticas públicas a partir da análise do caso Petrópolis/RJ, analisando para tal, o modelo de processo estrutural, no intuito de propiciar uma aplicação das medidas estruturais no âmbito do referido caso. A relevância social do presente estudo se identifica pelo caráter regulador de políticas públicas com intuito de identificar soluções e medidas razoáveis para solucionar os conflitos sociais e a relevância acadêmica no que tange em propiciar o debate jurídico e social sobre o assunto; as ideias formuladas aqui poderão servir de elementos de pesquisa e referências para posteriores trabalhos. Foi utilizada a pesquisa bibliográfica narrativa como tipo de estudo e a abordagem é do tipo dedutiva, tendo como base livros, artigos científicos. Chegou-se à conclusão, com base no que foi levantado, que se identifica a possibilidade da aplicação das medidas estruturantes no caso Petrópolis/RJ, no intuito de reorganizar a instituição pública irregular e solucionar o litígio estrutural causado pelos deslizamentos.

Palavras-chave: políticas públicas; processo estrutural; Petrópolis/RJ

Sumário: 1. Introdução – 2. Modelo Tradicional; 2.1 As Dificuldades do uso do atual modelo tradicional de Processo aos litígios estruturais; 2.2. Os litígios estruturais: origem, conceitos e pressupostos; 3. Processo Estrutural como regulador do poder no ordenamento processual; 3.1. Processo Estrutural segundo Vitorelli; 4. Os Casos Paradigmáticos no Processo Estrutural; 4.1. ADPF

⁸⁴ Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA a que está vinculado.

⁸⁵ Professor Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí- UFPI.

nº 347; 4.2. Barragem Brumadinho; 5. A Possibilidade da Aplicação das Medidas Estruturais no Caso Petrópolis/RJ; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os litígios estruturais estão ligados ao mau funcionamento de uma instituição pública ou privada, à ofensa aos direitos fundamentais, à ineficácia ou carência de políticas públicas ou à presença de litígios policêntricos.

Devido a sua complexidade, coloca-se em evidência a necessidade de que sejam tratados pelo poder Judiciário por meio de processos estruturais, a fim de que se torne possível alcançar a solução mais adequada ao caso concreto.

A pesquisa é desenvolvida por meio do método dedutivo. Para tanto, será realizada a pesquisa exploratória a partir da revisão bibliográfica e documental de importantes doutrinadores pátrios e estrangeiros que tratam acerca do tema, como Edilson Vitorelli (2020), Fredie Didier Jr (2016), Hermes Zaneti Jr (2017) e Arenhart (2017).

O primeiro capítulo aborda os conceitos e doutrinas do processo estrutural, aplicação dos aspectos estruturais na teoria, bem como suas fases, características e origem, apontando-se as falhas do modelo tradicional nas resoluções de litígios estruturais. Já no segundo capítulo, trata-se do processo estrutural como realocador do poder no ordenamento jurídico e a visão de Vitorelli sobre o processo estrutural. No terceiro capítulo, são abordados os casos paradigmáticos referentes ao processo estrutural, como ADPF 347 e o caso da barragem de Brumadinho, analisando-se as semelhanças e características das decisões e ações propostas para resolução do litígio. O quarto capítulo é reservado à aplicação dos conceitos teóricos e das experiências obtidas com os casos paradigmáticos, no caso da tragédia em Petrópolis/RJ. As considerações finais trazem o resumo do que foi dito no decorrer do trabalho e se os objetivos foram alcançados.

2 MODELO PROCESSUAL TRADICIONAL

2.1 As dificuldades do atual uso do modelo tradicional de processo aos litígios estruturais

O processo civil, como regulador de litígios da sociedade, ao longo de toda jurisdição e sua criação, assume um importante papel, defendendo valores constitucionais, mas não acertando quando se depara com litígios estruturantes. A análise do modelo de processo civil tradicional, que nos dias de hoje, fica cada vez mais obsoleta para uma entrega de tutela jurisdicional adequada aos direitos fundamentais que exige uma elevada complexidade, afetando uma série de interesses que divergem entre si, passa imprescindivelmente por uma readequação de técnicas processuais.

O processo e o direito material envolvem-se, não podendo ser diferente, pois o processo deve ser desenvolvido a fim de tutelar acertadamente o direito material, que é seu objeto da tutela jurídica. Sob o olhar de Didier (2016, p. 29), o processo:

Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material se coloca como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais.

Surge, portanto, o ponto crucial: na medida em que se tem como objeto do processo judicial uma política pública, a mesma se apresenta de forma diferente do padrão jurídico uniforme e evidentemente coerente pelo sistema jurídico. Conseqüentemente, acaba não havendo procedimento adequado que tenha a política pública como objeto central ou como direito material a ser tutelado.

O modelo tradicional ou clássico de processo civil, não obstante, tem demonstrado ineficiência quando se limita a analisar a legalidade de políticas públicas; os direitos coletivos de maior complexidade não são plenamente atendidos, o que se observa tanto em situações simples como em situações de cunho mais complexo.

A concepção de Estado e sua finalidade, entretanto, vai se modificando em sua transição entre estado liberal e estado social, com o advento da Revolução Industrial no início do século XX, provocando uma sucessão de acontecimentos que envolvem a expansão industrial e sua produção em massa, surgindo, conseqüentemente, a fome e miséria de uma população. Nesse contexto, surge a necessidade de proteção de novos direitos que não estavam sendo abordados antes dessa revolução, que são os direitos de segunda dimensão, que defendem que o Estado não intervenha na vida do indivíduo, mas que tenha atuação para assegurar saúde, educação, trabalho, moradia, dentre outros direitos. A partir do ano de 1948, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados começaram a se comprometer na proteção desses direitos, tendo o aproveitamento dos direitos de primeira e segunda geração e, por conseguinte, a função de controle do Poder Judiciário passa a se ampliar (SANTOS, 2021).

Dito isso, com enfoque no progresso e na evolução da sociedade como um todo e seus litígios estruturais, busca-se, no sistema judiciário brasileiro, uma reestruturação para solução de conflitos em seu ordenamento jurídico, tendo em vista sua concepção clássica. O Direito Processual Civil teve seu foco e estruturação na resolução de litígios típicos, tendo a observância em dois sujeitos ou um grupo específico dos mesmos, limitando sua visão apenas aos direitos individuais dos autores e réus envolvidos na ação, assim, delimitando-se os interesses e pretensões dos sujeitos da relação; contudo, chama-se bipolarização do conflito, a forma tradicional em que uma parte solicita a tutela jurisdicional, sendo o autor, contra a outra parte, réu, tendo o juiz uma posição secundária e imparcial, resolvendo o litígio sob o seu olhar.

O modelo tradicional tem efetividade para a grande maioria dos casos com pouca complexidade e sem uma grande repercussão social, mas os conflitos podem não se traduzir em casos tão simples, que podem ser observados como direitos complexos, como direitos humanos, direitos ambientais, questões de calamidade pública, nos quais os interesses extrapolam os limites de um processo normal envolvendo autor e réu. Observa-se, portanto, que há clara insuficiência nesse modo processual tradicional.

O rito processual corresponde a relação de práticas jurídicas apreciados em um processo judicial definido. Em outras palavras, é a via a ser percorrida desde o começo até o final do processo, passando por diversas fases processuais. Existem inúmeras espécies de métodos e pressupostos no Código de Processo Civil como também na legislação extravagante, ocorrendo diversos parâmetros estabelecidos para cada procedimento.

O processo é uma ação legal complicada, sendo composto por várias ações legais que são realizadas sequencialmente com um objetivo determinado, ou o objetivo legal final. No caso do processo judicial, seus objetivos fundamentais dizem respeito à obtenção da proteção jurisdicional e encontram respaldo tanto na Constituição Federal quanto no Direito Processual (DIDIER, 2021, p. 84-86).

Por um lado, o processo derivado de ação individual é destinado à defesa dos direitos subjetivos, onde a padronização é prevista pelo Código de Processo Civil. De outro modo, o processo coletivo “refere-se à tutela de direitos coletivos, direitos difusos, coletivos em significado estrito e individual, de acordo com o previsto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, existindo regulamentação por vários diplomas, observando as Leis Federais 8.078 e 7.347” (GRINOVER et al.; 2014, p. 4).

A Constituição, para um estado normal das coisas, cria em sua plenitude e seus preceitos decaem sobre os valores que, de certa forma, irão limitar essa estrutura até por atos do próprio lugar onde está inserida. Entretanto, a visão de interpretação deles pode ser inexata, dando chances para conflitos. Torna-se, portanto, necessário estabelecer o assunto, observando seus valores e trabalhando com as prioridades. Assim deverão persistir em caso de conflito. Observa-se que todos os indivíduos, até os poderes estabelecidos e entidades normativas colaboram para esse sentido estrito, registrando como certo a contribuição jurisdicional ou o julgamento, sendo o “processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos” (FISS, 2017, p. 119-120).

No momento em que o julgamento é objetivado para princípios públicos constitucionais e contorna um “embate entre o Judiciário e as burocracias estatais” é, portanto, a referida reforma estrutural que é fundamentada na consciência de que a qualidade de nossa vida social é tocada em forma expressiva e pela intervenção de grandes instituições, não apenas por

indivíduos que a integram. Os valores constitucionais não podem ser totalmente assegurados sem que as mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações (FISS, 2017, p. 120).

Vitorelli (2018), citando Fiss, ressalta que o processo judicial com um caráter estrutural foi originado do pensamento de que é capaz de ser definido como o processo em que “um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes” (FISS, 2017, p. 120).

Pode-se observar que, no processo tradicional, a tutela jurisdicional de direitos tem características e olhares voltados para o foco na solução individualizada dos litígios, que discorre em volta da relação triangular estabelecida entre o julgador, autor e réu. Sob olhar de Fiss (2017, p. 121):

O padrão usual de comparação, o modelo de solução de controvérsias, é tríade e altamente individualista: uma ação judicial é visualizada – com a ajuda do ícone da Justiça segurando sua balança – como um conflito entre dois indivíduos, o autor da ação e o réu, e um terceiro situado entre as duas partes, como um árbitro imparcial para observar e decidir quem está certo e declarar o que deve ser. Com relação a essa perspectiva, a reforma estrutural certamente é uma transformação e parece ser totalmente diferente

Portanto, o modelo tradicional tem suas especialidades, sendo caracterizado pela bipolaridade e com uma característica tradicional, que se explica por dois polos com interesses intrinsecamente diversos, a qual sua base é o ganhador que leva tudo debatido no processo e o que foi defendido.

A incompatibilidade entre os dois polos com interesses distintos e definidos é evidente e o normal de um processo, observando e preservando os direitos subjetivos, na qual o conflito é reduzido à relação da pretensão que o autor está buscando e ofertando pela resistência do réu.

Entretanto, a bipolaridade é observada também no processo judicial que tutela direitos coletivos, onde o autor da demanda, parte legítima para defender a proteção dos direitos de uma coletividade, em sua regra não detém de titularidade (DIDIER; ZANETI, 2016). Nesta ocasião de procedimento, a coletividade, onde os direitos são tutelados, fica inapta para se expressar de maneira adequada, sendo um terceiro designado como seu detentor de voz e atentando a suas necessidades (ARENHART, 2017).

É de se observar que o grupo de pessoas que detém essa parte do direito é tratado pela parte contrária, e muitas vezes por aquele que está o representando naquele litígio. Sendo assim um único conjunto, deixando de lado as peculiaridades pessoais de quem está representando.

Assim, a atuação da parte contrária é focalizada ao grupo como um todo e não aos indivíduos que o compõem particularmente (VITORELLI, 2020).

A restrição subjetiva dos impactos do provimento jurisdicional está normatizada no ordenamento jurídico brasileiro, como regra, apenas atingindo as partes que estão figuradas no processo ou que nele foram representadas, sob o olhar que está disposto no art. 506 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Observa-se que os personagens das partes não se envolvem com os traços das decisões proferidas; entretanto, revelou-se tal fato desde o começo do processo. Para Chayes (1976), é provocado pelas partes e por elas controlado. A causa dos objetos dos autos e as diferenças deles decorrentes são postas pelo diálogo desenhado por autor e réu. Segundo o autor e suas palavras, “a responsabilidade pelo desenvolvimento dos fatos é deles, das partes”, portanto, o julgador assume uma postura de neutralidade (CHAYES, 1976, p. 1283).

Sob o olhar de Fiss (2017), considera-se vitoriosa aquela parte que melhor souber articular seus argumentos, sendo o mais eficiente na defesa dos interesses defendidos, o mais competente para atuar em juízo e não absolutamente quem, de fato, detém o direito de ver seus pedidos acolhidos. “A ética do mercado é transferida para a corte”.

O próximo subtópico abordará os litígios estruturais.

2.2 Os litígios estruturais: origem, conceitos e pressupostos

No ano de 1954, o famoso caso *Brown v. Board of Education of Topeka* levava em consideração o litígio, sendo um caso paradigmático da jurisprudência norte-americana. Assim, discutiu-se o controle de constitucionalidade e o papel das cortes nos conflitos da sociedade. Diante do cenário e do processo, foram concebidas várias medidas estruturantes, que visavam à resolução do litígio estrutural. Uma simples decisão não seria o suficiente e no início da década de 50, foram distribuídos cinco casos na suprema corte americana, sendo a mesma solicitada a se manifestar sobre os litígios. Um desses casos tratava de uma criança negra, Linda Brown, residente na capital do Estado do Kansas, Topeka, onde as escolas perto da sua casa eram apenas para crianças brancas e Linda Brown tinha que andar atravessando toda a cidade de Topeka para estudar em uma escola destinada a crianças negras (SANTOS, 2021)

Diante desse fato, o pai de Linda, Oliver Brown, ao tentar efetuar a matrícula de sua filha na escola mais próxima, teve seu pedido de transferência para uma escola mais perto de sua casa rejeitado. Brown, assim, teve que ajuizar uma ação contra o Conselho de Educação Estadual (*Board of Education*), para que assim sua filha pudesse estudar perto de sua casa. A decisão gerou um grande impacto, pois se tratava do ingresso de estudantes negros em escolas públicas norte-americanas. Surgiu, dessa forma, um marco histórico no processo estrutural, tendo em vista que

foi a primeira vez o seu uso, *in casu*, buscando eliminar a segregação racial (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2022).

“O processo coletivo estrutural nasceu de uma necessidade eminentemente prática, quando as luzes se apagaram em *Brown v. Board of Education*” (VITORELLI, 2020). Assim, prolator da decisão, Chief Justice Warren, optou por assumir um comportamento de representação e de concordância da Corte, uma vez que eventuais votos diferentes poderiam enfraquecer a mudança proposta, pelo que a decisão foi concisa e sem grandes detalhamentos, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade da segregação (VITORELLI, 2020).

O caso *Brown* significou um novo começo na forma de prestação jurisdicional que desencadeou reformas estruturais nos mais diferentes setores. Muito além do sistema público de ensino, as reformas estruturais incluíram a polícia, prisões, manicômios, instituições para pessoas com deficiência mental e agências de bem-estar social (FISS, 2008). Para processos de natureza complexas, são utilizados vários mecanismos para tratar de tais problemas, estando o processo estrutural em conformidade com o ordenamento, a fim de solucionar litígios de toda e qualquer natureza, propiciando a facilidade na apresentação e entendimento para sanar o conflito causador, sendo uma forma de alcançar toda efetividade com soluções a longo prazo, que poderiam violar os direitos fundamentais e que estão presentes no cotidiano da população. O processo estrutural, pois, é aquele que evidencia o problema e assim estabelece medidas necessárias para retirar o estado de desconformidade, a fim de ter uma reforma estrutural e assim fazer com que o Estado busque o estado real das coisas (VITORELLI, 2020).

O processo estrutural surge de forma prática e advém dos litígios estruturais que emergem da sociedade, tratando-se de uma situação de fato, ou seja, da consolidação de uma permanente desconformidade, que pode ser o mau funcionamento de uma instituição ou política pública. Em outras palavras, o funcionamento da estrutura é o motivo do litígio. Esse não pode ser definido pelo seu objeto e sim pelo modo de desestruturação utilizado, a fim de sanar a causa e a origem do conflito por meio de uma elaboração de um plano estratégico, uma vez que nem todo litígio estrutural é um processo estrutural, visto que essa mesma lide pode ser solucionada por meio de ações individuais ou por uma ação coletiva proposta pelo ministério público.

Tendo em vista o estado perfeito da população e visando o processo concreto, referindo-se aos impactos sociais, sobrevém pelo enfoque na estrutura do problema, impondo-se ao Estado novas obrigações estruturais que implicarão na avaliação dos efeitos da atividade institucional, dos recursos utilizados e das implicações causadas pela mudança provocada pelo processo em sua implementação.

A reformulação estrutural tem como compromisso a comunicação com as pessoas que serão impactadas, tanto na fase de conhecimento como na fase de implementação, distanciando-se do tradicional processo judicial e se aproximando dos debates comuns nos órgãos administrativos e legislativos. Em suma, o processo estrutural ocorre quando existe a reorganização

de uma atividade jurisdicional, que é o causador de um determinado ilícito, com o intuito de impedir que seus resultados perpetuem posteriormente (VITORELLI, 2020).

Em todos esses casos, a intimidação ou o dano que as organizações burocráticas representavam para o exercício de normas constitucionais não poderiam ser abortados sem que essas organizações fossem reestruturadas com um novo modelo, por meio de uma reforma estrutural dirigida pelo juiz na competência de um processo judicial (FISS, 2008).

São os litígios coletivos enraizados que têm como causa o próprio sistema burocrático, que se caracterizam pela simultânea existência de vários centros de interesses juridicamente protegidos e que acabam tornando o processo tradicional ineficaz, visto que um dos erros deste *modus operandi*, é que se tem a falsa sensação de que está tudo se resolvendo, focando-se apenas no mais evidente e não na causa real do problema. Assim, não produz resultados sociais significativos (VITORELLI, 2018).

Nasce com isso, uma necessidade de modificação da estrutura processual, a fim de solucionar as novas lides sociais, abrangendo toda a complexidade do conflito e o seu dinamismo social por meio da reestruturação do próprio sistema. Portanto, a análise dos efeitos diretos e indiretos do comportamento institucional, os recursos fundamentais e suas fontes, os impactos colaterais da mudança causada pelo processo sobre os demais atores sociais que interagem com a instituição, no meio de outras deliberações, é que farão a diferença nesse contexto.

3. PROCESSO ESTRUTURAL COMO REGULADOR DO PODER NO ORDENAMENTO PROCESSUAL

O processo estrutural configura-se numa ação coletiva ou individual, que visa a chegar a um estado de conformidade absoluta, recompondo-se uma estrutura burocrática que tinha sido afetada, podendo esta estrutura ser pública ou privada. Uma vez que é viabilizada a ocorrência de uma violação devido ao seu funcionamento, acaba-se, assim, gerando um litígio estrutural. Com isso, o processo estrutural tem alguns obstáculos, como ouvir todas partes e grupos de diferentes interesses, mesmo com todas complexidades e conflitos, como também a produção de medidas que possam viabilizar uma mudança no plano de funcionamento de instituição. Esses obstáculos devem ser levados em conta, estando atento ao objetivo principal, que é não agir de maneira indesejável. Deve-se sempre visar a melhor avaliação de resultados para garantir os efeitos sociais pretendidos no início do processo. Portanto, buscar a melhor resolução para o caso, observando o futuro para que não exista o mesmo problema, deixando em estado de conformidade total (VITORELLI, 2021)

O processo estrutural opera mais como um meio para reposicionar o poder; assim, concentrando em outras esferas o juiz atua mais como um agente negociador, sem a figura de decisão e imposição. Portanto, não é todo litígio coletivo que vai implicar o ajuizamento de uma ação coletiva, assim como também um litígio estrutural não será tratado por um intermédio de um processo não estrutural. Observando um processo que visa apenas resolver as consequências de

atos, como em numerosos processos individuais, os objetivos são pontuais, apenas pelo interesse da pessoa afetada pelo litígio (VITORELLI, 2021)

3.1 Processo estrutural segundo Vitorelli

Vitorelli mostrou novas bases e conceitos para o modelo processual coletivo brasileiro traçado na visão de “teoria dos litígios coletivos”, a partir da qual propõe novas ideias, incluindo o de processo estrutural.

Vitorelli (2020, p. 24) declara que um litígio é coletivo quando há conflito de interesses “envolvendo um grupo de pessoas, sendo um pouco amplo, que é lesado enquanto sociedade, sem que haja, por parte do adversário, atuação direcionada contra alguma dessas pessoas em particular, mas contra o todo”.

O autor buscou na Sociologia o significado de sociedade e escolheu a proposta de Elliott e Turner (2012 apud VITORELLI, 2019), onde afirmam que “os diversos conceitos de sociedade, encontrados no pensamento de vários sociólogos, podem ser classificados em três grupos”: sociedade como base, solidariedade ou criação. Nesse contexto, a primeira concepção vê a sociedade, de acordo com Vitorelli (2020, p. 25-26), como um:

[...] conjunto de concepções que veem a sociedade como um discurso de ordem social, normas e estrutura, com prioridade para o conjunto em detrimento do indivíduo. É uma linha que surge ainda com a Sociologia clássica de Durkheim e Marx. A sociedade como estrutura tem uma forte interseção com a teoria do Estado, que é a sua manifestação mais evidente. A sociedade, para Durkheim, é um todo orgânico, e não uma agregação de indivíduos, o que o identifica como fundador do funcionalismo estrutural. O Estado provê a orientação geral da sociedade.

De acordo com seu entendimento, na segunda fase, a sociedade é observada como uma união de pessoas que compartilham sentimentos e ideias semelhantes, sendo as relações sociais “intrinsecamente interpessoais, dialéticas e baseadas na compreensão ou consenso mútuos em relações como uma tendência à unidade” (ELLIOT; TURNER, 2012 apud VITORELLI, 2019, p. 27).

Na terceira fase, tem-se a sociedade como criação, sendo essa a melhor que possa definir a sociedade atual e *moderna*, a qual fica distante do mundo fixo, atrelando-se somente e indiretamente a um espaço, uma vez que “as pessoas vivem em sistemas sociais” onde suas relações estão em frequente mudança, sendo elas distantes e fluídas (ELLIOT; TURNER, 2012 apud VITORELLI, 2020, p. 26). No mesmo viés, a importância da sociedade como um inteiro e como um todo, perde espaço para a importância nos diálogos estabelecidos entre os indivíduos na sociedade em que existem indivíduos em constante interação, podendo ser breve ou prolongada (SIMMEL, 1983 apud VITORELLI, 2020, p. 27)

Vitorelli (2020, p. 28-30) propõe duas variáveis significativas: conflitualidade e a complexidade. Ele define a coletividade como um conflito envolvendo uma sociedade. A primeira variável refere-se ao nível de conflito interno entre os membros do grupo, enquanto a segunda

refere-se à relação que se estabeleceu entre a lei e o direito, ou seja, à possibilidade de existirem diferentes formas de fazer valer a relação entre o litígio e o direito, bem como as várias formas para tutelar o direito e como serão executadas.

Com base na exposição, Vitorelli (2020, p. 32) cria uma tipologia jurídica onde coletivamente “em situações de integridade, a titularidade do direito é determinada com base nas características do litígio, e não com base na análise abstrata dos direitos”.

Toda violação interage com o direito transindividual de corrigir um conteúdo único e irrepetível que servirá de ponto de partida para sua análise (VITORELLI, 2020). Por exemplo, ocorrência à violação do direito ao meio ambiente, onde é determinado que os seus titulares podem, então, se beneficiar de uma eventual tutela judicial, conforme cita Vitorelli (2020, p. 32).

Logo, cada litígio coletivo apresenta um direito transindividual único e específico decorrente da interação entre o direito íntegro e a violação, que pode ser enquadrado em categorias, de acordo com as diferentes situações de violação. Propõe-se, da mesma forma que Elliott e Turner dividiram os diferentes conceitos de sociedade em três categorias, fixar três categorias de litígio transindividuais, às quais correspondem distintas atribuições de titularidades, de acordo com a natureza da lesão.

Vitorelli (2020) sugere três categorias de litígios coletivos: globais, locais e irradiados. Os litígios coletivos globais, ainda de acordo com o autor, ocorrem quando a violação do direito transindividual de uma pessoa não prejudica diretamente os interesses de outra pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade concebida como estrutura.

A tutela interessa genericamente a todos razão pela qual a proteção do direito legal não se justifica em relação a determinados indivíduos. Por afetarem a sociedade como um todo, distinguem-se pelo baixo potencial de conflito. Gradualmente, a tutela jurisdicional se concentrará mais no bem-estar do grupo do que na satisfação pessoal de uma pessoa (VITORELLI, 2020).

Nos litígios coletivos locais, a lesão atinge profundamente os membros de uma sociedade que possuem laços sociais de solidariedade que os distinguem como uma comunidade diferenciada de segmentos sociais. Dado o conjunto de perspectivas sociais, não há conflito entre os titulares do direito, pois as diferenças entre os proprietários legítimos não obscurecem o objetivo do grupo. A complexidade, no entanto, “tende a ser maior que os litígios globais, pois existe a exigência de que a tutela jurisdicional proporcione reparação tanto do ponto de vista individual quanto do coletivo” (VITORELLI, 2020, p. 34-36). Portanto, a tutela coletiva é obtida por restauração individual com atenção na prestação jurisdicional.

Já os litígios coletivos irradiados dizem a respeito às leis que atendem a uma sociedade de forma heterogênea, observando que seus integrantes não constituem a mesma sociedade, não compartilhando da mesma visão e natureza social, sendo que sofrem das várias intensidades do litígio. Quanto à resolução desses litígios, que configuram-se como “mutáveis e multipolares,

opondo o grupo titular de direito não apenas ao governante, mas a si mesmos”, têm-se a divergência entre os lesados (VITORELLI, 2020, p. 37).

Diante dessas observações sobre as categorias de litígio, Vitorelli (2020, p. 39) ressalta que:

[...] uma vez que as pessoas sofrem lesões significativas o bastante para desejarem ter suas vozes ouvidas, mas essas lesões são distintas em modo e intensidade, o que potencializa as diferenças em suas pretensões. A sociedade está em conflito não apenas com o causador do dano, mas também consigo mesma. A complexidade também é sempre elevada, uma vez que a tutela jurisdicional precisa dar conta de diversos aspectos distintos da lesão, com inúmeras possibilidades de solução, todas com relações variáveis de custo-benefício. A análise, no caso dos litígios complexos, se afasta do binômio lícito-ilícito e se aproxima, inevitavelmente, de considerações que dependem de *inputs* políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento. Os problemas são policêntricos e sua solução não está preestabelecida na lei, o que acarreta grandes dificuldades para a atuação jurisdicional.

A ideia de sociedade como criação é mais adequada para descrever o grupo de pessoas lesadas em um litígio irradiado. Diante disso, a comunidade é a interação que existe entre seus membros devido à sua fluidez e a composição de vários titulares de direitos transindividuais. Como resultado, a sociedade não deve ser tratada de forma despersonalizada, pois as consequências da lesão são vistas de diferentes formas e vivenciadas por indivíduos de várias maneiras (VITORELLI, 2019).

O litígio coletivo irradiado tem como subespécie o litígio coletivo estrutural, assim caracterizando-se por uma variedade de subgrupos sociais que são violados de diferentes formas e em graus variados, afetando cada um deles. Nesses grupos, existem interesses diferentes que acabam gerando uma falta de coesão social. No entanto, esta categoria difere-se “na medida em que o dano resulta da operação de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que pode ser alguma instituição política ou programa, e que sua dissolução requer a reformulação dessa estrutura” (VITORELLI, 2020, p. 52-60).

Portanto, o processo judicial coletivo que “causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação de direitos pela forma como funciona” é conhecido como processo estrutural. Este processo pode ser público ou privado e visa reorganizar a estrutura julgada (VITORELLI, 2020, p. 60).

O próximo capítulo abordará os casos paradigmáticos no processo estrutural.

4. CASOS PARADIGMÁTICOS NO PROCESSO ESTRUTURAL

4.1 ADPF n° 347

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 foi proposta pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), inspirada em um julgado de 1997 da Corte Constitucional da Colômbia e pede o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional, além de medidas para interromper a violação generalizada de direitos humanos nos presídios e proteger a dignidade, a vida e a saúde das pessoas presas. A medida cautelar foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal e, com isso, a ideia de processo estrutural passou ser amplamente discutida, pois além das medidas cautelares, requereu-se a elaboração de um plano nacional visando em três anos medidas como a superação do quadro atual, redução da superlotação, diminuição dos presos provisórios, adequação dos alojamentos e instalação e a separação dos presos por gênero, idade e situação processual.

No julgamento da demanda, em seu voto, o relator ministro Marco Aurélio identificou a existência de um litígio estrutural no qual, segundo o ministro, diversos dispositivos nucleares de direito fundamental da Constituição Federal foram ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV) (BRASIL, 2015, p. 7).

Em sua decisão, o ministro Marco Aurélio, em 2015, aponta mau funcionamento das instituições, ou seja, a própria estrutura institucional cria o litígio, seja por transgressão da legislação interna dos presídios, a lei de execução penal, a qual é clara em proteger diversos direitos que não são respeitados, como cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados e da Lei Complementar nº 79/94, que cria o fundo Penitenciário Nacional - FUPEN, gerido pela União, dificultando o financiamento de novas políticas públicas (BRASIL, 2015, p. 9).

O relator destacou a responsabilidade dos três poderes em relação ao atual cenário do sistema carcerário, evidenciando a clara ineficiência das ações estatais. Marco Aurélio denominou como “falha estatal estrutural”, pois as leis que já existem não são cumpridas, devido à incomunicabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo. O relator destaca que a solução para os designados litígios estruturais se inicia com “alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas”. Diante disso, a resolução do litígio somente terá êxito com a coordenação oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal por meio de intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (BRASIL, 2015, p. 13).

Diante da situação fática, a decisão liminar do relator restringiu-se em apenas determinar que o Conselho Nacional de justiça regulasse a implementação da audiência de custódia e que a união liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

Conforme todo o exposto, fica evidenciado que a Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) 347 possui elementos suficientes para ser um processo estrutural, pois existe direitos de toda uma coletividade sendo ofendidos por falhas estruturais do próprio estado, decorrente das políticas públicas prisional e criminal, que para a solução necessita da atuação dos três poderes por meio de um diálogo institucional.

O caso em questão adequa-se claramente ao conceito de processo estrutural descrito por Didier, Zaneti e Oliveira, em que configuram o problema estrutural por um quadro de ilicitude contínuo e permanente ou por uma situação diversa do estado de coisas considerado ideal. Em suma, ele equivale a um “estado de desconformidade que demanda intervenção estruturante e pode ou não ter sido gerado por condutas ilícitas, podendo ou não gerar ilícitos” (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2020, p. 104-105).

4.2 Barragem Brumadinho

As barragens I, IV e IV-A, do Complexo Minerário Córrego do Feijão pertencentes a mineradora Vale S/A, romperam-se despejando cerca de 13 milhões de rejeitos. A lama ocasionou a morte de 270 pessoas, destruição de casas, estradas, ferrovias, alcançando o rio Paraopeba, impossibilitando a locomoção, acesso a água e até mesmo as atividades econômicas. A avalanche acarretou impactos graves ao meio ambiente, além de impactos sociais e econômicos em toda região. O Ministério Público de Minas Gerais, após o desastre, agiu rapidamente em todas as frentes, no intuito de proteger os direitos dos lesados e a responsabilização dos envolvidos (RODRIGUES, 2022).

O conceito do processo estrutural, já apresentado linhas atrás, pode ser observado no estado de desconformidade das coisas, na multiplicidade de interesses envolvidos na lide estrutural, ultrapassando a lógica binária dos processos individuais. No caso de Brumadinho, verifica-se a vasta demanda de interesses, pois o rompimento da barragem afetou, direta ou indiretamente, mais de 35 municípios mineiros, acarretando uma série de demandas de reparação socioeconômica das comunidades, reparação ambiental, indenizações referentes os danos materiais e morais, programas de transferência de renda às comunidades atingidas, dentre outras (BRASIL, 2019).

A coletividade está presente no caso Brumadinho, pois a grande maioria dos processos estruturais são de natureza coletiva. Em Brumadinho, fica evidente o dano ao coletivo, uma vez que toda a comunidade foi afetada, prejudicando sua estrutura, justificando as inúmeras ações civis públicas demandadas nesse período (BRASIL, 2019).

A terceira característica típica referente ao aspecto material da lide seria a complexidade, devido a multipolaridade envolvida, possibilitando que um problema tenha variadas soluções, surgindo diferentes formas de alcançá-las, tendo como objetivo não somente a solução da lide em questão, mas da causa raiz do problema. A complexidade no caso de Brumadinho é inquestionável. A quantidade de questões que o juízo deverá decidir é considerável, e vão de indenizações até mesmo o plano de recuperação socioeconômico e ambiental. Diante do caso exposto, entende-se que o processo estrutural tem como objetivo envolver as partes envolvidas nas decisões judiciais (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2017). Ademais das características materiais, será analisada a ação de

Tutela Cautelar em Caráter Antecedente com Pedido de Liminar proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais e a petição inicial proposta pelo Ministério Público Federal, tendo em vista que ambas possuem elementos que caracterizam como processo estrutural (BRASIL, 2019).

A ação nº 5044954-73.2019.8.13.0024 de Tutela Cautelar em Caráter Antecedente com Pedido Liminar, pediu bloqueio dos bens do réu, para garantir a reparação do dano causado e viabilizar as medidas emergências. Na decisão, foram deferidos os pedidos solicitados tendo em vista a dimensão dos danos causados e do risco iminente de rompimento da barragem VI (BRASIL, 2019).

Na ação, foram utilizadas composições consensuais extraprocessuais a fim de se solucionar os problemas ocasionados pelo rompimento das barragens, evitando-se acionamento do poder público. Com isso, três recomendações foram expedidas pelo Ministério público. A primeira recomendação, PJ-CEDEF N° 01/2019, orientou a ré a elaborar um plano emergencial de localização de resgate dos animais atingidos. Já a recomendação PJ-CEDEF N° 02/2019 orientou a Vale S/A a verificar os pontos de escassez hídrica. A PJ-CEDEF N° 03/2019 orientou a mineradora sobre a mortalidade da fauna aquática no curso afetado pelos rejeitos. Todas as recomendações possuíam objetivo fixo, com fixação de prazo e de envio de relatórios (BRASIL, 2019).

Foram firmados termos entre a mineradora e a União para custear contratação e remuneração de laboratório para análise da água usada no abastecimento. Já entre o Ministério Público Federal e o Povo Indígena Pataxó HãHãHãe Pataxó da Comunidade NaôXohã, que estava representando a FUNAI, foram firmados termos sobre a implementação de medidas emergenciais no intuito de mitigar os danos econômicos e ambientais causados a comunidade indígena. O pacto firmado com a Defensoria Pública foi no tocante à regulamentação das indenizações dos danos morais e materiais das vítimas. Com o Ministério Público de Minas Gerais, Ministério Público Federal, Defensoria Pública Estadual e da União ficou acordado o fornecimento de assessoria técnica, a fim de propiciar o direito à informação para as pessoas lesadas pelo rompimento. Por fim, foi firmado pacto com o Estado de Minas Gerais para o custeio das despesas na contratação dos servidores temporários no qual foram lotados em diversos cargos públicos desde o início do rompimento da barragem (BRASIL, 2019).

Na referida ação, foram realizadas dezesseis audiências, nas quais foram discutidas as questões do referido processo e de outras ações em virtude da conexão. As audiências contaram com a presença dos órgãos públicos responsáveis pela reparação do dano, de organizações não governamentais, da comunidade atingida, do Poder Legislativo Municipal e da Universidade Federal de Minas Gerais. As audiências iniciais tiveram como finalidade buscar a solução para os problemas de abastecimento das regiões afetadas; posteriormente, a Vale S/A concordou no pagamento de assistência técnica especializada, escolhida pelos atingidos (BRASIL, 2019).

A Universidade Federal de Minas Gerais, com objetivo de avaliar e de identificar a amplitude dos danos causados pelo rompimento da barragem, elaborou o Projeto de Avaliação de Necessidades Pós-Desastre do Colapso da Barragem da Mina Córrego do Feijão, propondo

também a criação de um comitê técnico que atuaria como perito judicial, auxiliando o juízo nas questões específicas (BRASIL, 2019).

A matéria principal nas audiências realizadas referia-se ao pagamento emergencial para ajudar as famílias afetadas, tendo-se em vista que estavam impossibilitadas de exercer atividade econômica e necessitavam de renda para sua subsistência. Os pagamentos foram realizados após acordo entre o Estado de Minas Gerais e a mineradora Vale S/A por meio do processo eletrônico nº 5010709-36.2019.8.13.0024 (BRASIL, 2019).

Nesta mesma ação, foram realizadas duas reuniões extraprocessuais. Na primeira reunião, a AECOM do Brasil Ltda. apresentou os relatórios das auditorias realizadas e foram discutidas as ações que estavam em vigência para garantir a estabilidade das estruturas do Complexo Córrego do Feijão. Nesta reunião, estavam presentes os representantes da Vale S. A., MPF, Advocacia Geral da União, MPMG, Corpo de Bombeiros. Já na segunda reunião extraprocessual, foi disponibilizado o terceiro relatório de auditoria concluído, fixando o comprometimento que os rejeitos lançados até o rio Paraopeba seriam retirados e que não seria realizado o reaproveitamento, e sim o descarte. Foram discutidos meios e métodos técnicos para a obtenção de água para os afetados do Córrego Pires e o estudo de obras para propiciar a estabilidade das demais estruturas (BRASIL, 2019).

Na petição inicial, o Ministério Público Federal age em face da Agência Nacional de Mineração (ANM), destacando que os litígios coletivos nem sempre surgem de uma ilegalidade isolada, mas sim de reiteradas ações que ocasionam resultados ilícitos. Nesta mesma petição, o Ministério Público Federal enfatiza o sucateamento da Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), autarquia vinculada ao ministério de Minas e Energia, e da ANM. A falta de recursos humanos e fiscalizatórios é comprovada por meio do memorando nº 242/2011, presente nos autos que o estado de Minas Gerais, mesmo respondendo por aproximadamente 48% do PIB mineral brasileiro, conta apenas com cerca de 7% do quadro de servidores do DNPM, ficando evidente o acúmulo de serviços e a morosidade nos serviços prestados pelo DNPM, sucedido pela ANM. (BRASIL, 2019)

Comprova-se a ineficácia da autarquia no cumprimento das suas funções por meio da análise do Tribunal de Contas da União (TCU) presente nos autos, constatando que o estado mineiro possui cerca de 144 (cento e quarenta e quatro) barragens de rejeitos que não foram vistoriadas se quer pelo menos uma vez entre 2012 e 2015 (BRASIL, 2019).

Na ação, o Ministério Público Federal destaca que a má gerência das políticas orçamentárias da União impossibilitou a DNPM de realizar suas funções principais. Neste caso, a estrutura burocrática diante do seu falho funcionamento dá origem ao litígio estrutural (VITORELLI, 2021).

No mérito da ação em questão, o autor alega que a pretensão da demanda é reorganizar a estrutura burocrática pública entre a União e a Agência Nacional de Mineração, a fim de propiciar ao cidadão o direito constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e que este direito não continue sendo lesado por tragédias como esta, que irresponsavelmente se repetem (BRASIL, 2019).

Na petição inicial, o MPF entende que como se trata de um problema estrutural, não poderia ser conduzido por um processo civil comum. Em seguida, o MPF descreve como se organiza o processo estrutural, sendo estes tópicos os pedidos que serão apresentados. No primeiro momento, deve ser identificada a amplitude do litígio, permitindo-se a participação de diferentes grupos interessados. Posteriormente, seria necessário a elaboração de um plano para a reorganização da instituição, e sua implementação poderia ser de forma compulsória ou negocial. Após a implementação, deve-se avaliar, por meio da participação dos grupos afetados, se o resultado social do processo foi alcançado ou se necessita de alguma correção. Por fim, após a revisão do plano implantando, verifica-se sua aplicação até que o litígio seja solucionado, alcançando-se, assim, o resultado social e a reorganização da estrutura (BRASIL, 2019).

A proposta apresentada pelo MPF, não se enquadra na resolução dos conflitos por uma “canetada”, e sim na migração do Poder Judiciário de um modelo repressivo para um resolutivo e participativo. De acordo com as ideias de Didier Jr. e Zaneti Jr, o juiz abre mão da centralidade no processo devido à complexidade do problema da escolha das medidas necessárias, permitindo ao processo a ampla participação de todos os envolvidos, inclusive a sociedade civil, para delimitação de um programa de resolução do conflito, com fundamento nos princípios da solução consensual (DIDIER; ZANETI, 2017).

5 A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURAIS NO CASO PETRÓPOLIS/RJ

Devido à sua localização na Região Serrana do estado do Rio de Janeiro, a cidade de Petrópolis é frequentemente afetada por desastres naturais, como deslizamentos de terras. Tais desastres, na grande maioria dos casos, são provocados por tempestades de alta densidade, resultando em desastres ambientais complexos.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o município de Petrópolis é o décimo sexto maior em extensão territorial do estado do Rio de Janeiro, dividido em cinco distritos: Petrópolis, Cascatinha, Itaipava, Pedro do Rio e Posse. O município é composto por áreas rurais e urbanas, com altitude média de 845 metros. Essa diversidade de espaço e uso da terra é uma característica significativa da comunidade (IBGE, 2020).

Segundo o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), Petrópolis está localizada na Área de Proteção Ambiental (APA), criada em 1982, possuindo o seu bioma predominante a Mata Atlântica. A finalidade da criação desta APA foi a preservação dos remanescentes da Mata Atlântica, uma vez que o objetivo é o uso sustentável dos recursos naturais dela, sua conservação do conjunto cultural e paisagístico e melhoria da qualidade de vida na região. Não obstante, com o passar dos anos, o município foi apresentou um grande desenvolvimento urbano, a vegetação nativa foi substituída por uma maior ocupação de pessoas, ou seja, desmatada para dar lugar a ocupações irregulares e desordenadas, deixando a região mais sensível para deslizamentos (GUERRA et al., 2007).

Vale ressaltar que o foco deste estudo é o município de Petrópolis, que é frequentemente afetado por desastres naturais como transbordamentos e enxurradas devido a sua localização em uma área com expressiva declividade e relevo. O rio Quitandinha é responsável pelo maior histórico de transbordamentos do estado e tem um rápido tempo de resposta às tempestades que ocorrem na região da baía (CARMO et al., 2018). Mais de 3.000 deslizamentos atingiram a região serrana do estado do Rio de Janeiro em 2011, matando milhares de pessoas e prejudicando gravemente a infraestrutura urbana e rural da região (COELHO NETTO et al., 2013).

No ano de 1988, ao todo 171 pessoas morreram vítimas de outra tempestade que assolou a região, segundo dados da Defesa Civil. O primeiro registro divulgado pelo órgão é de 1966, quando houve 80 óbitos. No dia 5 de fevereiro de 1988, uma sexta-feira, desabou sobre Petrópolis outra chuva torrencial que também destruiu parcialmente a Cidade Imperial. A tragédia, há 34 anos, deixou ainda mais de 4 mil desabrigados e milhares de feridos. Os dados de óbitos constam no Plano de Contingência para Inundações da Defesa Civil de Petrópolis. Depois de 1988 e de 2022, o pior desastre na cidade foi registrado em 1979, com 87 mortes. Em 1966, houve 80 mortos. Na sequência vêm as tragédias de 2011 da Região Serrana, 73 mortes, outra em 2001, com 51 mortes, e outra em 2013, com 13 mortes (SATRIANO, 2022)

Na catástrofe em 1988, no tocante às chuvas e deslizamentos na região, barreiras desabaram e caíram em pelo menos 500 ruas, dificultando, assim, os acessos a Petrópolis pela BR-040, que ficaram bloqueados em ambos os sentidos, evidenciando o problema estrutural na região metropolitana do Rio de Janeiro (SATRIANO, 2022).

Trinta e quatro anos passaram-se desde aquela noite de fevereiro de 1988. Ainda assim, a resposta do poder público continua precária. Registrou-se, na época, que a escassez no efetivo foi, a princípio, suprida por quase 40 militares do Exército que imediatamente foram para as ruas (SATRIANO, 2022).

Foi registrado que as equipes de resgate, considerando homens da Defesa Civil de Petrópolis, da Polícia Militar e do Exército, somavam 800 pessoas. Mesmo assim, apontava-se que o efetivo era insuficiente para lidar com a tragédia humanitária. Dito isso, o cenário de 1988 repetiu-se assolando a população petropolitana no último dia 15. Portanto, foi feita a remoção de escombros (SATRIANO, 2022).

Para a classificação de um desastre natural, observados os casos de deslizamento ou transbordamento, é fundamental que haja uma grande implicação na região no que diz respeito à relação da população humana com o meio ambiente. Catástrofes ambientais devem ser compreendidas a partir do momento que é feita uma análise de consequência e resultados da dificuldade de interação entre um evento físico potencialmente prejudicial, como os citados anteriormente, e a fragilidade de uma população que está a ele está exposta. Portanto, esses eventos têm diferentes graus de impacto e as pessoas atingidas, assim como a região, podem ter dificuldade de reestruturação, que pode levar anos (LICCO, 2013).

Diante das informações expostas, identifica-se a existência de um litígio estrutural, pois apresenta características típicas como multipolaridade, coletividade e complexidade. Os deslizamentos em Petrópolis/RJ afetam a comunidade como um todo, podendo ocorrer as mais diversas lides, como a morte de centenas de pessoas, destruição de casas, carros, inundações de ruas, bem como a paralisação da atividade econômica na região (PUENTE, 2022).

Além de Petrópolis apresentar características explícitas de um litígio estrutural, verifica-se o mal funcionamento da estrutura pública que, mesmo com o conhecido caráter cíclico das catástrofes, não foram realizados procedimentos eficazes a longo prazo para conter a tragédia. As medidas realizadas pelos governos municipais e estaduais apenas amenizam o problema já existente, mas não são capazes de combater a causa raiz da lide.

Devido a tragédia em 2011, Petrópolis foi a cidade escolhida para participar do projeto GIPES, uma cooperação técnica-científica com o Japão, para o treinamento das defesas civis locais, porém o projeto foi encerrado em 2018 por falta de interesse do governo na renovação. O mesmo ocorreu com o Plano Municipal de Redução de Riscos, levantamento realizado pela Prefeitura de Petrópolis que desde 2007 já indicava os locais de perigo (RESENDE, 2022).

Uma nova versão do Plano Municipal de Risco foi realizada novamente em 2017, pela empresa Theopratique Obras e Serviços de Engenharia e Arquitetura constatou mais de 27.704 imóveis em situação de risco alto ou muito alto. O plano possui detalhamento específico apontando quais recursos deveriam ser investidos em cada área, em ações como reassentamento, saneamento básico e infraestrutura. No referido Plano, das 102 regiões, destaca-se que o Oswero Vilaça, possui mais casas em perigo, local este conhecido como Morro da Oficina, local crítico da tragédia de 2022 (CORSINI; MARTINI; ROCHA, 2022).

O Governo Municipal de Petrópolis sempre esteve ciente dos perigos envolvendo as chuvas, porém se manteve inerte. Neste caso, a estrutura burocrática pública que viabilizou a ocorrência do litígio estrutural necessita ser reorganizada a fim de sanar o litígio enraizado (VITORELLI, 2018).

Uma vez reconhecida a existência de um processo estrutural, e como de início não há um procedimento especial para a reestruturação de situações em desconformidades, pode ser usado o processo falimentar como base para o processo estrutural, que se desdobra em duas fases (DIDIERJ; ZANETI; OLIVEIRA, 2020). A primeira fase destina-se à análise da existência do processo estrutural, por meio das características essenciais dos litígios nesta fase, sendo necessário atenuar-se a regra da congruência objetiva externa, permitindo-se a possibilidade de alteração do objeto do pedido e que todos os grupos de interesse sejam ouvidos, de acordo com o artigo 385 do Código Civil (BRASIL, 2015).

Devido à impossibilidade de definir previamente os procedimentos no processo estrutural, por causa da variação dos litígios estruturais, uma vez que variando o objeto da ação alteram-se os procedimentos a serem utilizados, é imprescindível a utilização da consensualidade na possibilidade de ajustar os negócios processuais em consonância com o artigo 190, do CPC, bem como a flexibilidade nos procedimentos processuais, como a atipicidade dos meios (art. 369, CPC),

a atipicidade das medidas executivas previstas (art. 139, IV, e art. 536, 1º, CPC) e a atipicidade dos instrumentos de cooperação judiciária (art. 69, CPC), possibilitando, assim, abertura de processo para a participação de terceiros, garantindo-se maior legitimidade democrática.

O Ministério Público, a Defensoria Pública, Defesa Civil, representantes do Legislativo e Executivo Municipal deverão usar essencialmente as reuniões extraprocessuais e as audiências otimizando-se a produção probatória, adequando-a para o problema em pauta. (DIDIERJ; ZANETI; OLIVEIRA, 2020). Esse instrumento foi utilizado nas Ações Cíveis Públicas do caso Brumadinho já citado, no qual houve elevado uso das audiências que possibilitaram a troca mais rápida de informações e a rapidez das demandas (DIDIERJ; ZANETI; OLIVEIRA, 2020).

Em um primeiro momento, o processo estrutural buscará identificar a desconformidade e apurar os direitos fundamentais lesados, bem como os sujeitos afetados. No caso de Petrópolis, partes dos seus moradores foram atingidos em consequência do estado de desconformidade que feriu inúmeros direitos fundamentais. Vencida esta primeira etapa, surge a necessidade da criação de um plano de alteração do funcionamento da instituição, por meio da decisão estrutural, estabelecendo-se as metas a serem atingidas com objetivo de sanar o problema raiz, que seria o mal gerenciamento do governo municipal e estadual em relação ao trabalho de fiscalização e de contingência das áreas de riscos, como enchentes, deslizamentos (VITORELLI, 2018).

Após a decisão estrutural, permite-se estabelecer os mecanismos para uma melhor reestruturação pretendida no processo. Caso o juiz sinta a necessidade, pode se informar com "experts" sobre os melhores caminhos para a sua decisão para alcançar um estado ideal. Como se refere à reestruturação da organização burocrática defeituosa de Petrópolis, bem como aplicação de políticas públicas que deverão ser aplicadas, por conta do seu vasto processual, o juiz declina do seu papel central no processo, possibilitando-se que a discussão do litígio seja mais aprofundada por peritos, Defesa civil, Corpo de bombeiros, Ministério Público, legislativo municipal, podendo também afirmar que esses meios sejam definidos em momentos posteriores, tendo em vista que essa é a fase mais duradoura do processo estrutural, pois não esgota a função jurisdicional, e também representa a fase mais participativa do juiz no processo, para a correção do estado de desconformidade (DIDIERJ; ZANETI; OLIVEIRA, 2020).

Em um segundo momento, a fase do processo estrutural é iniciada com a concretização das medidas cabíveis para o alcance do objetivo determinado na decisão estrutural de Petrópolis. Diferentemente da primeira fase, que tem como objetivo o reconhecimento do efeito pretendido, o objetivo dessa segunda fase é a implementação dos modelos necessários para a obtenção do resultado pretendido no início do processo, o que não significa dizer que o entendimento da segunda etapa se resume apenas à identificação da meta final. É de suma importância detectar e entender os mecanismos necessários para a sua obtenção (DIDIERJ; ZANETI; OLIVEIRA, 2020).

Na segunda fase do processo estrutural, faz-se necessário que a decisão estrutural defina o tempo, modo e grau de reestruturação. O tempo para reestruturação geralmente não ocorre rapidamente. Necessita-se de um período de maturação para restauração efetiva e duradora, possibilitando aplicação de medidas mais urgentes (DIDIERJ; ZANETI; OLIVEIRA, 2020).

No caso de Petrópolis, como se trata de reorganizar a estrutura de gestão da Prefeitura e da Defesa civil, no que tange à fiscalização e à prevenção dos deslizamentos e enchentes na cidade, seria algo gradual e levaria um prazo considerado. Porém levando-se em consideração as medidas urgentes como plano de recuperação socioeconômico das pessoas afetadas, mapeamento das áreas de maior risco, remanejamento das famílias em locais de risco, reassentamento, saneamento básico e obras de infraestrutura para prevenção de novas tragédias, esta implementação deve ser realizada com auxílio profissionais devidamente habilitados como a Defesa Civil, considerando-se que o juiz nem sempre dispõe de conhecimento e tempo necessários à implementação desse tipo de decisão (DIDIERJ; ZANETTI; OLIVEIRA, 2020).

Para manter e assegurar as medidas da implementação da decisão estrutural no caso de Petrópolis, o juiz deve realizar medidas coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial nos moldes do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, bem como o juiz poderá impor multa, busca e apreensão e a remoção de pessoas e coisas, além do desmanche de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial em consonância com o artigo 536, §1º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Surge a necessidade da criação de um regime de transição pelo órgão julgador para implementação das medidas entre a situação atual e a que se pretende alcançar, nos mesmos moldes que orienta a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu artigo 23, do Decreto nº 4.657/1942, e que recentemente foi alterado pela Lei nº 13.655/2018, que preceitua o dever do órgão judicial estabelecer interpretação do conteúdo da norma aplicada, bem como prever regime de transição, para que a decisão seja cumprida de forma proporcional e eficiente, sem prejuízos gerais (BRASIL, 2015).

No caso fático de Petrópolis, tendo-se em vista a complexidade da implementação da decisão, o regime de transição irá atuar na fiscalização/avaliação da aplicação do plano proposto e das medidas estruturantes, podendo ser convencionada a nomeação de um comitê técnico e especializado para o acompanhamento, nos mesmos moldes que ocorre no processo falimentar previsto na Lei nº 11.101/2005, bem como a exigência de relatórios periódicos e a realização de audiências com os envolvidos, além da realização das inspeções judiciais. Nesse momento do processo, é imprescindível que haja amplas discussões e amostra de provas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo desenvolveu-se em três partes. A primeira parte consistiu na pesquisa bibliográfica, tendo como objetivo apontar a classificação do direito de promover um processo estrutural, buscando suas origens e pressupostos, e foi baseada em estudos de artigos de doutorados; foram também observadas as características do processo em questão, cuja base esteve

na produção doutrinária específica sobre o tema de Edilson Vitorelli, Fredie Didier e Sérgio Cruz Arenhart. Em um segundo momento, tratou-se do prosseguimento do conceito de processo estrutural, indispensável para o estudo da jurisprudência, feita na terceira parte da pesquisa, na qual se analisaram os casos e os deslizamentos causados pelas chuvas em Petrópolis/ RJ.

Os pressupostos que inicialmente foram vistos se referiam ao fato de que o processo estrutural é direito fundamental e que as ações em tela têm cabimento ao estabelecido desse processo.

Para a obtenção dos pressupostos, o entendimento do conceito de processo estrutural apresentou-se como o ponto central no artigo, pois, apesar de se aprofundarem alguns conceitos desse tema na doutrina, pretendeu-se ajudar com as discussões sobre o assunto, tendo-se chegar a uma uniformidade.

Tendo-se em vista que o processo estrutural representa um procedimento que tem sua adaptação destinada a proteger direitos fundamentais, tudo deve ser resolvido na medida do possível, observando-se decisões precisamente corretas e materialmente justas, pois, trata-se de um direito fundamental a um procedimento posto.

De acordo com o que se diz a respeito do processo estrutural e ações judiciais que foram vistas, sendo verificada a presença ou não dos componentes essenciais do conceito visto no presente artigo, notou-se que tais ações almejavam impedir a ocorrência de danos e reparar aqueles causados pelos deslizamentos na região de Petrópolis/ RJ, mas não foram destinadas a corrigir os problemas estruturais de políticas públicas de segurança da cidade de Petrópolis/ RJ, seja em uma instituição pública ou privada.

7 REFERÊNCIAS

ALVIM, Carlos Eduardo. **Três anos após tragédia da Vale, famílias ainda vivem angústia à espera de localização de 6 vítimas: 'a lama não é o lugar deles'**. Disponível em: <https://correiodeminas.com.br/2022/01/25/tres-anos-apos-tragedia-da-vale-familias-ainda-vivem-angustia-a-espera-de-localizacao-de-6-vitimas-a-lama-nao-e-o-lugar-deles/>. Acesso em: 04 set. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 225 p.389, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 475-491.

ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. Curso de processo estrutural. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, Thomson Reuters Brasil, 2021.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL, Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

BRASIL. Projeto de Lei 8.058, de 04 de novembro de 2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347/DF. Plenário; Relator: Min. Marco Aurélio de Mello, 09 set. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 07 set. 2022.

SASSA, K., CANUTI, P., Yin, Y. (Eds.), Landslide Science for a Safer Geoenvironment. **Springer**, Switzerland, Vol. 1, pp, 117-122, 2014.

CARMO, L. F. R.; NASCIMENTO, M. M. S.; MARTINS, C. A.; SILVA, L. F. C.; SOUSA, R. C.; MOTA, L. L. O.; CRUZ, A. L. S. C. Desenvolvimento de modelo estatístico de elevação do Rio Quitandinha. **Revista INEANA 6**, 72-88, Centro Gráfico, 2011.

CHAYES, Abram. The role of the judge in the public law litigation. **Harvard Law Review**, v.89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

COELHO NETTO A. L.; SATO, A. M.; AVELAR, A. S.; VIANNA, L. G. G.; ARAUJO, I. S.; CROIX, D.; LIMA, P.; SILVA, A. P.; PEREIRA, R. 2013. **January 2011**: The extreme landslide disaster in Brazil. In: MARGOTTINI, C.; CANUTI, P., SASSA, K. (eds). Landslide Science and Practice. Berlin, Heidelberg: Springer.

CORSINI, Iuri; MARTINI, Paula ; ROCHA, Rayane. **Plano de prevenção apontou mais de 15 mil casas com risco em Petrópolis em 2017**. CNN Rio de Janeiro, 17/02/2022. Disponível em:

<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/plano-de-prevencao-apontou-mais-de-15-mil-casas-com-risco-em-petropolis-em-2017/?amp>. Acesso em: 16 ago. 2022.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o estado de coisas inconstitucional**: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado de Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

FISS, Owen. As formas de Justiça. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, p. 110-173, 2017.

FISS, Owen. Two models of adjudication. *In*: DIDIER Júnior, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, p. 760-767, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique. Projeto de Lei n. 8058/2014 – Considerações Gerais e Proposta de Substitutivos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 609-650.

GUERRA, A. J. T.; LOPES, P. B. M.; SANTOS FILHO, R. D. Características geográficas e geomorfológicas da APA Petrópolis, RJ. **Revista Brasileira de Geomorfologia**, n. 8, 77-86. 2007.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). 2020. IBGE Cidades. Petrópolis. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rj/petropolis/panorama> Acesso em: 07 set. 2022.

Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). 2020. APA da Região Serrana de Petrópolis. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/unidadesdeconservacao/biomas->

[brasileiros/mata-atlantica/unidades-de-conservacao-mata-atlantica/2178-apa-de-petropolis](#)
Acesso em: 07 set. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518- 4862, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8846>. Acesso em: 07 set. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Tutela Cautelar em Caráter Antecedente com Pedido Liminar 5044954-73.2019.8.13.0024. 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte. Belo Horizonte. 28 jan. 2019c. Disponível em: <https://pje-consulta-publica.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=d8ca738529a16f450d976fd3f3560df3ffbb882f1ccf14d1>. Acesso em: 15 set. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Tutela Cautelar em Caráter Antecedente com Pedido Liminar 5044954-73.2019.8.13.0024. 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte. Belo Horizonte. 28 jan. 2019c. Disponível em: https://www.mg.gov.br/sites/default/files/paginas/imagens/probrumadinho/ata_acordo_vale_04-02-2021_1.pdf. Acesso em: 16 set. 2022.

SATRIANO, Nicolás. **Com 178 mortos, tragédia em Petrópolis é a maior já registrada na história do município**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/02/20/tragedia-em-petropolis-maior-registrada-na-historia-o-municipio.ghtml> Acesso em: 10 set. 2022.

PUENTE, Beatriz. **Tragédia em Petrópolis completa um mês e mais de 600 seguem desabrigados**. CNN Rio de Janeiro, 15/03/2022, Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/petropolis-tragedia-completa-um-mes-e-mais-de-600-seguem-desabrigados/%3famp>. Acesso em: 20 set. 2022.

RESENDE, Leandro. **Estudo de 2007 da prefeitura de Petrópolis já mostrava riscos no Morro da oficina**. CNN Rio de Janeiro, 21/02/2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/estudo-de-2007-da-prefeitura-de-petropolis-ja-mostrava-riscos-no-morro-da-oficina/> Acesso em: 20 set. 2022.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **Processo estrutural**: controle jurisprudencial de políticas públicas. ed. Almedina, 2021.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista dos Tribunais online**, v. 284, p. 333-369, 2018.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2ª ed. Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Juspodivm, 2020.

ZANETI JR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos: espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 256, p. 209-218, 2016.

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE DROGAS - LEI 11.343/2006

ARMANDO MAURILLO TORRES JUNIOR:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: Neste trabalho será feita a análise se é possível aplicar o princípio da insignificância na Lei 11.343 de 2006, ou seja, o porte para uso pessoal de drogas. Nesse sentido, foi feita uma pesquisa quanto a contextualização histórica da criminalização das drogas, a criminalização de uso pessoal e do tráfico na ótica das leis brasileiras após advento da lei 11.343/2006, os reflexos na sociedade, no sistema carcerário e no sistema jurídico após seccionamento da lei de drogas, o princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro e os requisitos para sua aplicação, para ao fim responder o problema do elevado número de encarceramento em massa por crimes de drogas após o advento da lei de Drogas e estudar a existência da possibilidade de aplicação do princípio jurídico da insignificância em crimes de drogas tipificados na lei 11.343 de 2006, uma vez que a Lei de Drogas e o Código Penal silenciam sobre a quantidade que configura os delitos discriminados nos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas nº 11.343/2006.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio Da Insignificância. Lei de Drogas. Código Penal Brasileiro. Sistema Carcerário Brasileiro. Sistema Jurídico Brasileiro.

ABSTRACT: This work will analyze whether it is possible to apply the principle of insignificance in Law 11,343 of 2006, that is, possession for personal use of drugs. In this sense, an analysis was made regarding the historical contextualization of the criminalization of drugs, the criminalization of personal use and trafficking from the perspective of Brazilian laws after the advent of law 11.343/2006, the reflexes in society, in the prison system and in the legal system after sectioning of the drug law, the principle of insignificance in the Brazilian legal system and the requirements for its application, in order to answer the problem of the high number of mass incarcerations for drug crimes after the advent of the Drug Law and to study the existence of possibility of applying the legal principle of insignificance in drug crimes typified in law 11,343 of 2006, since the Drug Law and the Penal Code are silent on the amount that configures the offenses described in articles 28 and 33 of the Drug Law no. 11,343/2006.

KEYWORDS: Principle of Insignificance. Drug Law. Brazilian Penal Code. Brazilian Prison System. Brazilian Legal System.

1 INTRODUÇÃO

A presente trabalho irá dispor a respeito da aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de drogas - Lei 11.343/2006. A escolha do tema foi devido a observância dos dados que indicam elevado número de encarceramento em massa por crimes de drogas após o advento da lei de Drogas.

Tendo como objetivo analisar, do ponto de vista jurídico, as possibilidades formais que sejam capazes de garantir a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes de drogas enquadrados nos textos constitucionais da Lei de Droga, de tráfico e de consumo pessoal, passando pelo processo histórico de criminalização das drogas, e demonstrando a viabilização do uso do princípio da insignificância, abordando a relevância social de tal condução, amparando ainda fundamentação com outros princípios jurídicos como a proporcionalidade. Adentrar na conceituação, contextualização e possibilidade de abrangência do princípio jurídico da insignificância e julgados de sua aplicação na Lei de drogas, explorar as circunstâncias cabíveis de uma conduta anteriormente condenada como tráfico de drogas ou como porte, pela Lei de Drogas, de acordo com a quantidade e com outros requisitos subjetivos e objetivos do princípio da bagatela, e assim, ser excluída a tipicidade através de aplicação, advindo do enquadramento da ação no princípio jurídico da insignificância, levando em consideração ainda outros princípios usados no ordenamento pátrio, como as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988. Expor possíveis prejuízos sociais da não previsão expressa de tal princípio em lei, tampouco de parâmetros de quantias para a desconsideração de conduta delituosa ao ponto de não tipificar um agente nem no artigo 33 de tráfico de entorpecentes ou no artigo 28 de posse de substâncias ilícitas mesmo que para consumo próprio, ambos com previsão legal na Lei 11.343 de 2006.

Desta forma, será respondida a problemática do elevado número de pessoas presas por crimes de droga após a publicação da lei de drogas e a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância na norma, uma vez que, a lei de drogas e o código penal brasileiro são silentes sobre a quantidade que configura os delitos.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

O uso de substâncias entorpecentes advém desde os primórdios da humanidade, e com o processo evolutivo natural da sociedade se fez necessário debate e tomada de medidas para repressão em razão de sua nocividade. Os crimes relacionados com envolvimento de substâncias ilícitas são os maiores em números de apenados no sistema carcerário brasileiro, sabe-se que o uso de drogas é um grave e antigo problema da sociedade brasileira que perpetua até a contemporaneidade.

Nas ordenações Filipinas já existia a preocupação com uso de drogas, isso pode ser visto em seu Título LXXXIX o qual dissertava: "que ninguém tenha em casa rosagar, nem a venda, nem outro material venenoso".

No Código Criminal do Império, apesar de não ter disciplinado sobre a matéria, houve o Regulamento de 29 de setembro de 1851, havia a atenção a parte que mencionava da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos.

Após tivemos o Código de 1890 que definia como crime "expor a venda, ou ministrar substâncias venenosas sem legitima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários" apenas esse dispositivo foi capaz de conter a onda de toxicomania que invadiu nosso país após 1914.

Entretanto a falta de legislação efetiva, os resultados de repressão foram precários, então em 1936 tivemos o grande impulso contra o uso de tóxicos através do Decreto Lei 891/1938 inspirado na Convenção de Genebra de 1936 e traz a relação das substancias consideradas entorpecentes, normas restritivas de sua produção, tráfico e consumo, como trata da internação e interdição civil dos toxicômanos.

Já a Constituição Federal de 1988 fez referência ao tráfico de entorpecentes como crime inafiançável (art. 5º, XLIII), insuscetível de graça e anistia.

Também fez menção ao tráfico, ao disciplinar que o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado, desde que comprovada a sua participação em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, independentemente se o crime cometido foi antes ou depois da naturalização (art. 5º, LI).

Assim, dispôs no seu art. 243 e parágrafo único que as glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, assim como os bens decorrentes do tráfico ilícito serão apreendidos, confiscados e utilizados em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DE USO PESSOAL E DO TRÁFICO NA ÓTICA DAS LEIS BRASILEIRAS APÓS ADVENTO DA LEI 11.343/2006

O legislativo com intuito de tentar inibir o tráfico de drogas e organizações criminosos, no ano de 2006, fez entrar em vigor no ordenamento jurídico pátrio, a Lei nº 11.343, conhecida como a Lei de Drogas, desde então o que se viu com bastante clareza foi o aumento de apenados acusados de crimes relacionados à lei supracitada, mas até esse momento existiam leis que foram suas antecessoras.

A Lei nº 6.368 de 1976 apresentava medidas para reprimir e prevenir tráfico e também o uso indevido de substâncias entorpecentes, ou seja, tratava usuários como criminosos, pois a posse de drogas mesmo que para uso próprio era considerada como conduta criminosa com previsão de pena-detenção de 6 meses a 2 anos, e essa criminalização de usuário trouxe diversas discussões de doutrinadores, que em sua maioria criticaram e passaram a sustentar até por jurisprudência que o consumo de drogas não tipifica como delito.

Já no ano de 2002, entra em vigor a Lei nº 10.409 que discorria sobre “a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas” sendo ainda as que fosse classificadas pelo Ministério da Saúde que causem dependência física ou psíquica, então nesse momento no ordenamento jurídico, o assunto de entorpecentes era versado pela Lei nº 6.368/76 em concomitante com as alterações feitas pela Lei nº 10.409/02, e de acordo com Moreira (2004) em suas palavras: “a lei era extremamente confusa, tanto que permitia diferentes interpretações, além de conter erros de técnicas legislativas”.

Assim, após fortes novas críticas, já em 2006, foi sancionada a Lei nº 11.343/06, revogando então a Leis nº 6.368/76 . De acordo com Mendonça (2008) a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) pela nova lei de drogas trouxe um esclarecimento para o sistema que refletia na da lei, que seria a dupla finalidade, onde de um lado visa-se a prevenção do uso indevido de entorpecentes, a atenção e a reinserção em sociedade de usuário e de dependentes químicos, do outro lado institui a repressão da produção de ilícitos e do tráfico de drogas.

4 OS REFLEXOS NA SOCIEDADE, NO SISTEMA CARCERÁRIO E NO SISTEMA JURÍDICO APÓS SECIONAMENTO DA LEI DE DROGAS

Em 2021, o Departamento Penitenciário Nacional do Governo Federal, apresentou os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias colhidos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), que demonstrou que 29,9% dos condenados, estão nessa situação por crimes da lei de drogas, essa incidência penal somente fica atrás dos crimes contra o patrimônio.

De acordo com JUNQUEIRA (2010), a intervenção penal não se faz necessária a toda lesão causada a bem jurídico que possua dignidade penal, pois algumas condutas causam lesões tão ínfimas, que uma intervenção penal gravosa aplicada seria desnecessária, além de desproporcional.

Quanto à Lei nº 11.343 de 2006, demonstrou-se urgência para além da contenção dos delitos de tráfico de substâncias ilícitas, também para a repressão de organizações criminosas, que no entendimento de CARVALHO (1996), traz uma reflexão importante sobre uma possível extinção da pena de prisão para usuários, descriminalização que não aconteceu na lei supracitada, para assim uma melhor punição para os crimes realmente danosos e lesivos da sociedade, e a partir daqui já se pode entender a necessidade do uso do princípio da insignificância.

Existem divergências de fontes oficiais quanto ao número de presos no Brasil e na presente pesquisa que foi baseada nos dados apresentados pela SISDEPEN, mas todas as coletas e análises de dados convergem para um mesmo entendimento, o de que a atual Lei de Drogas nº 11.343/06 aparece como uma das causas principais do aumento em massa do encarceramento no Brasil.

Outra pesquisa feita no estado do Rio de Janeiro pela Defensoria Pública, apresentou que 28% dos presos como sendo “traficantes” de cocaína estavam com cerca de 20 gramas totais de droga. Em outro estado, na cidade de São Paulo, a ONG Sou da Paz em 2018 constatou que metade dos apenados por tráfico de drogas possuíam até no máximo 40 gramas de entorpecentes. Em Manaus até o presente momento não foi possível averiguar dados sobre quantidades apreendidas.

Um ponto em comum de diversos estudos e dados coletados por diversas entidades, é que a Lei de Drogas causou uma explosão de números de pessoas que foram presas por tráfico de drogas no País, principalmente quanto às pessoas negras. É possível assim, com base nesses dados, concluir que a lei não trouxe impactos de redução do uso de entorpecentes pela população brasileira, que era um ponto central visado pelo advento da lei supracitada. O juiz e pesquisador Luiz Carlos Valois (2016) pondera em sua obra ‘O Direito Penal da Guerra às Drogas’ (2016) sobre a lei de drogas de 2006: “Essa lei era para diminuir o número de pessoas encarceradas, mas uma

coisa que parecia que seria boa se transformou em algo ruim em razão desse ambiente de guerra às drogas que a gente vive” (VALOIS, 2016).

Para Carvalho (2008), o aumento desenfreado do consumo de entorpecentes afeta diretamente todas as classes da sociedade e assim acaba por se tornar um problema de saúde pública, o autor constata ainda que a lei protege como o bem jurídico a saúde da coletividade.

5 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO

Para Teixeira (2009) O princípio da insignificância que tem origem no Direito Romano, e foi reintroduzido no sistema penal por Claus Roxin, na Alemanha, no ano de 1964. Tem como fundamento o brocardo *minimis non curat praetor*, afirma que quando a lesão é insignificante, não há necessidade de aplicação de uma pena, pois não se trata de fato punível.

Para Franz Von LISZT (1903) a lei fazia uso excessivo da pena e indagava se não seria o caso de retornar à antiga máxima da *mínima non curat praetor*. Entretanto, somente com o trabalho de Claus Roxin de 1964, na obra “Politica Criminal y Sistema del Derecho Penal” que, ao contrário às teorias até então vigentes que protegiam a rígida interpretação da lei como forma de justiça, formula sua tese a partir de duas perguntas: “De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável no sistema?” e assim defendendo uma interpretação nova, uma interpretação restritiva para ser aplicada ao direito penal somente em caso de real necessidade de proteção ao bem jurídico.

Entretanto, nem todos os doutrinadores concordam que o princípio da insignificância tem sua origem no direito romano, pois nega sua existência no direito romano. Assim, Lopes (2000) citava que:

O Direito Romano foi notadamente desenvolvido sob a óptica do Direito Privado e não do Direito Público. Existe naquele brocardo menos do que um princípio, um mero aforismo. Não que não pudesse ser aplicado vez ou outra a situações de Direito Penal, mas qual era a noção que os romanos tinham do princípio da legalidade? Ao que me parece, se não nenhuma, uma, mas muito limitada, tanto que não se fez creditar aos romanos a herança de tal princípio.

Lopes (2000) criticava a ideia de que o princípio da insignificância já vigorava no Direito Romano. Segundo ele, não era específico porque servia de justificativa para ausência de providências do pretor no direito civil.

Conforme Lopes (2000) “o princípio da insignificância tem sua origem no pensamento liberal dos jusfilósofos do Iluminismo, a partir da evolução e do desdobramento do princípio da legalidade”.

O doutrinador Luiz Flavio Gomes (2009) conceitua o princípio da insignificância como:

Conceito de infração bagatelar: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante.

Ou seja, uma conduta ou ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não é necessário a intervenção do direito penal, haja vista este ser o direito a ser utilizado como última ratio.

O princípio da insignificância, ou princípio da bagatela, tem por premissa a não punição de condutas em que não houve grave ofensa ou lesão relevante ao bem jurídico tutelado. De acordo com exímio doutrinador Fernando Capez (2020): "Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica".

Para a teoria tripartida o crime é um fato típico e antijurídico e culpável. Esta linha de raciocínio é seguida por doutrinadores como Francisco Assis de Toledo, José Frederico Marques, Guilherme Nucci, David Teixeira de Azevedo, Hanz Welzel. O princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade material do fato, assim, retira do âmbito de proteção do direito penal e assim essa seria a natureza jurídica, a exclusão da tipicidade do fato.

O princípio da insignificância no porte de drogas ajudaria a desafogar o sistema penitenciário e conseqüentemente o sistema jurídico. No caso das drogas, onde um usuário é detido com quantidade que pode facilmente ser considerada de consumo próprio aliado a avaliação dos critérios já existente como antecedentes criminais, ajudaria a reduzir drasticamente o encarceramento em massa por apenados detidos com quantidades pequenas de entorpecentes, enquanto for claro que não houve grave lesão ao bem tutelado, neste caso à sociedade, sendo a prisão do agente desproporcional à sua conduta.

Assim a presente pesquisa visa essa aplicabilidade do princípio jurídico da insignificância, aliado aos seus requisitos, para em conjunto nos casos concretos, como a característica, a reincidência, as condições do agente, entre outras, com a análise dos requisitos objetivos e subjetivos, quando atendendo a eles, se aplique tal princípio como garantia fundamental ao agente usuário evite ser preso como traficante de entorpecentes. Bitencourt (2018) sustenta nesse sentido:

Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos

humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista. (2018)

A presente pesquisa ainda pretende usar de base jurisprudências recentes em que o próprio Supremo Tribunal Federal que sustentará a temática servindo de parâmetro principal, como o Habeas Corpus 110.475 de Santa Catarina, onde o Ministro Dias Toffoli, o relator na ocasião argumentou:

Na realidade, considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado (que tem por destinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da insignificância (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), na precisa lição do eminente Professor René Ariel Dotti (Curso de Direito Penal - Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 68, item nº 51), cumpre reconhecer que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 110.475-SC, 2012).

Também no julgamento do Habeas Corpus 127.573 São Paulo de 2020, em que foi novamente aplicado o princípio da insignificância para uma quantidade de uma grama de maconha:

Significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa. (HC 127.573/SP, 2020).

Assim, a doutrina brasileira, que se mostra mais rápida em relação aos legisladores brasileiros, encontra uma solução para desafogar os sistemas carcerários em razão do aumento de presos por porte drogas.

6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA NO TIPO PENAL TRAFICO DE DROGAS

Conforme a doutrina o crime de tráfico de drogas é conhecido como crime de perigo abstrato, ou seja, para Masson (2010):

Consumam-se com a prática da conduta, automaticamente. Não se exige a comprovação da produção da situação de perigo. Ao contrário, há presunção absoluta (*iures et de iure*) de que determinadas condutas acarretam perigo a bens jurídicos. (...) Esses crimes estão em sintonia com

a Constituição Federal, mas devem ser instituídos pelo legislador com parcimônia, evitando a desnecessária inflação legislativa (MASSON, 2010, p.180).

Assim, para os crimes de perigo abstrato não é exigido qualquer verificação de perigo presumido.

Em 2021 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ratificou o entendimento de que é inaplicável o princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas, mesmo que seja em quantidade irrisória. Para o tribunal, devido ser um crime de perigo abstrato e presumido e por tutelar a saúde pública, a quantidade da droga se torna irrelevante conforme citado abaixo:

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “não há falar-se em incidência do princípio da insignificância na espécie, porquanto inaplicável, nos termos da jurisprudência, ao delito de tráfico ilícito de drogas, na medida em que se trata de crime de perigo abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente” (AgRg no HC n. 645.726/SP, relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 8/6/2021, DJe 14/6/2021). 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 679.163/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 08/10/2021).

Com isso, o princípio da insignificância é inaplicável no tráfico ilícito de drogas devido a quantidade de drogas apreendidas ter seu caráter irrelevante. Porém, conforme o princípio da ofensividade, não existe crime sem a comprovação do dano ao bem jurídico penal protegido. Assim sendo, o delito de perigo abstrato seria uma afronta ao enunciado do *nullum crimen sine iniuria* porque configurada a punição sem a demonstração de qualquer ofensa efetiva a bens jurídicos protegidos, deveria ocorrer o afastamento da tipicidade material e a atipicidade da conduta.

Para o ministro Celso de Melo, do Superior Tribunal Federal no julgamento do HC n. 84.412/SP foi estabelecido os aspectos que nortearão a aferição do princípio da insignificância, assim sendo: a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o menor grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Todavia, apesar de estabelecer critérios para aferição do princípio da insignificância, o STF não os distinguiu. Desta forma por estarem ligados entre si, os critérios são costumeiramente confundidos. Conforme Masson (2019) o princípio da insignificância refere-se a uma política criminal, sendo necessário dar ao operador de direito flexibilidade para decidir acerca da aplicação ou não do princípio da insignificância. Logo, nos critérios estabelecidos pelo STF, analisando as decisões, verifica-se que majoritariamente o Tribunal entende que é desfavorável à aplicação do princípio da insignificância, ainda que em pequena quantidade, exemplos:

O réu flagrado com 10 pedras de substância conhecida como “crack” foi condenado em 05 anos de prisão em regime fechado:

TRÁFICO DE DROGAS – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INCOMPATIBILIDADE. O princípio da insignificância é incompatível com a prática do tráfico de drogas, pouco importando a quantidade de entorpecente. PENA – DOSIMETRIA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. A valoração de circunstâncias judiciais, no que inserida na dosimetria da pena, envolve, de regra, o justo ou injusto, não encerrando ilegalidade. (HC 129489/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgamento em 17/09/2019, Dje 03/10/2019).

Em outro caso, houve apreensão de 10 (dez) pedras de substância conhecida como “crack” e foi condenado a pena de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Ag. Rg. No HC 185.681/SP, Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2020, Dje 20/08/2020).

Porém, em entendimento recente do Superior Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.573, o Ministro Relator Gilmar Mendes, entendeu como possível a aplicação da insignificância a conduta de uma paciente que foi condenada à pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, pela posse de 01 (uma) grama de maconha.

O Ministro Relator informou a desproporcionalidade da imputação do crime de tráfico de drogas à paciente, informando ser possível o reconhecimento da atipicidade, pois o crime de perigo abstrato pressupõe um juízo de possibilidade, ou de probabilidade de dano e, no caso, não há comprovação de que 1 (uma) grama de maconha poderia colocar em risco a paz social, segurança ou saúde pública, de modo que não houve ofensa relevante ao bem jurídico tutelado, razão pela qual, a mera subsunção ao tipo penal não é fundamento suficiente a embasar a condenação penal, tendo como consequência o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

O principal argumento dos Tribunais para inaplicação do princípio da insignificância é de que o tráfico de drogas, ainda que em pequena quantidade é um crime de perigo abstrato. Contudo, tal argumento tem sido aplicado de forma automática. Em simples análise é possível verificar que pequenas quantidades de drogas, por si só, não são capazes de colocar em risco a saúde pública.

Para Greco (2016), a saúde pública não é um bem jurídico capaz de ser lesionado de forma direta, desse modo, inicialmente é preciso lesionar um bem jurídico individual (saúde do usuário) para posteriormente ser afetada a saúde pública.

No entendimento de Pinto (2019) “o que se observa na prática cotidiana dos Tribunais é uma reprodução acrítica e mecânica dos critérios estabelecidos pela decisão paradigma, sem qualquer consideração a respeito da aplicabilidade destes parâmetros a cada caso”.

Por conseguinte, importa que o fundamento apresentado pelos Tribunais Superiores para inaplicabilidade do princípio da insignificância se mostra incoerente, uma vez que em diversas decisões já aplicaram o referido princípio no delito de perigo abstrato. Um exemplo refere-se à aplicação do princípio no crime de posse ilegal de pequena quantidade de munição.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. CARTUCHO. AUSÊNCIA DE ARMAS APTAS PARA DISPARAR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao Superior Tribunal Federal, tem entendido pela incidência do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei 10.826/03, afastando a tipicidade material da conduta, quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal. 3. Ainda que formalmente típica, a apreensão de 1 cartucho não é capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico tutelado, mormente porque ausente armamento capaz de deflagrar o projétil encontrado em poder do agente. 4. Agravo regimental improvido. (STJ- AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.721.334- PR (2018/0019746-8). Rel. Min. Nefi Cordeiro, Data de Publicação: Dje 24/05/2018).

Para o Ministro Nefi Cordeiro:

Não obstante se tratar de delito de perigo abstrato, em julgado recente, a Sexta Turma desta Corte Superior firmou a orientação segundo a qual, na apreensão de ínfima quantidade de munição, quando aliada à ausência de artefato capaz de disparar o projétil, atrai a atipicidade material da conduta, uma vez que, embora formalmente típica, não é possível que a mesma ofenda ao bem jurídico tutelado. (STJ- AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº1.721.334- PR (2018/0019746-8). Rel. Min. Nefi Cordeiro, Data de Publicação: Dje 04/10/2018).

Desta forma, tem-se que o argumento utilizado pelos Tribunais Superiores para aplicarem o princípio da insignificância a outros crimes de perigo abstrato, como por exemplo, posse ilegal de munição, seria o mesmo utilizado no caso de tráfico de drogas, ou seja, que uma pequena quantidade de munição não afeta o bem jurídico tutelado, configurando assim atipicidade material da conduta. Logo, nota-se que é injustificável o argumento de o princípio da insignificância é incompatível com o tráfico de drogas, sendo aplicado nos crimes de posse ilegal de munição.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a viabilidade da aplicação do princípio da insignificância na aplicação da lei de drogas - Lei 11.343/06.

Foi abordado a contextualização histórica da criminalização das drogas, a criminalização de uso pessoal e do tráfico na ótica das leis brasileiras após advento da lei 11.343/2006, os reflexos na sociedade, no sistema carcerário e no sistema jurídico após seccionamento da lei de drogas, o princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro e os requisitos para sua aplicação.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) em alguns julgados ratifica o entendimento de que é inaplicável o princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas, mesmo que seja em quantidade irrisória. Para o tribunal, devido ser um crime de perigo abstrato e presumido e por tutelar a saúde pública, a quantidade da droga se torna irrelevante.

Porém, em outro julgado em entendimento recente do Superior Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.573, o Ministro Relator Gilmar Mendes, entendeu como possível a aplicação da insignificância a conduta de uma ré que foi condenada à pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, pela posse de 01 (uma) grama de maconha.

O Ministro Relator informou a desproporcionalidade da imputação do crime de tráfico de drogas à paciente, informando ser possível o reconhecimento da atipicidade, pois o crime de perigo abstrato pressupõe um juízo de possibilidade, ou de probabilidade de dano e, no caso, não há comprovação de que 1 (uma) grama de maconha poderia colocar em risco a paz social, segurança ou saúde pública, de modo que não houve ofensa relevante ao bem jurídico tutelado, razão pela qual, a mera subsunção ao tipo penal não é fundamento suficiente a embasar a condenação penal, tendo como consequência o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

Portando, o problema do aumento do número de encarceramento em massa por crimes de drogas após o advento da lei de Drogas está aos poucos sendo solucionado com os últimos entendimentos da jurisprudência brasileira com teses em que afirma a possibilidade de aplicar o princípio da insignificância para uma quantidade, ainda subjetiva do julgador, de drogas portada pela pessoa física, ainda que não analisado esse contexto pelos legisladores brasileiros.

8 REFERÊNCIAS

ACS, Tribunal de Justiça do DF E Dos Territórios. **Princípio da insignificância**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/principio-da-insignificancia#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20decorre%20do%20entendimento,ou%20furto%20de%20pequeno%20valor.>> Acesso em: 23/04/2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.343/2006**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 de junho de 2022.

BRASIL. **Código Penal**. Coordenação por Luiz Flávio Gomes. Nº 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Secretaria Especial de Editorações e Publicações, Senado Federal, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 110.475/SC. Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28consumo+pr%F3prio+insignificancia%29%28%40JULG+%3E%3D+20100101%29%28%40JULG+%3C%3D+20141231%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ofn6dj5>> acesso em 01 de junho de 2022.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus 127.573/São Paulo**. Rel. Gilmar Mendes. 11 de novembro de 2019. Disponível no site <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286> ano 2019, acesso 29 de maio 2022.

CAPEZ, Fernando. **Coleção Curso de direito penal**. V. 1 – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Paulo Roberto; MENDONÇA, Andrey Borges. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

CARVALHO, S. D. E. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. Rio de Janeiro, Luam, 1996.

COELHO, Luís Carlos Honório de Valois. **O direito penal da guerra às drogas**. 2016. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

DEFENSORIA DO RIO DE JANEIRO. Relatório Final: **Pesquisa sobre as Sentenças Judiciais Por Tráfico de Drogas**. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 137.

HUMAM RIGHTS WATCH. **27º relatório global da organização Human Rights Watch**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298092>>. Acesso em 30 de maio de 2022.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito penal**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais; 10ª edição, jan. 2010.

MENA, Fernanda. **Em SP, METADE DOS CASOS DE TRÁFICO DE MACONHA EQUIVALE A ATÉ 2 BOMBONS**. Folha de São Paulo, 27 maio 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/05/pesquisa-traz-alerta-sobre-eficiencia-da-policia-contr-trafico.shtml>>. Acesso em: 24 de maio de 2022.

MENDES, Gil Luiz. **Guerra às drogas, guerra aos pobres**. OUTRASPALAVRAS, Jornalismo de Profundidade, 15 de junho de 2021. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outrasmidias/guerra-as-drogas-guerra-aos-pobres/>>. Acesso em 29 de maio de 2022.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Nova Lei de Tóxicos: aspectos processuais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 825, nº.93, jul. 2004.

MUÑOZ, Cesar. **Dez anos do fracasso da lei de drogas no Brasil**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2016/08/28/293487>>. Acesso em 01 de junho de 2022.

SISDEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Quantidade de Incidência por Tipo Penal. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTdiMDc0MGMtNWl5My00Mjc3LWE5OWItMGZhMTBlMzg3MGM4IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 24 de abril de 2022.

TEIXEIRA, João Carlos. **Lei Antidrogas criminaliza usuário e ajuda a superlotar penitenciárias**. Agência do Senado. Senado Notícias. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/24/lei-antidrogas-criminaliza-usuario-e-ajuda-a-superlotar-penitenciarias>>. Acesso em 01 de junho de 2022.

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (CPI) DA AMAZONAS ENERGIA NO ORDENAMENTO LEGISLATIVO DO ESTADO.

YTALLO BYANCCO SOARES DA SILVA:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: O presente artigo traz um estudo sobre as implicações jurídicas desencadeadas na legislação do Estado, a partir da aprovação da CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito da Amazonas Energia, na Aleam - Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, a fim de garantir e preservar os direitos dos clientes sobre um serviço de energia de qualidade. A CPI é um dos principais mecanismos à disposição do ordenamento jurídico quando se trata de fiscalização e controle, sendo de caráter investigatório afim de manter a aplicação das regras e necessidades do povo sobre o tema. Analisar as implicações jurídicas da CPI da Amazonas Energia, que podem ser geradas na legislação do Estado, por meio da própria Comissão, tendo como base o que foi apurado nas investigações sobre o tema, tanto em Manaus, quanto nos municípios do Estado, uma vez que a CPI também organizou oitivas itinerantes nas principais cidades do Amazonas, como maneira de fortalecer sua própria inquirição.

PALAVRAS-CHAVE: CPI. Ordenamento jurídico. Energia. Fiscalização.

ABSTRACT: This article brings a study on the legal implications triggered in the State legislation, from the approval of the Parliamentary Commission of Inquiry of Amazonas Energia, in the Legislative Assembly of the State of Amazonas (Aleam), in order to guarantee and preserve the rights of customers about a quality energy service. The CPI is one of the main mechanisms available to the legal system when it comes to supervision and control, being of an investigative nature in order to maintain the application of the rules and needs of the people on the subject. Analyze the legal implications of the CPI of Amazonas Energia, which can be generated in the State legislation, through the Commission itself, based on what was found in the investigations on the subject, both in Manaus, and in the municipalities of the State, once that the CPI also organized itinerant hearings in the main cities of Amazonas, as a way of strengthening its own inquiry.

KEYWORDS: CPI. Legal order. Energy. Oversight.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países mais conhecidos pelos casos de crimes na esfera privada, onde diariamente existem notícias de empresas que cometem diversos crimes contra o poder público e a população.

Isso se tornou um dos temas mais importantes atualmente, devido ao fato de existir o “jeitinho brasileiro” em que marcou o aspecto cultural do país de forma negativa. Nesse caso, trazendo a necessidade de existir uma série de regras para evitar esse tipo de problema.

A presente pesquisa científica tem por objetivo demonstrar as implicações da CPI da Amazonas Energia no ordenamento jurídico do Estado, apontando como esse processo impacta a sociedade, quais benefícios são gerados ao cidadão e à própria legislação do Amazonas.

Um tema atual, posto que inúmeros clientes enfrentam dificuldades com a geração e distribuição de energia, tanto na capital Manaus, quanto no interior do Estado, por a CPI também investigou o interior do Amazonas.

Mesmo com a privatização da empresa, finalizada em novembro de 2019, as quedas de energia continuaram, bem como a falta de manutenção de rede, cortes indevidos e tarifas de energia abusivas, muitas das vezes questionadas pelos próprios clientes. Essas questões culminaram na abertura da CPI da Amazonas Energia, por meio da Aleam - Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, como maneira de investigar os abusos cometidos pela concessionária, na região.

Apesar do serviço de energia elétrica ser garantido por leis estaduais nº 5.145 de 2020 e nº 5.412 de 2021 descrevendo em seu texto a proibição dos cortes de energia, mesmo com a inadimplência dos consumidores e pelo CDC – Código de Defesa do Consumidor (artigos 6º, inciso X, e 22, que estabelecem a energia elétrica como bem essencial à vida humana, fornecimento adequado e contínuo, e garante a efetiva reparação pelos danos causados), essas garantias, diversas vezes, não são respeitadas, dando margem à impunidade da concessionária de energia e ao descontentamento na justiça, por parte da população.

Ainda, a Lei Estadual 5.145/2020 ressalta justamente a proibição do corte do fornecimento de energia elétrica em decorrência da COVID-19, uma das maiores crises sanitárias a nível internacional que já ocorreu.

Desse modo, é necessário criar novos mecanismos para que as leis sejam cumpridas de fato, além de articular medidas na legislação local para que o problema possa ser amenizado ou anulado totalmente, medidas que podem ser impulsionadas com a CPI da Amazonas Energia, posto que mesmo com a sua finalização, as investigações ainda podem gerar impactos na legislação do Estado e, por consequência, devolvendo a maior parte da sociedade, uma resposta da justiça frente às atrocidades cometidas pela empresa.

O objetivo é entender sobre a CPI da Amazonas Energia e como isso influenciou na distribuição de serviços para a população, trazendo consequências aos milhares de cidadãos que possuem o direito de usufruir de energia.

2 CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito

A CPI – Comissões Parlamentares de Inquérito é um instrumento previsto na CF/88, utilizada afim de fiscalizar a administração pública. A CPI tem objetivo de investigação assim como as autoridades judiciais. O funcionamento e criação dessas comissões estão previstos no art. 58 da CF/88.

Em concordância com o artigo, existe a regulamentação do Regimento interno do Senado Federal – art. 145 a 153, Leis nº 1.579/1952, 10.001/2000 e 10.679/2003. A criação deste regimento se deu para determinar a necessidade e o funcionamento de uma CPI, onde é possível ser permanentes ou temporárias.

1. **CPI permanente:** Nesse caso, a Câmara de Deputados possui 25 comissões permanentes, de caráter legislativo, técnico e especializado, com o objetivo de discutir sobre as propostas, tema e realizar audiências públicas para determinar a realização de auditorias pertinentes aos Três Poderes, tanto na administração direta e indireta, entre outros.
2. **Comissões temporárias:** Estas possuem um prazo para o funcionamento, podem ser especiais, externas ou parlamentar de inquérito.
 - a. **Comissão especial:** estas são criadas para que possam dar parecer de PEC - Emenda à Constituição, cujo o tema seja de competência de análise de no mínimo três comissões.
 - b. **Comissão externa:** Nesse caso, essas comissões são necessárias para cumprir com as demandas temporárias autorizadas, nas quais a Câmara é representada pelos deputados em decisões nos quais é necessário assistir.
 - c. **CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito:** estas são criadas através um requerimento de no mínimo 1/3 dos integrantes da Câmara. Nesse caso, o objetivo é investigar um determinado fato ou tema, de importante relevância para a vida pública e ordem constitucional.

A CPI é criada através do requerimento conforme mencionado acima, afim de investigar fato ou tema de importante relevância para a ordem constitucional, econômica ou social do país.

No Senado Federal, as Comissões de Inquérito encontram-se disciplinadas no inciso III, do art. 74 e nos arts. 145 e 153 do seu Regimento Interno. Os principais requisitos para a criação da CPI constam no art. 145:

Art. 145. A criação de comissão parlamentar de inquérito será feita mediante requerimento de um terço dos membros do Senado Federal. §1º O requerimento de criação da comissão parlamentar de inquérito determinará o fato a ser apurado, o número de membros, o prazo de duração da comissão e o limite das despesas a serem realizadas. §2º Recebido o requerimento, o Presidente ordenará que seja numerado e publicado. §3º O Senador só poderá integrar duas comissões parlamentares de inquérito, uma como titular, outra como suplente. §4º A comissão terá suplentes, em número igual à metade do número dos titulares mais um, escolhidos no ato da designação destes, observadas as normas constantes do art. 78.

Estes possuem os poderes de investigação equivalentes aos das autoridades judiciais, bem como, determinar diligências, inquirir testemunhas, ouvir indiciados, requisitar órgãos da administração pública, afim de requerer a audiência sobre o fato.

Ainda, a CPI pode se deslocar para qualquer parte do território nacional afim de realizar as investigações e audiências públicas para estipular o prazo de determinadas fases do inquérito, dessa forma, pode solicitar diligências sob as penas da lei, exceto quando da alçada de autoridade judiciária.

2.1 As CPIs no ordenamento jurídico brasileiro

A CPI só foi instituída através da CF/34 onde foi estabelecido que a criação da CPI somente na Câmara de dos Deputados possuíam uma necessidade de investigação, desde que requerida por no mínimo 1/3 de seus membros.

Depois de constituída a CF/88, as primeiras reuniões das Comissões Parlamentares, nem sempre foi permitida a comunicação do advogado com o depoente. Diante de tal situação, a Suprema Corte foi acionada e a partir desse momento, foi cabível a comunicação entre eles.

A Comissão Parlamentar de Inquérito, como qualquer outro órgão do Estado, não pode, sob pena de grave transgressão à Constituição e às leis da República, impedir, dificultar ou frustrar o exercício, pelo advogado, das prerrogativas de ordem profissional que lhe foram outorgadas pela Lei nº 8.906/94. O desrespeito às prerrogativas – que asseguram, ao advogado, o exercício livre e independente de sua atividade profissional – constitui inaceitável ofensa ao estatuto jurídico da advocacia, pois representa, na perspectiva de nosso sistema normativo, um ato de inadmissível afronta ao próprio texto constitucional e ao regime das liberdades públicas nele consagrado. Medida liminar deferida.

De acordo com a Lei nº 1.579/1952 foi alterada pela Lei nº 10.679/2003, destaca que “o depoente poderá fazer-se acompanhar de advogado, ainda que em reunião não secreta”.

Diante disso, Mendes (2008, p. 872) destaca que “O STF assegurou que os advogados podem ter participação ativa na sessão, mantendo contato pessoal e direto com os clientes, se entenderem que a questão formulada é auto-incriminadora (MENDES, 2008, p. 872).”

Em continuidade, a partir da década de 90, o depoente que era obrigado a depor e a falar a verdade, este não poderia ficar calado, sob pena de cometer crime de desobediência ou falso testemunho, por isso o STF – Supremo Tribunal Federal diferenciou testemunhas de indiciados.

A partir desse momento, se tornou necessário obter essa distinção, porém, a Suprema Corte passou a entender que o depoente não poderia ficar calado ou se autoincriminar. Em diversos casos, os depoentes compareciam, mas sem responder nenhuma pergunta, o que gerou um atraso na investigação das CPIs.

Se, conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito detêm o poder instrutório das autoridades judiciais – e não maior que o dessas –, a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados das garantias constitucionais contra a autoincriminação, que tem sua manifestação mais eloqüente no direito ao silêncio dos acusados. Não importa que, na CPI – que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar –, a rigor não haja acusados: a garantia contra a auto-incriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir a imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos. Se o objeto da CPI é mais amplo do que os fatos em relação aos quais o cidadão intimado a depor tem sido objeto de suspeitas, do direito ao silêncio não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas cujas repostas entenda possam vir a incriminá-lo: liminar deferida para que, comparecendo à CPI, nesses termos, possa o paciente exercê-lo, sem novamente ser preso ou ameaçado de prisão.

É importante ressaltar que essas decisões são relevantes para que o Poder Legislativo atue apenas nos temas e moldes do que concerne a ele, evitando que determinadas fases da CPI não ultrapassem os limites e competências do judiciário.

2.2 O impacto da CPI no Estado do Amazonas

A Aleam - Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, aprovou o requerimento de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar as prováveis irregularidades na distribuição de energia elétrica no Amazonas.

O pedido para a CPI da Amazonas energia é do deputado estadual Sinésio Campos (PT), que detalha:

A privatização da concessionária não impactou na melhoria dos serviços. Para ele, falta transparência no trabalho da Amazonas Energia e que esse cenário só será resolvido com uma CPI. “Queremos saber o motivo da Amazonas Energia apresentar tanto problema no fornecimento elétrico, no Estado. Como está sendo aplicado o dinheiro do programa Social Luz Para Todos? O intuito da privatização não era a melhoria do serviço? Essa empresa virou uma caça níqueis, tanto que abriu uma agência em, praticamente, todos os bairros de Manaus. Todos nós, deputados, quando vamos ao interior, ficamos penalizados e as pessoas cobram da gente. Segundo os moradores, algumas comunidades ficam mais de 15 dias sem energia, perdendo a casa de farinha mecanizada, pescado e polpas de fruta. Nós repercutimos isso na tribuna, entretanto, parece que ficamos na falação e eu não sou muro de lamentações. Essas empresas têm concessão pública

e por esse motivo devem prestar contas junto à sociedade”, defendeu Sinésio.

Atualmente, a população do Amazonas sofre as consequências da falta de fiscalização da Amazonas Energia como quedas constantes, blecautes e valores altíssimos pelo mesmo consumo. A população, recém-chegada de uma pós pandemia, não se reestruturou financeiramente da COVID-19 e ainda precisou arcar com os altos custos da energia elétrica, sob o risco de ter o seu consumo cortado.

Em razão disso, a concessionária alega que as motivações dos parlamentares para a abertura da referida CPI são arbitrárias e políticas, sem a necessidade de abertura. Essa informação não condiz com a realidade da população amazonense.

De acordo com o Diretor-presidente do Instituto de Pesos e Medidas do Amazonas (Ipem), Márcio Brito:

No total já foram fiscalizados mais de 25 mil medidores desde 2019. Só em janeiro deste ano, fiscalizamos 1.100. Encontramos vários aparelhos reprovados por situações diversas, destes, seis aparelhos residenciais distribuídos em bairros distintos da cidade foram identificados com erro na medição, contra o consumidor.

Mesmo que seja comum que certas iniciativas ocorram em decorrência da política, precisamos frisar que não foi o ocorrido com a CPI da Amazonas Energia. É notável a discrepância dos valores que foram fiscalizados.

Essas questões se tornam de extrema relevância em decorrência da quantidade de pessoas de baixa renda que são conseqüentemente afetadas pela falta de fiscalização do Estado quando se trata de energia elétrica.

2.2 O impacto da CPI na autonomia das entidades privadas

A Amazonas Energia vive em um momento delicado diante da CPI que está realizando as investigações, com o número de inadimplência que cresce todos os dias, isso se torna mais difícil de fazer com que a empresa possa efetuar de forma regular, o fornecimento de energia elétrica.

Esse número aumentou diante da crise econômica em decorrência da COVID-19, em que muitas pessoas precisaram parar de realizar os pagamentos da forma correta pois muitos foram afetados diante da crise.

A partir desse momento, houve uma divisão de opiniões acerca do tema, mesmo que o tema seja justamente a aplicação de valores altíssimos nas contas mensais, muitos ainda não realizam os pagamentos mesmo que estes ocorram da maneira correta, fazendo com que a empresa tenha dificuldades em continuar com o fornecimento de energia.

Vale deixar claro que a CPI, de maneira alguma, pode interferir com a autonomia individual e das entidades privadas, posto que a ela há limitações, uma vez que está ligada ao poder legislativo, não dando a ela, por exemplo, o caráter policial ou, ainda, atuar como demais órgãos do Poder Público, que não cabem a ela. Percebemos tal característica no ensinamento de Léon Duguit e Carlos Maximiliano:

Como o parlamento não pode confiar a uma entidade mais poderes do que ele tem, a competência das Comissões de Inquérito não abrange senão assuntos da esfera da ação e vigilância do Congresso; não se estende, por exemplo, a processos criminais ou a litígios judiciais, nem a matérias cujo estudo e solução incumbem aos poderes regionais ou municipais.

Diante dessa problemática, existem pessoas que realmente não possuem condições financeiras de arcar com os altos valores que decorrem dessa conta, como relata a Gloriane Aimable Antoine:

Eles não querem me deixar viver, estou sufocando aqui.” A recorrente fala de Gloriane Aimable Antoine, imigrante haitiana, parece não ter fim. Morando em Manaus, capital do Amazonas, no calor de 40 graus, segundo ano da pandemia da covid-19, a mãe de três filhos já soma cinco meses sem energia elétrica em sua casa. Com nome ‘sujo’ e sem fonte de renda, Gloriane tenta brigar, sem sucesso, contra a companhia fornecedora de luz. [...]

Em decorrência disso, o aumento de inadimplências e fornecimento ilegal de energia aumentam todos os dias, mesmo diante da crise, os altos valores ainda impactam de forma negativa a empresa de forma direta. Mesmo diante da crise, os valores devem ser cobrados dos que estão utilizando o fornecimento ilegal e mais opções para os que buscam ter o fornecimento de forma justa.

2.3 A responsabilidade da Amazonas Energia

O fornecimento de energia elétrica é um direito de todos os que precisam, sendo este considerado um direito fundamental social no Brasil como dignidade da pessoa humana, sendo garantido através da CF/88.

Com o agravamento da crise internacional da COVID-19, a Lei Estadual 5.145/2020 foi validada pelo, onde proíbe o corte de energia elétrica durante a pandemia da COVID-19, em que muitos estiveram com perdas familiares e em meio a crise financeira, impossibilitados de realizar os pagamentos durante a pandemia.

Em conformidade com o princípio da razoabilidade, foi considerado que a crise sanitária é superior ao risco de corte dos que estavam vivendo em meio a pandemia, restando inviável que muitos pudessem reagir e trabalhar em meio à crise.

Em contrapartida ao tema, segue os diversos casos de irregularidades no fornecimento de energia, onde diversos cidadãos foram prejudicados e foram obrigados a realizarem o pagamento sob o risco de inadimplência.

A CPI se tornou necessária, mesmo com a provável motivação política, afim de evidenciar a necessidade de uma maior fiscalização da empresa, onde diversas pessoas podem obter no mínimo um ressarcimento diante do valor pago para que não tenham apenas prejuízos diante do tema.

De acordo com o Ricardo Paiva da Defensoria Pública do Estado do Amazonas (DPE-AM), ressaltou que “É um trabalho essencial para a população do Amazonas e vai ao encontro do trabalho da Defensoria, que é de dar voz às pessoas que muitas vezes não têm voz na sociedade. Quero também agradecer a parceria, pelo deputado sempre apoiar e querer a Defensoria perto em suas ações”.

Importante ressaltar que a CPI também investigou os “apagões” e quedas de energia que ocorreram em diversos momentos nos últimos dois anos, que levaram ao prejuízo de diversos cidadãos que tiveram eletrodomésticos danificados em meio as quedas de energia.

De acordo com o Deputado Sinésio Campos:

Estou satisfeito, pois, teve a participação da população. É uma CPI cidadã, fomos a vários municípios, bem como em todas as zonas de Manaus. Ouvimos a empresa e tivemos uma enorme contribuição dos órgãos de fiscalização e controle. Uma CPI diferente, pois esteve ao lado do povo, elaborando leis, fiscalizando, multando e denunciando cada descaso feito pela Amazonas Energia. Apesar do fim da CPI, continuaremos de olho nessa empresa, pois a luta não para.

Ainda, no relatório foi comprovado que o fornecimento de energia ocorreu com precariedade, inadequada prestação do serviço público de energia e má qualidade, ainda, foram listados os seguintes problemas:

1. interrupções frequentes;
2. blackouts;
3. falta de manutenção das redes elétricas que trazem a falta de acesso ao serviço em diversos locais dos municípios e da capital;
4. cortes ilegais;
5. problemas em relação a Cosip - Contribuição para o Serviço de Iluminação Pública;
6. medidores de energia com defeitos e aumento de tarifa;

7. irregularidades contratuais;

Ainda, ressalta o relator Bessa (2022):

“Durante a leitura do relatório final da CPI da Energia, elencamos as principais irregularidades encontradas na má prestação de serviços pela empresa Amazonas Energia e fizemos as recomendações aos órgãos competentes para assegurar o direito dos consumidores amazonenses”

A CPI comprovou por meio da investigação que a Amazonas Energia precisa de diversas medidas que possam assegurar que os direitos dos consumidores acerca do fornecimento de energia, onde eles possam ter o acesso sem prejuízos.

De acordo com o relatório:

Ao contrário do que seria correto, na grande maioria das vezes, a Amazonas Distribuidora de Energia S/A age de forma irregular, impossibilitando o contraditório e a ampla defesa dos consumidores, além de não respeitar o princípio da transparência e de exercer um poder que não lhe pertence, por suas próprias características: o poder de polícia, pois, o que se viu, no decorrer dos trabalhos dessa CPI, é que na prática a emissão do Termo de Ocorrência de Irregularidade ocorre de forma unilateral, ou seja, sem a presença do consumidor, onde é aplicado multa, calculada em uma obscura e infundada média de consumo, supostamente, não contabilizada, sendo que o encargo gerado é imposto, diretamente, na conta de energia.

Por meio da investigação, foi comprovado as diversas irregularidades por parte da empresa, dificultando que o relatório pudesse ocorrer de forma correta e sem prejuízo aos contribuintes.

Os pontos de irregularidades também partem dos contribuintes, o número de pessoas que recebem energia de forma ilegal aumenta todos os dias. A maioria das pessoas buscam essa opção pois não possuem condições financeiras de arcar com os valores exorbitantes das contas de energia.

“Áreas como a do Consumidor são importantes para a Defensoria atuar, porque impacta diretamente no bolso das pessoas, então conte sempre com a Defensoria e quem ganha com tudo isso é a população” ressalta Paiva, coordenador do Núcleo de Defesa do Consumidor (Nudecon) da Defensoria.

Existe uma grande parcela da população que ainda fazem parte do índice de pessoas que ainda estão na margem da pobreza, impor contas altas de energia se tornam inviáveis para que essas pessoas possam realizar o pagamento.

3 CONCLUSÃO

Um dos problemas que mais acontece no Estado do Amazonas é a inadimplência quanto a Amazonas Energia e os apagões e quedas constantes de fornecimento de energia, principalmente no interior do Estado. Um dos pontos mais ressaltados nesses casos são os altos valores que decorrem do fornecimento de energia elétrica e a falta de fiscalização sobre esses valores.

Ocorre que, nos últimos anos esse valor subiu exponencialmente e muitos cidadãos sentiram a diferença de valor do que agora é cobrado por meio das contas de energia, inclusive os impostos e a dificuldade no fornecimento de energia elétrica.

A partir desse momento, foi demonstrado que existem outras problemáticas acerca do tema como por exemplo os apagões e as quedas de energias que se tornaram constante, trazendo prejuízos financeiros pela perda dos eletrodomésticos.

Destarte, ocorreu a CPI que tomou como iniciativa investigar e fiscalizar os valores decorrentes do fornecimento de energia elétrica afim de buscar evidências sobre eventuais irregularidades sobre o mesmo.

Para que ocorresse a CPI, foi iniciado as investigações e sem surpresa, foram comprovados uma série de irregularidades por parte da empresa quanto ao fornecimento de energia elétrica, além de trazer a necessidade de se discutir sobre a responsabilidade da Amazonas Energia quanto ao fornecimento de energia elétrica.

Mesmo sendo um direito fundamental garantido pela CF/88, ainda se tornou necessário discutir sobre os casos em que a empresa teve um alto índice de inadimplência de diversos contribuintes.

Além dos pontos citados, o objetivo do artigo é demonstrar as barreiras enfrentadas pela própria população, que, muitas das vezes desconhece seus direitos e como a CPI da Amazonas Energia ajuda nesse processo.

Ainda, verificar a impunidade na responsabilização pelas negligências ou crimes no serviço de geração e distribuição de energia, no Estado do Amazonas, gerada pela dificuldade nas investigações desses entraves, trazer um entendimento sobre a falta de atuação enérgica de órgãos de controle e fiscalização estadual contribuem para com o enfraquecimento do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e leis estaduais, quando deixam de comprovar as negligências ou crimes relacionados ao serviço de geração e distribuição de energia, ofertado pela própria concessionária.

Em conformidade com a Lei Estadual 5.145/2020, o corte de energia elétrica durante a COVID-19 foi considerado ilegal, diante da crise sanitária que ocorreu, muitos cidadãos não tiveram condições financeiras de arcar com os gastos e com as despesas eventuais por conta da crise.

Diante disso, o artigo buscou trazer um estudo acerca da importância da CPI, trazendo as prerrogativas necessárias para discutir o tema, além de evidenciar a necessidade de investigação e fiscalização do Estado para que a Amazonas Energia

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 30 out.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 30 out.

BRASIL. **Congresso. Regimento Interno Senado Federal: Resolução nº 93, de 1970**. – Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/99774/Regimento_interno_Senado_v.1.pdf?sequencia=9&isAllowed=y> Acesso em 30 out.

BRASIL. Congresso. **Regimento Interno Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2035-2022.pdf>> Acesso em 30 out.

BRASIL. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito criada pelo Requerimento n.3, de 2005 – CN (CPMI Esquema PC)**. Brasília: Senado Federal, 2006.

Defensor geral recebe relatório final da CPI da Energia da Aleam. Disponível em: <<https://www.defensoria.am.def.br/post/defensor-geral-recebe-relat%C3%B3rio-final-da-cpi-da-energia-da-aleam>> Acesso em 30 out.

Medidores da Amazonas Energia cobravam valores acima do consumo na fatura, diz Ipem. Disponível em <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2022/02/13/medidores-da-amazonas-energia-cobravam-valores-acima-do-consumo-na-fatura-diz-ipem.ghtml>> Acesso em 30 out.

Há cinco meses, haitiana vive sem energia elétrica em Manaus. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2022/01/26/ha-cinco-meses-haitiana-vive-sem-energia-eletrica-em-manaus>>. Acesso em 30 out.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

‘Multas milionárias e muitas ações judiciais’, diz presidente da CPI da Energia sobre relatório final. Disponível em <https://cultura.uol.com.br/cenarium/2022/05/31/194777_multas-milionarias-e-muitas-acoes-judiciais-diz-presidente-da-cpi-da-energia-sobre-relatorio-final.html>. Acesso em 30 out.

Aspectos pontuais sobre o poder de investigação das comissões parlamentares de inquéritos – CPI’s e o papel do Ministério público. Disponível em <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/ASPECTOS-PONTUAIS-SOBRE-O-PODER-DE-INVESTIGA%C3%87%C3%83O-DAS-OMISS%C3%95ES-PARLAM.pdf>>. Acesso em 30 out.

CPI pode condenar suspeitos? Entenda implicações jurídicas e limites da comissão. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cpi-pode-condenar-suspeitos-entenda-implicacoes-juridicas-e-limites-da-comissao/#:~:text=Uma%20Comiss%C3%A3o%20Parlamentar%20de%20Inqu%C3%A9rito,da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de%201988>>. Acesso em 30 out.

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA PREJUÍZOS E ABUSOS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

LUCAS GABRIEL DOS SANTOS SOUZA:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: O comércio eletrônico proporcionou novidades nas relações jurídicas consumeristas. Diante da crescente utilização, complexidade e diferenças que o comércio eletrônico abrange em relação ao comércio tradicional, é necessário verificar se os direitos do consumidor são devidamente garantidos. Para entender isso, inicialmente foram analisados o contexto histórico e as inovações trazidas pelo comércio virtual. Em seguida, houve a reflexão a respeito da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao comércio eletrônico e verificou-se a existência de determinadas lacunas no código a respeito de alguns temas importantes para a defesa consumerista. Contudo, percebeu-se que a importância do CDC não é diminuída no que se refere à proteção dos direitos do consumidor. Perante a isso, notou-se que quando o consumidor é vítima de algum problema, ele poderá ter seu direito respaldado tanto pelo CDC quanto por outras leis. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, utilizando as técnicas de pesquisa de documentação oficial e indireta. Por fim, com o objetivo de impulsionar a confiabilidade, segurança e a garantia da proteção consumerista nesse ambiente foi feita uma abordagem de métodos preventivos recomendados ao se fazer uma compra online além de diferentes formas de resolução de disputas que podem poupar tempo e recursos do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor. Internet. Comércio eletrônico. Direitos. Proteção.

ABSTRACT: Electronic commerce provided news in consumerist legal relations. Faced with the increasing use, complexity and differences that electronic commerce covers in relation to traditional commerce, it is necessary to verify whether consumer rights are properly guaranteed. To understand this, initially the historical context and the innovations brought by virtual commerce were analyzed. Then, there was a reflection on the applicability of the Consumer Protection Code to electronic commerce and it was verified the existence of certain gaps in the code regarding some important themes for consumer protection. However, it was noticed that the importance of the CDC is not diminished with regard to the protection of consumer rights. In view of this, it was noted that when the consumer is the victim of a problem, he may have his right supported both by the CDC and by other laws. The methodology used was bibliographical research, using official and indirect documentation research techniques. Finally, with the aim of boosting reliability, security and the guarantee of consumerist protection in this environment, an approach was made to preventive methods recommended when making an online purchase, in addition to different forms of dispute resolution that can save time and resources for the consumer.

KEYWORDS: Consumer. Internet. E-commerce. Rights. Protection.

1 INTRODUÇÃO

A rede mundial de computadores proporcionou várias novidades para a sociedade. Uma delas foi a criação do comércio eletrônico (ou *e-commerce* em inglês), que consiste na compra e venda de produtos à distância por meio da utilização de equipamentos eletrônicos. A criação desse tipo de comércio revolucionou as relações consumeristas, proporcionando várias vantagens tanto para consumidores quanto para as empresas.

Perante o exposto, o presente trabalho tem por objeto o estudo os direitos do consumidor nas compras pela internet. Esse tema envolve a aplicabilidade do Código de defesa do Consumidor no comércio eletrônico brasileiro e a proteção dos direitos consumeristas. Além disso, o tema engloba a exposição dos direitos lesados durante a ocorrência dos prejuízos e abusos mais comuns sofridos pelo consumidor e, ainda, métodos para evitar possíveis aborrecimentos ou resolvê-los da maneira mais célere e menos onerosa possível.

Diante dos vários riscos e abusos que o consumidor enfrenta nas compras on-line, a problemática da pesquisa será averiguar se a proteção dos direitos do consumidor no comércio eletrônico brasileiro é totalmente assegurada somente pelas normas contidas no CDC e respeitada pelos comportamentos e práticas adotadas pelas empresas na propaganda e venda de seus produtos na internet. Além disso, será questionada a eficácia do poder judiciário para a resolução célere dos conflitos no e-commerce.

A alta nas compras feitas pela internet, principalmente durante a pandemia de COVID-19, não foi acompanhada de uma necessária atualização do CDC. Diante da diversidade de situações que surgiram e do aumento nas relações de consumo dentro do comércio eletrônico, a hipótese levantada é que o CDC, sozinho, se mostra insuficiente para proteger o consumidor de todos os problemas encontrados nessa forma de comércio.

Dessa maneira, a relevância da pesquisa contribuirá para promover a importância do conhecimento dos direitos, princípios, legislação aplicável e os métodos adequados de resolução de conflitos no âmbito do comércio eletrônico. Isso poderá garantir mais confiabilidade e segurança ao consumidor quando este for efetuar uma compra on-line, além de auxiliá-lo na defesa dos seus direitos.

Dessarte, o objetivo central do trabalho será demonstrar que embora a lei nº 8.078 de 1990 seja muito importante para a defesa do consumidor, a legislação apresenta algumas omissões no que se diz respeito das particularidades do e-commerce, motivo pelo qual, é inevitável a procura de outras leis para dar alcance e efetividade em relação as vulnerabilidades dos consumidores no comércio eletrônico.

Para isso, será necessário, explicar a origem e o conceito de comércio eletrônico e como ele se desenvolveu no Brasil. Além disso, mostrar os problemas enfrentados pelo consumidor virtual e indicar o melhor caminho para a resolução de disputas no comércio eletrônico.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, usando o procedimento de abordagem dedutivo que utiliza a técnica de pesquisa da documentação indireta – com observação sistemática, incluindo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias, (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de

doutorado etc.), além de documentação oficial como projetos de lei, mensagem, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões etc.

A estruturação do trabalho se dará da seguinte maneira: o capítulo dois abordará a origem e conceito do comércio eletrônico brasileiro incluindo como ele se desenvolveu ao longo dos anos, inclusive na pandemia de Covid-19. O capítulo três trará uma análise a respeito da eficácia do CDC para a proteção do consumidor nas compras virtuais, discutindo como acontece a relação jurídica de consumo no e-commerce e os contratos eletrônicos, além dos princípios elementares para a defesa do consumidor nesse meio, outras normas que resguardam os direitos do consumidor e a necessidade de readaptar o CDC ao e-commerce.

Além disso, no capítulo quatro será mostrado quais os principais problemas enfrentados pelos consumidores no comércio eletrônico. Além disso, a prevenção de problemas e formas de resolução de conflitos no comércio virtual será tratada no capítulo cinco. Em seguida será feita a conclusão, que responderá aos questionamentos levantados e confirmará a hipótese apresentada.

2 O E-COMMERCE BRASILEIRO: DA ORIGEM MUNDIAL AO SURGIMENTO NO BRASIL, CONCEITO E EVOLUÇÃO AO LONGO DAS ÚLTIMAS DÉCADAS

Durante a década de 1960, o comércio eletrônico se originava nos Estados Unidos. Entretanto, as transações comerciais eram restritas apenas a redes específicas e utilizadas somente entre empresas. De acordo com Hackerott (2021, p. 18), as redes privadas empregadas nessa época eram o EDI (*Electronic Data Interchange*, ou Intercâmbio Eletrônico de dados), que possibilitaram a transferência eletrônica de comandos e faturamento, usando um formato peculiar e padronizado de dados e o EFT (*Electronic Funds Transfer* ou Transferência eletrônica de fundos), que permitia a transferência eletrônica de recursos financeiros.

Essas redes privadas representaram uma grande inovação naquele período e viabilizaram o desenvolvimento da rede mundial de computadores (a internet) além de outros sistemas de compra e venda virtuais nos anos posteriores, mais parecidos com o que se tem atualmente.

No Brasil, o comércio eletrônico surgiu de maneira rudimentar, na década de 1990, em uma época em que a internet era acessível a poucos, uma vez que o uso da rede era limitado para ambientes militares e acadêmicos, os computadores tinham preços exorbitantes e a cultura da compra virtual era pouco difundida no país.

Segundo Hackerott (2021, p. 22), o uso da internet para fins comerciais só foi liberado no Brasil a partir de 1995 pelo Ministério das Comunicações Brasileiro. Por meio disso, os brasileiros que tiveram condições de comprar um computador e de ter acesso à internet discada, podiam entrar na rede sem sair de casa. Nesse mesmo ano surgiu a Booknet, considerada por muitos como uma das primeiras lojas virtuais brasileiras, fundada por Jack London, que era um escritor, empreendedor e economista do Rio de Janeiro.

Ainda de acordo com Hackerott (2021, p. 23), a internet começou a ficar acessível a mais pessoas nos anos seguintes, em razão da melhoria dos serviços prestados pela Embratel em 1996 e pelo crescente interesse no mercado virtual. Diante disso, nos anos 2000, surgiram os sites mais famosos de compras virtuais da América Latina como o Americanas.com, Mercado Livre e Submarino. Assim, o e-commerce se estabelecia no país.

Coelho (2003, p. 32, apud Teixeira, 2021, p. 262), define comércio eletrônico como sendo a venda de produtos virtuais ou físicos, ou a prestação de serviços realizada em ambiente virtual. Ele pondera que tanto a oferta como a celebração do contrato são realizadas por transmissão e recepção eletrônica de dados e que podem se dar por meio da internet ou fora dela (...).

Ainda sobre o conceito de e-commerce Finkelstein (2011, p. 36) entende que é uma modalidade de compra à distância, na qual são recebidas e transmitidas informações por meio eletrônico. Para a autora, essa forma de comércio traz vantagens como a facilitação da comparação de preços, no Brasil e no exterior sem sair de casa. (FINKESLSTEIN, 2011, p. 36). Sendo assim, o e-commerce é uma forma de relação consumerista, no qual são utilizados equipamentos eletrônicos como meio para acesso a um ambiente virtual, no qual são feitas operações de compra e venda.

Entre os anos de 2009 e 2019, o e-commerce brasileiro se expandia e ficava mais complexo. Uma das razões disso, está associado ao crescimento do número de pessoas com acesso à internet. Minjoro e Costa (2021) citam um dado fornecido pela PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) – IBGE que em 2019, 82,7% dos domicílios brasileiros possuíam acesso à internet. Isso impactou no crescimento do número de consumidores virtuais.

Além disso, o número de lojas online também cresceu na última década. Minjoro e Costa (2021), afirmam, com base nos dados fornecidos pela BigDataCorp, que durante 2014 até 2019, o número de lojas online no Brasil veio numa crescente com variação de 21,3% ao ano, chegando a 928.764 sites de lojas online em 2019.

Outrossim, nas últimas décadas as redes sociais surgiram. Diante disso, várias empresas viram nelas a oportunidade de divulgarem seus produtos para mais pessoas. Também foram lançados sites de compras coletivas. Além disso, sites de empresas de prestação de serviços começaram a fazer seus anúncios pela internet. Minjoro e Costa (2021) também mencionam o início dos marketplaces em 2017. Também é importante citar a eclosão do mercado eletrônico mobile nesse período que segundo Hackerott (2021, p. 24), também gerou impactos no número de usuários de internet, (possibilitando que mais pessoas pudessem comprar à distância mesmo não tendo um computador) e influenciou no faturamento das empresas.

2.1 Isolamento social: os impactos da pandemia de coronavírus no comércio eletrônico pátrio

O comércio eletrônico brasileiro ainda experimentou um crescimento inesperado durante a pandemia da Covid-19. Diante disso, Jacir (2021, p. 316), explica que devido às quarentenas, “lockdown” e outras medidas adotadas em vários países, fizeram aumentar ainda mais a atividade de comércio eletrônico.

Isso se deve ao fato de que vários vendedores tiveram que se adaptar e se reinventar durante a pandemia para reduzir o avanço da doença uma vez que, medidas restritivas de distanciamento social precisaram ser tomadas. Segundo Silva e et al. (2020), algumas dessas medidas foram o fechamento de centros comerciais, suspensão do funcionamento de estabelecimentos alimentícios incluindo proibição de atendimento ao público presencial e/ou consumo no local.

Diante desse cenário desafiador, diversos comerciantes começaram a utilizar a internet como instrumento para manter os negócios ativos. Neste contexto, ter uma loja online nesse período não se configurava mais como um diferencial e sim como uma necessidade. Portanto, para Minjoro e Costa (2021), foi possível notar um fenômeno de migração nos canais de venda, que passaram do *offline* para o *online*

Em vista disso, o e-commerce se tornou a modalidade de negócio mais predominante nessa época. Por meio dele que os varejistas conseguiram suprir a demanda enquanto as lojas físicas sofriam com as medidas restritivas. Com o isolamento social, várias pessoas que nunca tinham comprado pela internet, tiveram que se permitir experimentar essa modalidade de compra à distância, o que levou a esses novos consumidores virtuais perceberem diversos benefícios das compras online (MINJORO E COSTA, 2021).

Ademais, a pandemia gerou diversos efeitos positivos para o e-commerce brasileiro. Dentre eles, Minjoro e Costa (2021) apontam o crescimento ainda maior do número de lojas online, que passou de 928.764 em 2019 para 1.594.927 no primeiro semestre de 2021. Isso tornou o comércio eletrônico brasileiro mais competitivo, possibilitando uma maior comparação de preços entre várias lojas de diversos produtos e serviços, beneficiando principalmente o consumidor. Além disso, os autores, utilizando dados observados na 44ª edição do relatório "*Webshoppers*", da Ebit Nielsen 2021, observaram outra alta no faturamento em bilhões de reais do e-commerce brasileiro. Pela análise dos dados obtidos nos primeiros semestres dos anos de 2019 e 2021, o faturamento cresceu de 26,4 bilhões para 53,4 bilhões de reais respectivamente.

Consoante a Minjoro e Costa (2021), houve outras modificações no comércio eletrônico potencializadas pela pandemia, como a utilização mais ativa das redes sociais, como forma de parceria entre influenciadores digitais e as empresas, para divulgação dos produtos, o que fortaleceu o marketing digital. Os referidos autores também mencionam o avanço na utilização de carteiras virtuais e novos meios de pagamento como a ferramenta PIX, lançada no Brasil em 2020 (MINJORO E COSTA, 2021).

Diante disso, é possível notar que o e-commerce brasileiro se desenvolveu rapidamente nas últimas décadas, principalmente durante a pandemia do Coronavírus. Além de aperfeiçoar e revolucionar as relações entre consumidores e fornecedores, garantindo diversas vantagens para ambos, o comércio eletrônico impactou positivamente na economia brasileira, gerando lucro os fornecedores além de comodidade e variedade para quem compra

3 A EFICÁCIA DO CDC PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS VIRTUAIS

A lei nº 8.078 de 1990, se define como uma poderosa ferramenta de proteção ao consumidor pois sua finalidade é garantir que os direitos individuais e coletivos daquele que compra sejam respeitados durante as relações de consumo.

Para Teixeira (2021, p. 275), o Código de Defesa do Consumidor:

(...) é uma lei principiológica, pois não versa especificamente sobre determinado contrato firmado entre fornecedor e consumidor, ou seja, de um negócio jurídico específico. Ao contrário, estabelece parâmetros para todos os contratos de consumo. São normas cogentes de proteção do consumidor, tendo a função de intervir e garantir o equilíbrio e a harmonia das relações jurídicas entre fornecedor e consumidor.

Diante disso, o Código Consumerista é sim aplicável, de maneira geral, as relações de consumo firmadas em ambiente virtual. Além disso, o código abrange as figuras do consumidor e fornecedor que também são compatíveis nos contratos firmados em ambiente virtual. Assim, aquele que se encaixar em uma dessas figuras terá seus direitos e deveres dispostos no CDC.

3.1 A relação jurídica de consumo no e-commerce e contratos eletrônicos

De acordo com Almeida (2022, p.127), a relação jurídica de consumo pode ser conceituada como aquela relação firmada entre consumidor e fornecedor, a qual possui como objeto a aquisição de um produto ou a contratação de um serviço. Os sujeitos da relação de consumo estão conceituados claramente nos art. 2º, caput, do CDC (consumidor); art. 3º, caput, da mesma lei (fornecedor). A referida lei também define os objetos, quais sejam o produto, conceituado no § 1º do art. 3º e o serviço conceituado no §2º do mesmo artigo.

Os sujeitos e os objetos da relação de consumo podem ser associados as definições de usuário da internet e proprietário (provedor) do site. Assim, ocorre uma relação jurídica de consumo no e-commerce sempre que o usuário de internet se encaixar no conceito de consumidor, ainda que por equiparação e o proprietário do site (tais como as empresas por meio dos sites de compras), no conceito de fornecedor, ligado à aquisição de um produto material ou imaterial ou a uma prestação de serviços (TEIXEIRA 2022, p. 276).

Compreendida a relação de consumo no comercio eletrônico, é necessário entender como é proporcionada essa relação. Esta se dá por meio dos chamados contratos eletrônicos. Primeiramente é necessário entender o conceito de contrato. Conforme Gagliano e Filho (2018, p. 418), contratos são:

(...) um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes, visando a atingir determinados interesses patrimoniais, convergem as suas vontades, criando um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não fazer), e, bem assim, deveres jurídicos anexos decorrentes da boa-fé objetiva e do superior princípio da função social.

Sendo assim, Fabio Ulhoa Coelho (2003, v. 3, p. 37. apud TEIXEIRA, 2021 p. 252), define contrato eletrônico como aquele celebrado por meio da transmissão eletrônica de dados, cuja manifestação de vontade as partes não se veiculam de forma oral ou escrita em papel, mas em meio virtual. Em resumo, para Finkelstein (2011), “o contrato eletrônico é caracterizado por empregar meio eletrônico para sua celebração”. (p. 171).

Os contratos eletrônicos representam uma inovação dentro do e-commerce, visto que determina uma nova maneira das partes manifestarem as vontades, por meio da informática, bem como de se criar o vínculo obrigacional (conclusão do contrato), sem prejuízo de sua execução que pode dar-se totalmente de forma eletrônica, viabilizando a formação dos diversos tipos de negócios, entre diversos agentes como negócios entre empresas (B2B – *business to business*) ou entre fornecedor e consumidor (B2C – *business to consumer*). (TEIXEIRA 2022, p. 254).

Portanto, de acordo com Moraes, Andrade, Mairink (2021), quando existir uma relação jurídica de consumo, os contratos eletrônicos estarão de acordo as mesmas normas dispostas no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. O que vai diferenciá-los dos contratos físicos será a utilização do meio eletrônico tanto para expressão de consentimento tanto para produzir prova do contrato escrito, que é um documento eletrônico (FINKELSTEIN, 2011, p.174).

3.2 Princípios elementares para defesa do consumidor no comercio eletrônico

Uma vez verificada a compatibilidade das relações consumeristas efetuadas online com as normas que dispõe sobre a proteção do consumidor, cabe destacar os princípios que abrangem essas relações. A compreensão deles é de fundamental importância pois eles têm a finalidade de servirem como instrumentos para auxiliar na aplicação das normas que disciplinam o comercio eletrônico.

Vários princípios se aplicam ao e-commerce. Mucelin e D’Aquino (2021, p. 117) como o controle de qualidade e segurança, informação, coibição e repressão de abusos. Mas alguns deles merecem destaque como o princípio da vulnerabilidade e da boa-fé.

O princípio da vulnerabilidade encontra-se delineado no art. 4º, inciso I, do CDC. Segundo esse inciso, a lei reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, ou seja, o consumidor é considerado a parte mais frágil da relação jurídica de consumo (ALMEIDA, 2022, p. 462).

Em conformidade com os ensinamentos de Almeida (2022, p. 462), a constatação da existência da desigualdade nas relações de consumo é uma justificativa para existência desse princípio, na qual foi indispensável a busca de instrumentos jurídicos para tentar reequilibrar os negócios firmados entre consumidor e fornecedor, para que fosse admitida a presunção de vulnerabilidade do consumidor como sendo o princípio norteador da igualdade material entre os sujeitos do mercado de consumo.

Outro princípio muito importante para assegurar a proteção do consumidor virtual é o da boa-fé. Finkelstein (2011, p. 222) afirma que no comércio eletrônico, este princípio possui extrema importância, uma vez que ao celebrar um contrato, a boa-fé é presumida entre as partes. Ou seja, para a autora, “a sinceridade, honestidade e as condições prolatadas pelas partes encontram-se intrinsecamente presentes, uma vez que cada parte deve acreditar na outra, caso contrário, o contrato não seria celebrado.” (FINKELSTEIN, 2011, p. 222).

3.3 Outras normas que regulam as relações de consumo virtuais

Para Mucelin e D’Aquino (2021, p. 117), o CDC não é a única norma que se apresenta à defesa do consumidor. A legislação brasileira, que protege as relações consumeristas virtuais, vai além da lei nº 8.078 de 1990, expandindo-se de modo transversal e sistematicamente a outras disciplinas relacionadas, criando um verdadeiro microsistema simbiótico de proteção conferido ao consumidor. Diante disso, essas outras normas têm a finalidade de dar abrangência e efeito específicas para as vulnerabilidades dos consumidores no comércio eletrônico.

Essa constante interação entre o CDC e outras leis visando a melhor maneira de solucionar conflitos entre as inúmeras relações de consumo realizadas diariamente é fundamentada pela teoria do diálogo das fontes. Sobre essa teoria, Claudia Lima Marques explica que consiste em introduzir um conceito de aplicação de normas e fontes do direito privado, de maneira coesa e simultânea observados os preceitos da Constituição Federal (MARQUES, apud ALMEIDA, 2022, p. 106). Segundo Almeida (2022, p.106), esse modo de aplicar as normas além de ter a finalidade de buscar a melhor solução para os conflitos, protege o vulnerável da relação jurídica de consumo.

Além da Constituição Federal, Mucelin e D’Aquino (2021, p. 115), ainda citam outras legislações aplicáveis ao comércio eletrônico como o Código Civil, o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a lei nº 10.962/2004 que dispõe da oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor, a Lei do Cadastro Positivo, o Decreto nº 7.962/2013, o Decreto nº 10.271/2020, o Decreto 5.903/2006 que dispõe sobre as práticas infracionais que atentam contra o direito básico do consumidor de obter informação adequada e clara sobre produtos e serviços e o decreto 8.771/2016 (que regulamenta o Marco Civil da Internet).

Dentre as leis citadas, merece destaque o Decreto n. 7,962/2013, que visa por meio de seus artigos regulamentar o e-commerce brasileiro. De acordo com Tarcísio Teixeira (2021, p. 285), a intenção da lei é promover a disponibilização pelos fornecedores de informações claras sobre si próprios, os produtos e os serviços; bem como que haja um atendimento facilitado ao consumidor, além do respeito ao direito de arrependimento.

Outra lei com bastante importância para a regulação do e-commerce é a Lei Geral de Proteção de Dados. De acordo com Pinheiro (2021, p. 284), a LGPD abrange a respeito da proteção dos dados pessoais dos indivíduos e qualquer relação que envolva o tratamento desses dados. Além disso, a autora ainda explica que a lei traz não só regras e diretrizes para manejo desses dados, mas também princípios, direitos e deveres relacionados ao uso das bases de dados pessoais. Assim, Pinheiro (2021, p. 284) afirma que a LGPD tem como finalidade a proteção dos direitos fundamentais como os de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, com base na boa-fé para todo o tipo de tratamento de dados pessoais.

Assim, é possível concluir que com o aumento do grau de complexidade e surgimento de particularidades do e-commerce brasileiro, foi necessário a formulação de outras leis com o objetivo de interagirem com o CDC, para garantir a proteção do consumidor com maior eficácia.

3.4 A necessidade de readaptação do Código do Consumidor ao comércio eletrônico

Para Natali e Oliveira (2018), existem muitas questões não reguladas pelo CDC, o que produz certa insegurança àqueles que procuram realizar compras de virtuais, dificultando o desenvolvimento do e-commerce. Para os autores, a doutrina aponta que uma dessas questões é a omissão da legislação acerca da defesa do consumidor na esfera internacional, sustentando que devem ser elaboradas normas mais específicas aos contratos de consumo internacionais.

Isso se deve ao fato que o consumidor por muitas vezes se encontra mais vulnerável quando tenta fazer uma compra internacional online. Castro, Malta, Filho (2017), explicam que isso ocorre devido ao consumidor encontrar-se em um território distinto aliado a falta do domínio do idioma ou costumes e submetido a um ordenamento jurídico diferente do seu. Assim, os autores pontuam o fato de que o consumidor tende a se tornar mais indefeso diante de inúmeros bens e fornecedores desconhecidos. Além disso, caso o consumidor tenha que se deparar com algum processo em tramite no estrangeiro, ele poderá enfrentar muitas incertezas devido a existência de inúmeras normas e legislações que podem ser aplicadas ao caso concreto.

Outro ponto não tratado no CDC é a respeito dos conteúdos ou serviços digitais. Sobre isso, Klee (2021) afirma que é necessário a inserção de alguns dispositivos acerca desses produtos e serviços digitais, uma vez que o consumidor nem sempre se sente seguro ao fazer esse tipo de transação. A referida autora argumenta com base no item 5 da Diretiva 2019/770 da União Europeia, que uma das principais razões que contribuem para a falta de confiança dos consumidores se dá pela incerteza relativa aos seus direitos contratuais principais e a ausência de um regime contratual claro para os conteúdos e serviços digitais. Diante disso, a autora defende a garantia do direito a informação aplicada a imprescindibilidade das cláusulas contratuais de consumo na era digital serem claras, objetivas e esclarecedoras.

Klee (2021) também defende a disposição mais aprofundada e clara a respeito do direito do arrependimento do consumidor relacionada ao uso da tecnologia de conteúdo digital. Nesses casos, não é possível devolver o bem ou se desfazer do serviço já prestado, portanto não deve ser permitido ao consumidor se arrepender do contrato sem uma justificativa, e ainda receber a restituição da totalidade do valor pago. Para a autora permitir que haja exceções ao direito do arrependimento não é algo prejudicial ao consumidor, pelo contrário isso tem a finalidade de evitar que esse direito seja banalizado de modo que o fornecedor respeite e resguarde esse direito quando o consumidor puder exercê-lo. Assim, a autora é favorável a inclusão e algumas exceções desse direito na PL 3.514/2015.

A respeito desse Projeto de Lei, Almeida (2022, p. 1708), informa que tem o objetivo de alterar o Código de Defesa do Consumidor, visando aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico e o art. 9º do Decreto Lei n. 4657, de 4 de setembro

de 1942 (LINDB), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais.

4 DIREITOS CONSUMERISTAS EM RISCO: PRINCIPAIS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS CONSUMIDORES NAS COMPRAS VIRTUAIS

O comércio eletrônico tornou-se um meio para consumo muito popular atualmente, além de proporcionar diversos benefícios para os consumidores. Contudo, é necessário ter cuidado ao efetuar uma compra pela internet, visto que vários problemas, relacionados a fraudes e abusos cometidos pelas empresas, podem surgir colocando em perigo os direitos da parte mais vulnerável da relação de consumo, ou seja, o consumidor.

A desigualdade dos consumidores frente aos fornecedores é tão notável que a defesa do consumidor tornou-se um dever do estado e um princípio de ordem econômica consagrados respectivamente nos artigos 5º, inciso XXXII e 170, V, da Carta Magna de 1988. De acordo com Almeida (2022, p. 523), a defesa do consumidor é um direito fundamental. Sendo assim, é importante a concessão de direitos básicos a esses sujeitos para efetivar o preceito constitucional.

Os direitos do consumidor estão elencados no art. 6º do CDC. Almeida (2022, p. 523), salienta que o rol dos direitos elencados no referido artigo é meramente exemplificativo. Isso significa que as garantias previstas no CDC não excluem outras decorrentes de diversas fontes do direito, conforme art. 7º da lei n. 8.078/90

De acordo com Ximenes e Pietzsch (2020), são vários os perigos que os consumidores estão expostos nas compras pela internet como bombardeios virtuais de ofertas e promoções, que podem macular a vontade do consumidor. Essas práticas são proibidas pelo inciso IV, do artigo 6º do CDC que visa a proteção do consumidor contra práticas comerciais e contratuais abusivas.

Outro problema que está relacionado a deturpação da vontade do consumidor, é as compras por impulso. Neste contexto, o direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do CDC, é uma ótima garantia ao comprador virtual contra esse tipo problema, uma vez que, o consumidor tem o direito de se arrepender da compra em sete dias e desfazer o negócio, sem dar justificativa ao fornecedor (Ximenes e Pietzsch, 2020). Além disso, para Teixeira (2022, p. 281), a aplicação desse instituto também está ligada ao fato de o consumidor não ter tido contato físico direto com o bem, principalmente nas compras à distância como é o caso.

Mais um transtorno enfrentado pelo consumidor nas compras online é o da falta do cumprimento da oferta. Teixeira (2022, p.271), destaca que o fornecedor está vinculado aos termos da oferta. Caso esta não seja cumprida pelo fornecedor, o consumidor terá o direito de exigir o cumprimento forçado dela nos termos do artigo 35 do CDC. Corroborado a esse fato, a lei proíbi qualquer tipo de publicidade considerada enganosa. Por isso que o fornecedor, no momento que colocar à venda determinado mercadoria deve ser transparente quanto as informações do produto.

Desse modo, a falta de informações a respeito do item adquirido é outro transtorno que o consumidor enfrenta e que na maioria das vezes gera constrangimentos na entrega do produto.

Diante disso, é um direito do consumidor previsto no art. 6º, incisos III e XIII do CDC, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços com as devidas especificações.

Ainda no que concerne as entregas das mercadorias, uma das principais reclamações dos clientes de vários e-commerces é em relação ao atraso e demora delas, no qual muitos produtos são entregues fora do prazo. Nesse caso, a legislação garante a possibilidade de exigir a entrega forçada no prazo ou a restituição antecipada de todo valor pago incluindo os preços de frete e quaisquer perdas e danos (XIMENES e PIETZSCH, 2020)

A ausência de segurança em ambientes virtuais de compra também é outra dificuldade enfrentada pelos consumidores. De acordo com Finkelstein (2011, p. 36), a falta de segurança é um dos fatores que impedem as pessoas de utilizarem a internet como forma de consumo. Um dos fatores que afligem os consumidores quanto a isso é a questão do vazamento de dados. A realização de uma compra pela internet envolve o tratamento de dados. Este é definido no artigo 5º, inciso X da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e que resumidamente consiste em toda operação realizada com dados pessoais.

De acordo com Teixeira (2022, p.143), o tratamento de dados envolve riscos, por exemplo, um vazamento por invasão de *cracker/hacker* no servidor da empresa ou um ato deliberado de um colaborador. Diante disso, é importante que a empresa invista na proteção dos dados pessoais dos clientes para prevenir qualquer tipo de fraude que o indivíduo possa sofrer, visto que, a segurança é uma garantia do consumidor disposta nos artigos 6º, inciso I do CDC e dever das empresas conforme art. 6º, VII da LGPD.

Durante a pandemia do Coronavírus, XIMENES e PIETZSCH (2020), constataram outros tipos de abusos como a prática da venda casada (proibida pelo artigo 39, inciso I do CDC) e o aumento indiscriminado e preços de produtos, principalmente os de limpeza, alimentos e remédios. Para os autores, é ilegal e imoral esse tipo de ato, visto que não se pode permitir que o fornecedor se beneficie de uma circunstância de calamidade com objetivo de conseguir vantagens e lucros maiores. Isso não é ético e caracteriza-se como uma prática abusiva, em concordância com os artigos 39, V do CDC e artigo 157 do Código Civil de 2002.

Dessa forma, é notável que o consumidor enfrenta diversas dificuldades no e-commerce brasileiro. Atenção e cautela na hora de fazer uma transação virtual são boas ferramentas para prevenção de eventuais aborrecimentos que o consumidor possa ter. Além disso, não apenas o CDC, como também outras leis podem ser usadas como meios para garantir a defesa dos direitos do consumidor.

5 PRINCIPAIS FORMAS DE PREVENÇÃO DE PROBLEMAS E RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO COMERCIO ELETRÔNICO BRASILEIRO

A prevenção de litígios está diretamente relacionada a confiança e a transparência de informações. A respeito disso, Jacir (2021, p. 318), diz ser indispensável verificar o nível de informações oferecidas pelo fornecedor, que devem estar detalhadas e devidamente exibidas.

Ademais, é necessário verificar a reputação do vendedor. A propósito, FINKELSTEIN (2011, p. 282) demonstra a possibilidade de checar os dados dos sites das empresas brasileiras, junto ao Sebrae ou perante a Junta comercial do Estado. Outrossim, Moraes, Andrade, Mairink (2021) mencionam outras dicas fundamentais que merecem atenção antes de efetuar uma compra online: desconfiar de preços muito abaixo do mercado, fazer a leitura da política de privacidade da empresa e priorizar sites com plataformas de pagamento seguras.

Outras dicas de prevenção encontram-se na Cartilha de Segurança para Internet – Fascículo Comércio Eletrônico (2020, p. 4, 6, e 7), elaborada pelo Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Segurança no Brasil – CERT.br. Dentre essas dicas estão algumas como evitar usar computadores de terceiros, ser cuidadoso na hora de elaborar as senhas utilizadas no cadastro no site, guardar as informações da compra, como comprovantes e número do pedido, verificar se a conexão do site é segura (indicada geralmente pela figura de um “cadeado fechado” localizado na barra de endereço), observar antes de abrir a embalagem se ela não está danificada e certificar-se de que o produto está de acordo com o que foi comprado.

Em relação a resolução de disputas Jacir (2021, p. 318), destaca que para escolher a forma mais apropriada entre eles é necessário analisar as seguintes variáveis como o tipo de disputa, a legislação aplicável, o valor da disputa, duração, método e sua exigibilidade, custos da resolução e necessidade de confiabilidade.

A autora menciona que o método tradicional para se resolver esses conflitos é por via judicial. Contudo, Jacir (2021, p. 320) demonstra que métodos de Resolução Alternativa de Disputas estão sendo cada vez mais usados para resolução de conflitos que envolvem o comércio eletrônico. De acordo com a referida autora, os principais métodos alternativos (ou adequados) são a arbitragem nacional e internacional, a mediação de disputas e a negociação.

Além desses, outro método vem ganhando destaque nos últimos anos é o de resolução de disputas on-line (On-line Dispute Resolution, ODR). Muitos autores apresentam conceitos diferentes de ODR. Um deles é o exposto por Jacir (2021, p. 321) na qual ODR é a utilização da tecnologia e/ou de inteligência artificial, para possibilitar a realização on-line dos métodos adequados de resolução de disputas. Segundo a autora, isso compreenderia desde uma negociação feita via troca de e-mails, uma mediação ocorrida de maneira remota usando as plataformas de reuniões virtuais como Zoom e Teams; até a utilização de mecanismos mais sofisticados, na qual a resolução de disputas ocorre de forma inteiramente on-line, num espaço automatizado e com menos interferência humana.

Deste modo, o primeiro passo que o consumidor deve tomar para se esquivar de possíveis problemas advindos da compra online é a adoção de métodos preventivos como os expostos acima. Se não foi possível evitar o problema, o consumidor pode solucioná-lo entrando em contato diretamente com o vendedor ou dar preferência a um dos métodos do sistema multiportas exposto acima. Só usar a via judicial em último caso.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar os direitos do consumidor nas compras pela internet. Para isso, foi necessário compreender a origem, o desenvolvimento e as particularidades do comércio eletrônico brasileiro. Isso permitiu notar que o e-commerce trouxe várias inovações às relações consumeristas de modo que nem o isolamento social resultante da pandemia de COVID-19, impediu o consumo e a venda de produtos.

Entendidos o contexto histórico e as contribuições do e-commerce, foi fundamental avaliar a aplicabilidade da lei nº 8.708 de 1990, quanto a proteção dos direitos do consumidor no comércio virtual. No decorrer do trabalho, foi possível notar a importância do CDC, visto que esta lei introduziu um microsistema de proteção ao consumidor, trazendo diversos conceitos, garantias contra a maioria das fraudes e abusos, além de princípios, como o da vulnerabilidade e da boa-fé, que direcionam as relações jurídicas de consumo incluindo as efetuadas virtualmente.

Contudo, o Código criado em 1990, numa época em que o comércio eletrônico ainda estava surgindo, não abarca todas as especificidades das compras realizadas online, uma vez que é omissivo em vários assuntos cruciais que envolvem o e-commerce. Assim, além de se avaliar a necessidade de readaptar o CDC ao comércio eletrônico, por meio do PL 3.514/2015 para abranger tais omissões; houve a demanda por uma criação de legislações específicas, tais como a LGPD, o Marco Civil da Internet e a lei 7.962/2013, que tratassem sobre algumas dessas particularidades advindas do comércio eletrônico, com a finalidade de garantir a segurança, confiabilidade e o crescimento desse tipo de comércio.

Apesar disso, mesmo com a criação dessas leis e a necessidade de inserção de um capítulo específico no CDC referente ao comércio eletrônico, não é excluída a importância do Código Consumerista para a proteção do consumidor. O direito brasileiro soube contornar essa situação por meio da teoria do diálogo das fontes permitindo uma constante interação entre o CDC com outras leis e jurisprudências. Em outras palavras, o CDC sozinho nem sempre será capaz de proteger o consumidor de todas as possíveis adversidades que este poderá vir a enfrentar ao fazer uma compra pela internet, daí a necessidade de atualização do código enquanto a isso. Porém, é inegável afirmar que o referido código trouxe inúmeras normas que contribuem para efetivação da defesa dos consumidores. Quando combinado com outras fontes do direito, essa proteção poderá ser, na maioria dos casos, potencializada.

Além disso, saber como e quando identificar situações em que os direitos do consumidor são lesados, além de conhecer métodos preventivos para evitar possíveis aborrecimentos no comércio eletrônico e selecionar a forma mais rápida e menos onerosa de solucionar um conflito é tão importante para salvaguardar os direitos do consumidor no e-commerce quanto compreender a aplicabilidade do direito consumerista. Assim, é fundamental o consumidor saber quando está sendo prejudicado, uma vez que, em muitos casos os direitos do consumidor não são respeitados devido à comportamentos e práticas abusivas de empresas. Isso acontece quando o consumidor é vítima de propaganda enganosa e/ou abusiva, sofre com a falta do cumprimento na entrega, aumento indiscriminado de preços, venda casada, ou não cumprimento do prazo de entrega e ausência de segurança nas lojas virtuais, o que coloca em risco os dados pessoais do consumidor.

Dependendo do caso concreto e de outros fatores expostos no decorrer do trabalho, o consumidor poderá escolher a forma mais barata e célere de resolver o problema, conferindo maior garantia dos direitos. Ao fazer uma compra online é recomendado inicialmente a cautela e o emprego de métodos preventivos. Caso o problema não tenha sido possível de ser evitado, recomenda-se ao consumidor que tente primeiro entrar em contato com o fornecedor do produto. Caso não houve a resolução do conflito nessa etapa, procurar resolver o conflito pelas diversas vias extrajudiciais disponíveis e só em último recurso procurar a via judicial.

É fascinante perceber como o comércio eletrônico, que começou como algo restrito a poucas pessoas décadas atrás, tornou-se uma fonte de circulação de riquezas e de consumo massivos para várias empresas e indivíduos do mundo atualmente. O comércio virtual gerou vários impactos não só na sociedade, mas também no Direito. A magnitude das consequências inovadoras propiciadas pelo e-commerce não acaba aqui e pode abranger outros temas como a importância do comércio eletrônico para o direito e a economia dos países, desenhos de resolução de disputas para transações de comércio eletrônico e planejamento fiscal e societário na estruturação do e-commerce.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. Direito do consumidor esquematizado / Fabricio Bolzan de Almeida. - Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2022. *E-book*.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 04 nov. 2022.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL, Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 03 nov. 2022.

CASTRO, Barbara Carneiro Paolinelli de; MALTA, Marcella de Vasconcelos; FILHO, Tarcísio Henrique. A Proteção do consumidor no âmbito internacional. Jus. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/62654/a-protecao-do-consumidor-no-ambito-internacional>>. Acesso em: 07 nov. 2022.

CERT. CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTAS E TRATAMENTOS DE INCIDENTES DE SEGURANÇA. Cartilha de Segurança para Internet: Fascículo Comércio Eletrônico. Outubro de 2020. Disponível em: < <https://cartilha.cert.br/fasciculos/comercio-eletronico/fasciculo-comercio-eletronico.pdf> > Acesso em: 10 nov. 2022.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Direito do Comércio Eletrônico. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. *E-book*.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. único.

HACKERROOT, Guilherme Barzaghi; HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (Coord). Breve evolução histórica do e-commerce. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JACIR, Carmen Sfeir; HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (Coord). Resolução de disputas no comércio eletrônico. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Necessária atualização do CDC no comércio eletrônico e direito de arrependimento. Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/garantias-consumo-necessaria-atualizacao-cdc-comercio-eletronico>>. Acesso em: 28 set. 2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

MINJORO, Mariana Santana; COSTA, Tonny Robert Martins da. A evolução do mercado de e-commerce no Brasil e como a pandemia do COVID-19 impactou este processo. Repositório Universitário da Ânima (RUNA). Disponível em: < <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/19012/1/Mariana%20Minjoro%20-%20TCC%20Ci%C3%aancias%20Econ%C3%B4micas%20-%202021.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2022.

MORAES, Frederico Santos Lopes de; ANDRADE, Thais Barbosa; MAIRINK, Carlos Henrique Passos. O comércio eletrônico e as formas alternativas de resolução de conflitos no código de defesa do consumidor sob a ótica da responsabilidade civil dos sites de intermediação. Libertas. Disponível em: <<https://famigvirtual.com.br/famig-libertas/index.php/libertas/article/view/306/287>>. Acesso em: 17 out. 2022.

MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia Souza; HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (Coord). Direitos do Consumidor. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

NATALI, Silva Lorraine; OLIVEIRA, Victor Ricardo. Comércio eletrônico: a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Jus. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/68602/comercio-eletronico-a-aplicabilidade-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 16 out. 2022.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

SILVA, Lara Livia Santos de et al. Medidas de distanciamento social para enfrentamento da COVID-19 no Brasil: caracterização e análise epidemiológica por estado. Cadernos de Saúde Pública. Disponível em: < <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1183/medidas-de-distanciamento-social-para-o-enfrentamento-da-covid-19-no-brasil-caracterizacao-e-analise-epidemiologica-por-estado>>. Acesso em: 29 set. 2022.

TEIXEIRA, Tarcisio. Direito Digital e Processo eletrônico. 6. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

XIMENES, Alexia Praia; PIETZSCH, Ingo Dieter. A proteção dos Consumidores nas compras pela internet em tempos de pandemia. Âmbito Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-consumidor/a-protecao-dos-consumidores-nas-compras-pela-internet-em-tempos-de-pandemia/>>. Acesso em: 04 jun. 2022.

DIREITOS TRABALHISTAS E A REGULAMENTAÇÃO DOS NOVOS MODELOS DE TRABALHO: O FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO NO BRASIL.

ENZO VINÍCIUS LUZ TEIXEIRA:
bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho -
UNIFSA

PEDRO NERY DE CARVALHO BARROS⁸⁶

(coautor)

RODRIGO ARAÚJO SARAIVA

(orientador)

RESUMO: Historicamente, o trabalho no Brasil foi sempre concebido em conjunto com uma série de fatores que o assimilam à falta de organização, precarização, descuido e falta de regulamentação jurídica, o que já não é mais novidade. Gradativamente, diversos institutos legais foram surgindo, assim como novas formas de emprego. Um grande exemplo disso são os motoristas de aplicativos, como Uber. Diante disso, uma pergunta permanece, como garantir os direitos trabalhistas e regularizar novos modelos de trabalho mediante o fenômeno da uberização no Brasil? Diante disso, este estudo tem por objetivo analisar a precarização do direito do trabalho no Brasil e também o fenômeno da Uberização, de modo a averiguar se a doutrina e a jurisprudência reconhecem ou não vínculo empregatício entre tais prestadores de serviço e a respectiva plataforma ou aplicativo. A presente temática se faz de muita importância diante da constante mudança que vem ocorrendo nas relações de trabalho, juntamente ao desemprego que atormenta os brasileiros ao longo dos anos, agravada por conta da pandemia da COVID-19. Motivo esse que culminou no presente estudo desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica narrativa, com a intenção de esclarecer pelo entendimento jurídico e doutrinário a cerca das novas modalidades de trabalho que vem surgindo em nosso país, quais as principais mudanças e quais os impactos na relação de emprego e de trabalho diante desse cenário.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Flexibilização; Vínculo Empregatício; Uberização.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo discutir a regularização de novos modelos de trabalho no Brasil que luta contra o desemprego. Que surgiram com a chegada de novas plataformas digitais, permitindo a criação de novos modelos de prestação de serviço.

Nesse sentido, estamos diante de uma questão que envolve os Direitos trabalhistas e a regularização dos novos modelos de trabalho no Brasil, fenômeno este que vem sendo denominado como o Fenômeno da uberização no Brasil.

⁸⁶ bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

Então o que se indaga e o que os doutrinadores discutem é, como garantir os direitos trabalhistas e regularizar novos modelos de trabalho diante o fenômeno da uberização no Brasil?

O processo da uberização partiu inicialmente da análise das relações laborais entre motoristas e os aplicativos de transporte. Desse modo a contemporânea pesquisa bibliográfica baseia-se na análise de tal relação contratual tão emergente no cenário trabalhista brasileiro.

É cedido que o processo de uberização nasceu da necessidade de muitos brasileiros adentrarem no mercado de trabalho, de forma que rompam com a prejudicial taxa de desemprego presente nos pais nos últimos anos. Contudo o presente estudo tem como objetivo discutir os ônus e bônus de tal fenômeno.

O desemprego, como se sabe, é um dos piores males sociais ao qual uma nação possa enfrentar, pois prejudica tanto o indivíduo com relação ao atendimento das necessidades básicas do ser humano, bem como não permite a circulação de dinheiro no meio social ao qual se vive, adentrando num problema de cunho social.

Com isso, verifica-se nitidamente a interligação do desemprego ao início e constante crescente de adesão de brasileiros ao labor por meio de contratação de aplicativos. A análise aqui a ser discutida pairará no que diz respeito às consequências, positivas ou negativas, deste novo meio relacional trabalhista.

Tal discussão se demonstra pertinente à medida que tal situação ainda encontra-se totalmente sem regulamentação específica por parte do Poder Legislativo brasileiro, ao qual cabe, na sua função típica, ser sensível aos acontecimentos e transformações sociais e confeccionar normas jurídicas para regular as condutas sociais, em que a uberização no direito do trabalho deveria ser incluída.

Com isso, a prezada pesquisa entonará análise acerca das características que permeiam tal exercício laboral prestados por motoristas de aplicativos no plano fático, com tom crítico necessário à elucidação interpretativa de como a atividade é desenvolvida e os possíveis direitos advindos dessa.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO TRABALHO NO BRASIL

No Brasil, o trabalho vem ocorrendo de várias formas desde seu período colonial, a partir dos anos 1530, como, por exemplo, a economia agrícola como carro chefe dos postos de ocupação da época, alicerçada no trabalho escravo. Ao longo da história, diversas formas de regulamentação foram sendo feitas, gradativamente, até que se chegasse ao ponto que atualmente se encontra o entendimento acerca do trabalho e suas implicações. De acordo com Barros (2016):

No Brasil, de 1500 até 1888, o quadro legislativo referente ao trabalho registra, em 1830, uma lei que regulou o contrato sobre prestação de serviço dirigida a brasileiros e estrangeiros. Em 1837, há uma normativa sobre contratos de prestação de serviços entre colonos dispondo sobre

justas causas de ambas as partes. Em 1850 é o Código Comercial, contendo preceitos alusivos ao aviso prévio.

Dessa forma, é perceptível a ausência de regulamentação, e a inércia de leis trabalhistas durante muitos anos seguidos, visto que se demorou mais de trezentos anos, desde a colonização, até o primeiro registro de regulamentação voltada aos interesses trabalhistas.

Primeiramente, deve-se atentar que é apenas a partir da extinção da escravatura (1888) que pode se iniciar uma pesquisa consistente sobre a formação e consolidação do trabalho no Brasil, como o conhecemos hoje.

Vale ressaltar que não se trata de sustentar que inexistisse no Brasil, antes de 1888, qualquer experiência de relação de emprego, qualquer experiência de indústria ou qualquer traço de regras jurídicas que pudessem ter vínculo, ainda que tênue, com a matéria que, futuramente, seria objeto do Direito do Trabalho. Trata-se, apenas, de reconhecer que nesse período anterior, marcado estruturalmente por uma economia do tipo rural e por relações de produção escravistas, não restava espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo justralhista. Segundo Martins (2021), "a história do Direito do Trabalho identifica-se com a história da subordinação, do trabalho subordinado. Verifica-se que a preocupação maior é com a proteção do hipossuficiente e com o emprego típico".

Sendo assim, percebe-se que a partir do ano de 1888 temos um período que se caracteriza por uma maior importância dada à relação empregatícia e sua regulamentação. De acordo com Delgado (2019, p. 128):

Nesse quadro, o período se destaca pelo surgimento ainda assistemático e disperso de alguns diplomas ou normas justralhistas, associados a outros diplomas que tocam tangencialmente na chamada questão social. Ilustrativamente, pode-se citar a seguinte legislação: Decreto n. 439, de 31.5.1890, estabelecendo as "bases para organização da assistência à infância desvalida"; Decreto n. 843, de 11.10.1890, concedendo vantagens ao 'Banco dos Operários'; Decreto n. 1.313, de 17.1.91, regulamentando o trabalho do menor(4). Nesse primeiro conjunto destaca-se, ainda, o Decreto n. 1.162, de 12.12.1890, que derogou a tipificação da greve como ilícito penal, mantendo como crime apenas os atos de violência praticados no desenrolar do movimento.

Um segundo período que vale a pena ser citado, e que é o mais relevante até o momento, é o período compreendido dos anos de 1930 até o ano de 1945, durante a chamada Era Vargas. É nesse momento que ocorre uma intensa atividade administrativa e legislativa do Estado, através de políticas fortemente intervencionistas. Pontos importantes e que valem a pena ser citados, são por exemplo, a Constituição de 1934. Que, segundo Barros, foi a primeira a estabelecer que a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições de trabalho na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país.

Ela foi caracterizada pela criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho, criação de leis trabalhistas, instituindo jornada de trabalho de oito horas diárias, repouso semanal e férias remuneradas. Para além do texto constitucional de 1934, outras disposições acerca da regulamentação do trabalho foram sendo adotadas.

Dentre elas, o instituto legal estabelecido em 1943. Como principais características da CLT, podem ser citadas a regulamentação do Registro do Trabalhador e da carteira de trabalho, a jornada de trabalho, o período de descanso, as férias, a medicina do Trabalho, as categorias Especiais de Trabalhadores, a proteção do trabalho da Mulher, os contratos Individuais de Trabalho, a organização sindical, as Convenções Coletivas, a fiscalização, a Justiça do Trabalho e Processo Trabalhista.

Nascimento expõe que as leis trabalhistas se expandiram de forma desorganizada; eram espalhadas, de modo que cada profissão tinha uma lei específica, fato que, além de prejudicar muitas outras profissões que ficaram fora da previsão legal, pecava pela falta de sistema e pelos inconvenientes naturais dessa fragmentação.

O modelo justtrabalhista então estruturado agrupou-se, anos após, em um único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452, de 1.5.1943). Embora o nome reverenciasse a obra legislativa anterior (consolidação), a CLT, na verdade, também modificou e expandiu a legislação trabalhista existente, assumindo, desse modo, a natureza própria a um código do trabalho.

Apesar das críticas que vem sofrendo, a CLT cumpre seu papel, especialmente na proteção dos direitos do trabalhador. Entretanto, pelos seus aspectos burocráticos e excessivamente regulamentador, carece de uma atualização, especialmente para simplificação de normas aplicáveis a pequenas e médias empresas.

Vale por último ressaltar a diferença de relação de trabalho e relação de emprego, noção importante para os próximos capítulos. Em meio a esse cenário, Jorge Neto e Cavalcante (2013) conceituam a relação de trabalho nos seguintes termos:

[...] É a relação jurídica em que o prestador dos serviços é uma pessoa natural, tendo por objeto a atividade pessoal, subordinada ou não, eventual ou não, e que é remunerada (ou não) por uma outra pessoa natural ou pessoa jurídica. Portanto, a relação de trabalho é o gênero, sendo a relação de emprego uma de suas espécies.

A relação de emprego ocorre quando estão presentes os requisitos do art. 3º da CLT, ou seja, temos uma relação de emprego quando há a prestação de serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Destaca-se que a prestação de serviços tem que ser intuitu personae, ou seja, apenas aquela pessoa pode fazer, sendo a mesma insubstituível para aquela tarefa. A relação de trabalho ocorre quando se reconhece o vínculo empregatício, através requisitos legais e cumulativos, sendo eles que o empregado seja pessoa

física, pois serviço deverá ser prestado sempre por pessoa física ou natural, o empregado não pode ser pessoa jurídica, pois o Direito do Trabalho objetiva tutelar apenas a pessoa física. Outro requisito importante é a pessoalidade na prestação de serviço, ou seja, o serviço deverá ser prestado pessoalmente pelo empregado não podendo este ser substituído por outro empregado. O terceiro requisito é a não eventualidade.

Conforme esse requisito, para que seja caracterizada a relação de emprego, o trabalhador deverá prestar serviço com habitualidade, de forma contínua. Para que se caracterize a relação de emprego, o empregado deverá trabalhar em favor de outrem, e este trabalho será compensado com um salário. E por fim a subordinação. É considerado um dos principais requisitos para caracterizar a relação de emprego, também é visto como um estado de dependência, ou seja, o empregado está sob ordens do empregador. A caracterização do vínculo empregatício se dá pela subordinação jurídica, ou seja, existe a vinculação do empregado ao poder empregatício.

Tais requisitos, quando presentes juntos, configuram a relação de emprego, que é vista como uma espécie da relação de trabalho. O exercício de trabalho é inclusive garantia constitucional presente no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988. De acordo com ela, o direito ao trabalho também configura um direito social, ao lado do direito à saúde, alimentação, moradia, dentre outros. Dessa forma percebe-se a grande importância dada pelo texto constitucional ao presente tema em questão.

O artigo 7º do mesmo dispositivo legal, estabelece em seguida uma série de outros direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, como por exemplo, o salário mínimo; piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; garantia de salário nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa, dentre tantas outras garantias. Todo esse respaldo faz com que o trabalhador convencional desfrute de grande segurança jurídica durante o exercício de seu emprego, segurança essa que como exposto a seguir, não se configura para todos os tipos de prestação de serviços em nosso país.

3 FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO NO BRASIL

É fato que atualmente vive-se numa época em que o acesso vale mais que o acúmulo. Com um clique, é possível solicitar um motorista, um entregador, uma casa para alugar e até fazer um curso online. Tudo sem grandes negociações, apenas analisando reviews e notas. É o mundo da "economia compartilhada".

A chegada do Uber e outros tantos aplicativos fez a sociedade adotar para a vida o chamado serviço "peer-to-peer", isto é, pessoas colaborando umas com as outras, como alternativa às grandes corporações que antes lideravam esses serviços. Tudo muito confortável, mas essa mudança de comportamento também fez consolidar de vez um novo modelo de negócio.

O fenômeno da "uberização" consolidou empresas que agora intermedeiam a demanda de trabalhadores cada vez mais informais. Se, por um lado, isso fomenta o surgimento de novos

empregos, por outro há também um processo de precarização da mão de obra — afinal, esses trabalhadores passam a não ter mais vínculos empregatícios.

De acordo com Ricardo Antunes, sociólogo e autor do livro “O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital”, expõe que “se homens e mulheres tiverem sorte hoje, o seu trabalho será precário”. Nesse sentido, para ele os trabalhadores serão servos, e isso ainda assim será um privilégio, em comparação com o desastre ainda maior, que é o do desemprego.

Deve-se entender que Uberização é o termo que, no campo do trabalho, diz respeito à economia do compartilhamento: define uma relação de trabalho contemporânea em que se “vende” um serviço para alguém de forma independente, sem intermediação de empresas, em geral via internet. O próprio termo deriva do nome da empresa “Uber”, na qual os motoristas possuem essa liberdade e atuam de acordo com a demanda dos clientes, se aceitarem a corrida (ou o trabalho). O modelo é visto como uma forma mais eficiente de atuação em meio as demandas atuais do mercado de trabalho.

No princípio, esse fenômeno consistia numa operação de empréstimos e trocas entre iguais; em pouco tempo, com a chegada da Uber, essa dinâmica ganhou o nome da plataforma e passou a explicar a relação entre autônomos e contratantes. A uberização é uma forma paralela de atuação e funcionamento econômicos, à margem dos controles do Estado. Para Abílio (2019), a uberização do trabalho é uma forma de gestão que traz novos modelos organizacionais e de controle laboral e que vem como uma grande tendência global.

Por ter diferentes usos, é difícil saber sua origem. Sabe-se apenas que o termo vem da inovação trazida pela empresa Uber no mundo dos aplicativos — e acabou virando a terminologia para explicar como essas novas empresas gerenciam seus negócios. Assim como a Uber, muitas empresas utilizam tecnologia semelhante, visando sempre colocar consumidores e fornecedores em contato direto. Nesse sistema, os intermediários não atuam diretamente no processo. A única função deles é garantir que aqueles que procuram um serviço possam encontrar pessoas dispostas a oferecer essa demanda. O termo é usado internacionalmente e popularizado no Brasil desde pelo menos 2017, quando passou a ser incorporado em pesquisas e estudos da área do trabalho.

Apesar de as empresas de tecnologia reforçarem que os “parceiros” podem trabalhar quando e quanto quiserem, essa liberdade acaba negada quando há um dever de cumprir objetivos definidos num programa de serviço. Quem vai entregar ou quantos serviços cada trabalhador pode aceitar num dia: tudo isso é decidido de forma unilateral por algoritmos. Passa-se a ter um trabalhador reduzido à força de trabalho: ele é utilizado somente quando necessário e não conta mais com nenhuma garantia, nem mesmo sobre quanto vai ter de trabalhar num dia para alcançar uma remuneração mínima. Não há margem de negociação.

Acaba por ser uma enorme transferência de custos, de riscos e de responsabilidades. Por exemplo, duzentas mil pessoas trabalhando informalmente sem qualquer pré-definição sobre horário, e uma empresa controlando todo esse trabalho. Eles trabalham como querem, de fato,

mas estão subordinados a uma série de regras que são onipresentes, sem garantia sobre remuneração, tempo de trabalho, custos e até acidentes.

Para Franco e Ferraz (2019), a uberização pode ser vista como uma saída ao crescente desemprego considerando seu potencial de utilizar bastante mão de obra, todavia, de forma mais complexa, é notório que enquanto as empresas tendem a obter um lucro maior os direitos trabalhistas tendem a ser mais precarizados.

Sendo assim, a grande questão envolvendo o termo “Uberização do trabalho” é saber se em tal prática, os “parceiros” possuem garantias trabalhistas previstas em dispositivos legais e assim estão amparados pelas normas trabalhistas, ou se tal fenômeno não confere tais condições às pessoas que a ele aderem, cada vez mais e mais em nosso país, na busca incessante por melhores oportunidades e condições de emprego, e também de vida.

4 TRABALHO CONVENCIONAL E O FENÔMENO DA “UBERIZAÇÃO”

Nos dias atuais existe uma grande discussão no meio jurídico em geral sobre a existência ou não de alguma espécie de vínculo de emprego entre as empresas que tem sua funcionalidade através de aplicativos, como o Uber, por exemplo, e os trabalhadores, que prestam seus serviços para essas novas modalidades de empreendimentos.

Diante esse cenário, é importante observar as posições dos sujeitos dessa relação, pois, de um lado os administradores das plataformas justificam que fazem apenas o papel de intermediários entre os consumidores e os prestadores de serviços cadastrados, não reconhecendo assim nenhuma espécie de vínculo empregatício. Situação essa que por muitas vezes faz com que os prestadores de serviços não se sintam protegidos nas relações no qual ele fornece seus serviços, causando uma sensação de liberdade por um lado e da falta de uma segurança por outro.

Em palestra promovida pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (CE), no dia 14 de fevereiro, afirmou o juiz do trabalho Fausto Siqueira Gaia: “Nós estamos diante de um grande paradoxo no mundo do trabalho. Trabalhadores que se encontram em situação de informalidade acabam excluídos da proteção do Direito do Trabalho”.

Segundo o magistrado, as movimentações econômicas e trabalhistas cada vez mais tem sido palco de transformações que possuem o objetivo de computar as responsabilidades dos riscos do para o trabalhador. Tendo como comparação o século 20, época em que o empregador já fornecia os meios necessários para a realização do trabalho e o empregador tinha como objetivo único apenas disponibilizar a sua mão de obra. Bem como a partir da década de 1970, onde se originou e começou-se a utilização da chamada terceirização do trabalho, a força de trabalho ainda sim continuava sendo o principal elemento em poder do empregado, porém, os meios de produção não ficam concentrados somente na mão do empregador, que transfere parte deles para um prestador de serviço.

Com o processo de “uberização do trabalho”, a partir do século 21, as empresas do ramo de prestação de serviços quem como base a utilização de tecnologias, abrem mão da posição de detentora dos meios de produção, e acabam por transferir todo ou quase todo o risco de negócio

para o trabalhador. Esse novo modelo que rege a organização do trabalho do século atual, exige por parte do trabalhador, que ele disponha, além de sua força trabalho, também os meios de produção, que no caso dos aplicativos de motoristas de empresas de aplicativos, é o carro juntamente com todas as despesas decorrentes de seu uso, como combustível, manutenção e impostos.

Diante dessa situação, existe uma corrente de pensamento e opiniões onde tem-se a visão de que no futuro, ocorra provavelmente a extinção da figura do trabalhador, não havendo assim o emprego, teremos apenas o trabalho. Com isso, o estado deve ter a devida preocupação em garantir uma sistemática de proteção para os prestadores de serviços, visando evitar situações que venham a ferir a personalidade dos mesmos. Pois muitos deles, com conta da precarização do trabalho e também do baixo valor oneroso vem a receber, acabam por esta fora do sistema de proteção social, e em caso de acidente, por exemplo, ficariam sem assistência, benefícios que o trabalhador costuma ter no “trabalho convencional”.

No chamado trabalho convencional, o empregado mantém o vínculo empregatício, sendo assim, mantendo-se protegido por todas as regras que discorrendo sobre o regramento da relação de trabalho, o empregado não tem que se preocupar em contribuir mensalmente ao INSS, tem a garantia do seguro desemprego caso seja despendido, tem direitos e deveres claros e tipificados em normas trabalhistas vigentes.

De acordo com isso existe uma linha de entendimento que não se pode descartar e nem extinguir a figura da relação de trabalho, com o empregador e o empregado devidamente cientes de seus direitos e deveres um para com o outro, visto isso, defende-se que somente dessa forma o direito do trabalho poderá dar uma maior segurança jurídica para as relações de trabalho que venham a surgir nesse novo século.

É cediço que as fontes do direito refletem a nascente do instrumento de controle social que o Direito representa em sociedade, fazendo assim surgir a necessidade de estar sempre em constante atualização com os novos modelos de relações jurídicas.

Visto isso, o presente trabalho aborda, em sua grande parte, fontes legislativas e doutrinárias para embasar o estudo em voga, entretanto, como forma de abarcar a situação discutida no meio jurídico-prático necessário se faz demonstrar jurisprudências, que são decisões judiciais reiteradas dotadas de uniformidade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

No caso em questão, como ponto de partida, colhe-se julgado que denota inovação no meio decisório judicial acerca da temática abordada, qual seja o fenômeno da Uberização ou não. Visto isso, destaca-se um importante avanço decisório perpetrado pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017 . UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MANTIDA ENTRE OS TRABALHADORES

PRESTADORES DE SERVIÇOS E EMPRESAS QUE ORGANIZAM, OFERTAM E EFETIVAM A GESTÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS DE DISPONIBILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AO PÚBLICO, NO CASO, O TRANSPORTE DE PESSOAS E MERCADORIAS.

(RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª TURMA, RELATOR MINISTRO MAURÍCIO GODINHO DELGADO, DEJT 11/04/2022).

Como visto na decisão acima, foi reconhecido o vínculo empregatício, onde que para os magistrados, na relação entre aplicativos de transporte como Uber e motoristas dessas plataformas estão presentes os cinco elementos que configuram o vínculo empregatício. Sendo ela considerada muito importante, pois, abre um precedente inédito no país, haja vista que, pela primeira vez, o TST reconheceu o vínculo empregatício de um motorista de aplicativo.

Por outro lado, a 17ª Turma do TRT da 2ª Região (SP) não reconheceu o vínculo empregatício entre um motorista e o aplicativo de intermediação de serviços de transporte 99. Com isso, foi mantida a decisão tomada em 1º grau, que não observou subordinação na relação estabelecida.

TECNOLOGIA. VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUTONOMIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

É consenso que a reestruturação do capitalismo e a criação de novas tecnologias da informação ocorridas no cenário contemporâneo trouxeram transformações socioeconômicas que repercutiram no mercado de trabalho. A liberdade do reclamante em escolher as horas de trabalho, desconectando-se do aplicativo ao seu alvitre, a possibilidade de recusar viagens e conceder descontos e o fato de arcar sozinho com as despesas do veículo afastam a caracterização de subordinação, revelam a autonomia e a assunção dos riscos com que o trabalhador conduzia seu trabalho. A aquisição originária da força de trabalho não se deu por conta alheia. Vínculo de emprego não caracterizado.

(TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO TRT-2: 1000514-62.2021.5.02.0019 SP)

Apesar do tribunal ter reconhecido a necessidade de se discutir e reformular uma melhor regulamentação para que seja extinta as situações de caráter precário das relações entre os motoristas e as empresas de aplicativo, o juízo de origem não deferiu o vínculo. Pois no entendimento em questão, o motorista tinha total liberdade para se desconectar da plataforma, não se obrigava à exclusividade aquela prestação de serviço, e ficava com 80% do valor de cada serviço.

Podemos assim, ter uma noção da importância de regulamentar esses novos tipos de relações ente prestadores de serviços e as plataformas digitais. Pois apesar do reconhecimento inédito que pôde ser visualizado no estudo em questão, ainda existem entendimentos contrários, que causam divergência no ordenamento, prejudicando assim a segurança jurídica do mesmo em nosso país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito desse artigo científico foi analisar com base em livros, artigos e legislações, a situação dos prestadores de serviço juntamente com as novas empresas de tecnologias, e a eventual relação de trabalho existente entre eles a fim de estabelecer a existência ou não do vínculo empregatício, sendo assim possível determinar se esses trabalhadores podem gozar de todos os direitos trabalhistas regidos na CLT.

Para isso, foi importante inicialmente falar sobre o direito do trabalho no Brasil, trazendo a importância das leis trabalhistas e todos os direitos dos trabalhadores conquistados ao longo dos anos.

Logo após, foi abordado sobre esse novo fenômeno de que criou diferentes modelos de trabalhos, que está sendo denominado como “uberização”, foi tratado sobre o seu conceito e as principais diferenças que tem com o trabalho convencional, além da sua significativa relação com a diminuição do desemprego em nosso país.

Por fim, foi esclarecido os pontos positivos e negativos encontrados nesses novos modelos de trabalho, além de expor a ocorrência da precarização da mão de obra. Ainda, fora abordado a comparação entre jurisprudências, na qual diferentes tribunais discordaram em relação à existência de vínculo trabalhista de motoristas de uber e prestadores de serviço com o respectivo aplicativo.

É evidente que o prestador de serviço necessita de garantias respaldadas em lei para a devida segurança jurídica no exercício de sua profissão, sabendo assim que poderá usufruir futuramente de direitos como jornada de trabalho, férias remuneradas, seguro desemprego, dentre outras.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. **Plataformas digitais e uberização: globalização de um Sul administrado?** Contracampo [online], Niterói, v. 39, n. 1, p. 12-26, abr./jul. 2020. ISSN 2238-2577. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38579> Acesso em 29 de out. de 2022.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Disponível em : https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 29 de out. de 2022

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em 29 de out. de 2022.

DELGADO, Godinho, **Curso de direito do trabalho**, 18ª Edição, São Paulo: LTr, 2019.

FRANCO, David Silva. FERRAZ, Deise Luiza da Silva. **Uberização do trabalho e acumulação capitalista**. Cad. EBAPE.BR [online]. 2019, vol.17, n.spe, pp.844-856. Epub 09-Dez-2019. ISSN 1679-3951. Disponível em : https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512019000700844 Acesso em: 29 de out. de 2022.

“Uberização” do trabalho: caminhamos para a servidão, e isso ainda será um privilégio. Entrevista com Ricardo Antunes. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/591102-uberizacao-nos-leva-para-a-servidao-diz-pesquisador> Acesso em 29 de outubro de 2022

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 11/04/2022 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/1685725991/inteiro-teor-1685725992> Acesso em 29 abr. 2022.

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região TRT-2: 1000514-62.2021.5.02.0019 SP Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-2/1385465655> Acesso em 29 abr. 2022.

A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA

DAIANE MAZIERO NOGUEIRA:

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ivaiporã-PR – UNIVALE. Pós-graduada em Direito Constitucional. Advogada.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a constitucionalidade dos dispositivos da lei de prisão temporária nº 7.960/89. Serão feitas considerações sobre a prisão temporária. Por conseguinte, serão expostas as duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a lei em tela. Por fim, será explanada a decisão do Supremo Tribunal federal sobre o assunto vertente.

Palavras-chave: Prisão temporária. Constitucionalidade. ADI 4109/DF e ADI 3360/DF. Supremo Tribunal Federal.

Sumário: Introdução. 1. Breves considerações sobre a prisão temporária 2. ADI 4109/DF e ADI 3360/DF. 2.1. Da constitucionalidade do artigo 1º, do inciso I, da lei de prisão temporária. 2.2. Da constitucionalidade do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 7.960/89. 2.3. Da constitucionalidade do inciso III do artigo 1º, da lei de prisão temporária. 2.4. Da constitucionalidade da expressão “será” descrita no *caput* do artigo 2º, da Lei nº 7.960/89. 2.5. Da constitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 7.960/89. 2.6. Dos novos requisitos criados pelo STF para a decretação da prisão temporária. 3. Da decisão do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

Introdução

É de suma importância a análise da constitucionalidade da prisão temporária, notadamente diante do direito à liberdade provisória e da presunção de inocência, por se tratar de modalidade com menos requisitos que a prisão preventiva.

Existe no espaço jurídico tese defensora da inconstitucionalidade da lei de prisão temporária por violação do princípio à presunção de inocência pelo fato da norma trazer poucos requisitos para ser fixada.

Por outro lado, há outros estudiosos defensores da constitucionalidade da lei de prisão temporária.

Assim, para a compreensão dessa discussão, inicialmente, serão disponibilizadas as breves considerações sobre prisão temporária. Doravante, as duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a lei em discussão e a decisão do Supremo Tribunal Federal.

1. Breves considerações sobre a prisão temporária

A prisão temporária é uma das espécies de prisão cautelar, que ocorre antes da sentença condenatória definitiva, decretada durante a fase de investigação criminal, nos casos e crimes previstos expressamente na lei 7.960/89.

Para Julio Fabbini Mirabette (1997, p. 392):

A prisão temporária é uma medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial.

Consigne-se que a prisão temporária tem natureza pré-processual com a finalidade de assegurar o resultado útil da investigação criminal.

Tem-se que a prisão temporária é uma restrição ao direito de locomoção que pode ser conceituado como o direito do ser humano de ir, vir, bem como de permanece no local, podendo também sair do território nacional, desde que em tempo de paz, sem qualquer intervenção do Estado ou de particulares.

A constituição Federal dispõe o direito de locomoção e a restrição com relação a prisão, conforme ora segue:

Artigo 5º, XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

[...]

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (BRASIL, 1988)

O código de Processo Penal também preceitua nesse sentido:

Artigo 283 do CPP – Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso de investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1989)

Nesse viés, atualmente, antes da sentença penal definitiva, só há três hipóteses de prisão criminal, quais sejam, prisão em flagrante, temporária e preventiva.

A prisão temporária não pode ser decretada de ofício pelo magistrado, mas somente por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, nos termos do artigo 2º da lei de prisão temporária.

Segue o dispositivo:

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (BRASIL, 1989)

Ademais, se a prisão temporária for requisitada pela autoridade policial, obrigatoriamente, deve ser ouvido o Ministério Público antes de decretá-la. Nesse sentido segue o dispositivo da lei em questão: “Art. 2º, § 1º - Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público” (BRASIL, 1989).

Observe-se que somente será cabível a prisão temporária quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes expostos em rol taxativo.

Cabe indicar o dispositivo com tais requisitos e crimes:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua

formas típicas;n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016). (BRASIL, 1989).

O prazo da prisão temporária é de 5 dias para crimes comuns e 30 dias para delitos hediondos, podendo ser prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme dispositivo da lei em questão e da lei de crimes hediondos que será disponibilizado abaixo.

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (BRASIL, 1989)

Art. 2º, da lei 8072/90 - § 4º - A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007). (BRASIL, 1990).

Assim, a lei dispõe que é cabível a prisão temporária somente para alguns crimes mais graves e tem várias peculiaridades que diferencia das demais prisões cautelares.

2. Das ações diretas de inconstitucionalidade ADI 4109/DF e ADI 3360/DF:

As duas ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas pelo Partido trabalhista Brasileiro (ADI 4109/DF) e Partido Social Liberal (ADI 3360/DF), com o objetivo de discutir a constitucionalidade da lei de prisão temporária nº 7.960/89.

Foi questionado o artigo 1º da lei de prisão temporária, pois um dos autores apontou que o dispositivo contraria os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Asseverou que a decretação da prisão temporária somente seria constitucional se os requisitos estivessem presente conjuntamente, caso contrário, caracterizará violação do devido processo legal material.

Asseverou também que o artigo 1º, incisos I, II e III, da referida lei viola a cláusula do devido processo legal porque provoca controvérsias interpretativas na comunidade jurídica com soluções desarrazoadas.

No mais, o autor argumentou que a prisão temporária é inconstitucional diante do direito à liberdade provisória e da presunção de inocência. Isso porque a prisão em discussão tem menos requisitos do que a prisão preventiva.

2.1. Da constitucionalidade do artigo 1º, do inciso I, da lei de prisão temporária:

Para o STF é constitucional a prisão temporária para servir interesses da investigação criminal. Isso porque esta prisão tem natureza cautelar a qual é autorizada pelo artigo 5º, LXI, da Constituição Federal.

Artigo 5º, LXI, da CF – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1988)

Consignou-se que todas as prisões cautelares devem ser fixadas de forma excepcional, devidamente fundamentadas pela autoridade judicial competente e com o preenchimento de todos os requisitos legais, em obediência ao princípio da presunção de inocência descrito no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

É válido apontar que, as prisões cautelares são autorizadas não só pela Constituição Federal, mas também pela Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto internacional sobre direitos Civis e políticos.

Importante salientar, que a prisão temporária não pode ser decretada para fins de averiguação.

Leonardo Barreto Moreira Alves explica o conceito da prisão por averiguação e indica que tal ato é inconstitucional, logo após segue um texto disponibilizado no site jusbrasil, bem como jurisprudência em consonância com o entendimento do autor, conforme segue:

Antes da Constituição Federal de 1988, havia no país a denominada prisão para averiguações, que era uma prisão realizada pela polícia, sem ordem judicial, para auxiliar as suas atividades rotineiras e cotidianas de investigação, ou seja, no intuito de verificar se a pessoa presa possuía qualquer vínculo com alguma infração penal ou mesmo para apurar a sua vida pregressa, consultando, por exemplo, se havia contra ela algum mandado de prisão em aberto ou se estava foragida.

Com o advento da Carta Magna de 1988, passou-se a exigir, como regra, ordem judicial para a efetivação das prisões (cláusula de reserva de jurisdição), salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar e na prisão em flagrante. Em razão disso, a polícia não mais pôde proceder à prisão para fins de averiguações por conta própria, necessitando, para tanto, da autorização do juízo competente. Esclareça-se, contudo, que a exigência de ordem judicial para a prisão não impede seja feita abordagem policial, se preciso, solicitando identificação de indivíduos ou realizando busca pessoal deles: impede-se apenas a prisão sem autorização judicial para esse fim. No mais, atualmente, a simples prisão para averiguações (sem ordem judicial) é ilegal, configurando a prática de

crime de abuso de autoridade (art. 9º, caput, da Lei nº 13.869/19). (Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1097).

Tal modalidade de prisão admitia que policiais detivessem pessoas aleatoriamente nas vias públicas levando-as presas para fazer a averiguação, ou seja, para verificar seus antecedentes criminais, se são “procuradas” ou não. Assim, as autoridades policiais privavam as pessoas de exercer seu direito à liberdade de ir e vir para examinar suas vidas pregressas. Esse instituto foi largamente utilizado pelo Estado na época da Ditadura Militar como um mecanismo de controle da população.

Atualmente, a única possibilidade de prisão para averiguação, para Celso de Mello e Celso Bastos, é no caso de transgressões militares e quando houver suspensão momentânea das garantias constitucionais devido ao estado de defesa ou de sítio.

A jurisprudência brasileira caminha no sentido de consolidação das regras acima expostas, conforme é possível notar dos excertos emanados pelos Tribunais de Justiça de São Paulo, Maranhão e Santa Catarina, abaixo colacionados, respectivamente:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS ABORDAGEM POLICIAL PRISÃO PARA AVERIGUAÇÕES SITUAÇÃO VEXATÓRIA ABUSO CONFIGURADO.

1. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF e art. 43 CC).

2. A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

3. Dupla abordagem policial seguida de prisão para averiguações. Ausência de situação de flagrância ou ordem de prisão da autoridade judicial. Abuso que exclui o reconhecimento do estrito cumprimento do dever legal. Situação vexatória caracterizada. Dever de indenizar presente. Pedido procedente. Sentença mantida. Recurso desprovido, com observação”.

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS. PRISÃO PARA AVERIGUAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA.

I- Em não estando prevista no ordenamento jurídico vigente, a prisão para averiguações se reveste de manifesta ilegalidade, porquanto salvo as hipóteses de flagrante delito e as transgressões militares ou crimes propriamente militares, toda prisão ou detenção só poderá ser emanada de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Inteligência do art. 5º, LXI, da CF. (MUSTAFA, 2015)

Com isso, o dispositivo em questão é constitucional desde que a prisão não seja utilizada para averiguação e seja obedecido o direito à não autoincriminação.

2.2. Da constitucionalidade do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 7.960/89:

Para o STF, a prisão temporária decretada quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade pode ser decretada se não for analisada isoladamente. Caso contrário é inconstitucional.

Além disso trata-se de um inciso dispensável para a decretação da prisão temporária.

Nesse sentido, não é constitucional a decretação da prisão temporária quando se verificar, por exemplo, apenas uma situação de vulnerabilidade econômico-social – pessoas em situação de rua, desabrigados – por violação ao princípio constitucional da igualdade em sua dimensão material. (BRASIL, 2022)

2.3. Da constitucionalidade do inciso III do artigo 1º, da lei de prisão temporária:

O STF decidiu que o inciso citado tem o rol taxativo e é constitucional. Não se admite analogia ou interpretação extensiva desse dispositivo. Quando se está em jogo a imposição de penas restritivas de liberdade vigora o princípio da legalidade.

Trata-se de uma opção feita pelo Poder Legislativo, que, dentro de sua competência constitucional, entendeu que deveria dar especial atenção a determinados crimes. Essa escolha é perfeitamente compatível com a Constituição Federal. (BRASIL, 2022)

Nesse viés, o STF confirmou que o rol de crimes que possibilitam a aplicação da prisão temporária é taxativo.

2.4. Da constitucionalidade da expressão “será” descrita no caput do artigo 2º, da Lei nº 7.960/89:

Foi argumentado na ADI que o verbo “será” deveria ser declarado inconstitucional, pois impor a obrigação de o magistrado sempre decretar a prisão temporária.

O STF decidiu que o verbo é constitucional, uma vez que o magistrado não é obrigado a decretar sempre a prisão temporária. O que o juiz é obrigado é a fundamentar a decretação da prisão, nos termos do artigo 93, IX, da CF.

2.5. Da constitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 7.960/89:

Tem-se que o STF declarou que o prazo de 24 horas é constitucional. Isso porque trata-se de prazo impróprio, ou seja, que não produz consequências processuais caso seja descumprido.

Além disso, o STF apontou que tal prazo se justifica pela urgência na análise do pedido pelo magistrado, tendo em vista a eficiência das investigações.

Assim, nessa parte, a ADI foi julgada improcedente.

2.6. Dos novos requisitos criados pelo STF para a decretação da prisão temporária:

O STF afirmou que deve ser aplicado como requisito da prisão temporária, mesmo não previsto expressamente na lei 7.960/89, o disposto no artigo 312, parágrafo 2º, do CPP.

Artigo 312 [...], parágrafo 2º do CPP – 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. (BRASIL, 1989).

Diante disso, a prisão temporária deve ser decretada verificando-se o receio de perigo e a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos. Dessa forma dispõe a doutrina, conforme vejamos:

A doutrina denomina isso de princípio da atualidade ou contemporaneidade, segundo o qual a urgência no decreto de uma medida cautelar deve ser contemporânea à ocorrência do fato que gera os riscos que tal medida pretende evitar.

“A contemporaneidade diz respeito aos fatos que autorizam a medida cautelar e os riscos que ela pretende evitar, sendo irrelevante, portanto, se a prática do delito é atual ou não.

(...)

Por exemplo, se um crime é cometido em 2018 e o réu ameaça seriamente de morte testemunha-chave da acusação em 2021, é possível o decreto da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal nesse mesmo ano; todavia, se a ameaça às testemunhas se deu em 2018, não se verifica a

contemporaneidade do decreto da preventiva proferido em 2021. (Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 984-985).

Portanto, verifica-se que deve ser aplicado tal requisito da prisão preventiva à prisão temporária, conforme entendimento jurisprudencial do STF.

Outro requisito criado pelo STF, porém não previsto na Lei nº 7960/89 é a aplicação do artigo 282, II, do CPC à prisão temporária. Segundo esse dispositivo, para a aplicação de medida cautelar deve haver adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ao acusado.

Artigo 282 do CPC. As medidas cautelares previstas neste título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (BRASIL, 2015).

Segundo o STF, o dispositivo citado traz uma regra geral de aplicação à todas as modalidades de medida cautelar, privativa de liberdade ou não, inclusive prisão temporária, em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Com isso, a prisão temporária deve ser aplicada levando-se em conta a adequação da medida à gravidade do crime, condições pessoais do indiciado ou acusado, bem como às circunstâncias do fato.

3. Da decisão do STF:

O STF julgou parcialmente procedentes os pedidos das duas ADIs para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1º, da Lei nº 7.960/89.

Veja a decisão do STF:

A decretação de prisão temporária somente é cabível quando for: I Imprescindível para as investigações do inquérito policial; II houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado; III for justificada em fatos novos ou contemporâneos; IV for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado; e V não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas. STF. Plenário. ADI 4109/DF e ADI 3360/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, redator para o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 11/02/2022 (informativo 1043). (BRASIL, 2022).

Assim, o STF afirmou que a prisão temporária é constitucional e obedece ao princípio da presunção de inocência desde que obedecidos os requisitos indicados no julgado.

Conclusão

Com base nos argumentos expostos, depreende-se que o STF pendeu pela constitucionalidade da lei de prisão temporária, pois encontra-se em consonância com o princípio da presunção de inocência.

No mais, a prisão temporária somente pode ser aplicada de forma excepcionalíssima, em obediência a primazia a liberdade provisória.

Portanto, o STF destacou que os dispositivos da lei de prisão temporária são constitucionais, desde que feita a interpretação conforme, obedecendo-se os requisitos, incluídos aqueles criados pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que não previstos expressamente na lei 7.960/89.

Referências

BRASIL. **Lei de prisão temporária**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm > Acesso em 23 outubro de 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei Nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Lei Nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm > Acesso em 23 de outubro 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > . Acesso em 23 de outubro 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23 de outubro 2022.

BRASIL. **Lei de Crimes hediondos**. Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em 23 de outubro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Requisitos estipulados pelo STF para a validade da decretação da prisão temporária. **Dizer o Direito** 2022. <<https://www.dizerodireito.com.br/2022/02/requisitos-estipulados-pelo-stf-para.html>>. Acesso em 23 de outubro 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MUSTAFA, Leticia Rodrigues. **Prisão para averiguação**: Um estudo de caso. Jusbrasil. 2015. <<https://leticiamustafa.jusbrasil.com.br/artigos/319987718/prisao-para-averiguacao#:~:text=A%20pris%C3%A3o%20para%20averigua%C3%A7%C3%A3o%20C3%A9,e%20fundamentada%20da%20autoridade%20judicial>>. Acesso em 23 de outubro 2022.

CRIMES CIBERNÉTICOS: A COMPLEXIDADE DAS INVESTIGAÇÕES. A ANÁLISE DAS DIFICULDADES DAS INVESTIGAÇÕES AOS CRIMES CIBERNÉTICOS A LUZ DO MARCO CIVIL DA INTERNET

NAYARA STHEFANY DA SILVA OTAPIASSIS:

Bacharelanda do Curso de Direito da
Faculdade Metropolitana FAMETRO

HELOM CESAR DA SILVA NUNES

(orientador)

RESUMO: Os crimes cibernéticos têm causado um impacto cada vez maior na sociedade, estando entre os principais crimes com maior prejuízo financeiro no mundo. Ocorre que, da necessidade de investigação e produção de provas para o combate a este ilícito, tem gerado diversos questionamentos a respeito da sua forma de defesa, mas principalmente quanto a dificuldade das investigações à luz do Marco Civil da Internet. Sobre o tema a presente pesquisa buscará comentar sobre a internet antes do advento do Marco Civil Legal, com seus fundamentos e princípios, conceituando o crime cibernético, os mecanismos de defesa do cybercrime, tangenciando sobre os posicionamentos dos tribunais e quais os procedimentos que a vítima pode tomar ante a dificuldade das investigações.

Palavras-chaves: Crime; virtual; internet; investigação.

ABSTRACT: Cyber crimes have had an increasing impact on society, being among the main crimes with the greatest financial loss in the world. It so happens that, due to the need for investigation and production of evidence to combat this offense, it has generated several questions regarding its form of defense, but mainly regarding the difficulty of investigations in the light of the Civil Rights Framework for the Internet. On the subject, this research will seek to comment on the internet before the advent of the Civil Legal Framework, with its foundations and principles, conceptualizing cyber crime, cybercrime defense mechanisms, touching on the positions of the courts and what procedures the victim can take in view of the difficulty of the investigations.

Keywords: Crime; virtual; Internet; investigation.

INTRODUÇÃO

A era tecnológica vivenciada na atualidade, a qual se expande cotidianamente com o decorrer dos avanços sociais e informáticos, traz consigo diversas modificações, permitindo que os usuários de seus sistemas ultrapassem barreiras físicas, sociais e, em alguns casos, jurídicas, abrindo precedentes para os mais diversos usos da tecnologia e de todo o universo informático.

Considerando tais avanços e a complexidade por trás de cada novo passo na era digital há uma importante lacuna a ser preenchida: a da proteção de dados daqueles que fazem uso do mundo cibernético.

Na moderna sociedade informatizada os usuários da rede mundial de computadores, os quais navegam pelo mundo tecnológico de todos os tipos de dispositivos e que fazem uso ilimitado das ferramentas e programas disponibilizados pelo mundo digital, compartilham e armazenam diversas informações a todo instante em aparelhos que facilitam a compactação de arquivos, mas que, muitas vezes, são passíveis de ataques e invasões, colocando assim em risco dados importantes e, em diversos cenários, confidenciais.

O perigo iminente de ataques digitais aos meios utilizados para armazenamento e compartilhamento de informações não se trata de uma novidade, mas sim de uma consequência amplamente conhecida por quem é responsável pelos avanços tecnológicos e por aqueles que usufruem dessa tecnologia.

Assim, o presente estudo visa sensibilizar aqueles que usam da internet e dos diversos ambientes digitais, os denominados usuários, assim como aqueles que atuam como provedores dos acessos a esse mundo digital, buscando ainda analisar os atuais cenários jurídicos criados para proteção dos dados e para responsabilização legislativa dos que utilizam a internet como palco para o cometimento de crimes.

Urge salientar que o presente trabalho abordará, em primazia, as consequências voltadas para a temática dos crimes cibernéticos que crescem na mesma proporção dos avanços tecnológicos e que tornam a internet território perigoso para aqueles que a usam de forma descuidada e funcional na ótica de quem se prevalece do anonimato digital para cometer delitos.

1 A INTERNET ANTES DO ADVENTO DO MARCO REGULATÓRIO

O Marco Civil da Internet é uma lei criada pela, até então, Presidente Dilma Roussef, em abril de 2014. Em resumo, pode-se afirmar que, em conjunto com a Lei Geral de Proteção de Dados representam uma “Constituição da Internet” visando uma regulamentação, por meio de uma carta de princípios, dos direitos e deveres dos usuários da internet, portais, site, dentre outros.

Foi, portanto, a criação de uma institucionalização burocrática sobre o que é certo e errado no mundo virtual, estabelecendo parâmetros, sobretudo, de políticas de privacidade e proteção de dados pessoais. Acontece que, antes dessas legislações, não havia um esclarecimento, no ponto de vista legal, sobre a pertinência de determinados assuntos postados em sites de internet, tendo em vista o respeito às leis e os direitos constitucionais (BRASIL, 1988), principalmente, sobre a resguarda do princípio da liberdade de expressão.

Um importante impulsionamento para a criação das legislações em destaque foram os escândalos, à época, envolvendo espionagem internacional pela internet, causando, assim, uma intensa preocupação sobre a (in)violabilidade dos dados em rede.

O projeto do Marco Civil, por exemplo, foi iniciado neste período em parceria com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL-MJ) e a Fundação Getúlio Vargas, por meio do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito (BARRETO, 2016, p. 25).

A proposta final foi encaminhada à Câmara dos Deputados por meio da Mensagem n. 326, de 2011, denominada como Projeto de Lei nº 126/2011, tendo como relator o Dep. Alessandro Molon, possibilitando ainda a participação popular por meio do site E-Democracia.

Ocorre que, ao ser apresentado na Câmara, percebeu-se que já estava sendo discutido o Projeto de Lei n. 84/99 que tratava sobre a tipificação dos crimes cibernéticos, sendo assim, a discussão dos dois projetos foi feita de maneira simultânea, diferenciando apenas quanto as discussões relacionadas aos princípios, direitos e deveres dos usuários que apenas o texto do Projeto do Marco Civil continha.

Por outro lado, alguns assuntos, dos dois Projetos, tiveram discussões intensas, sobretudo, a neutralidade da rede, quanto à obrigação das empresas sediarem os “*data centers*” (centros de processamento de dados) no Brasil, para que fosse possibilitado o armazenamento desses dados no país.

O Projeto foi incluído no regime de urgência em 12 de setembro de 2013, por meio da Mensagem n. 391/2013 determinando o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para que houvesse a apreciação da Câmara dos Deputados, findo o prazo, foi devolvido ao Senado Federal, o qual aprovou o Projeto por unanimidade.

Cabe apontar ainda que a “*pressa*” do governo em aprovar o projeto se deu também em razão de que este seria apresentado durante o Encontro Global Multissetorial sobre o Futuro e Governança da Internet -NETMundial, ocorrido em 23 de abril de 2014.

1.1 Fundamentos do Marco Civil da Internet

O Marco Civil da Internet é a norma que regula as relações no ambiente virtual, trazendo em seu bojo os fundamentos da disciplina do uso da internet no Brasil. Sabe-se que a ideia original de se estabelecer uma diretriz legislativa sobre o assunto se deu a partir dos fundamentos constitucionais da preservação e o respeito à liberdade de expressão, presentes no art. 5º e 220 da Constituição (BRASIL, 1988).

Não se pode deixar de registrar que foi fundamental para a criação da lei o reconhecimento do legislador a respeito da escala mundial que a internet estava se tornando, a observância aos direitos humanos e o exercício da cidadania, agora, em um ambiente virtual, o que abarca questões relacionadas a livre iniciativa, concorrência e a defesa ao direito do consumidor, bem como, a punibilidade dos agentes que infringissem essa regra.

No texto legal, o legislador se preocupou em prestigiar os fundamentos democráticos, a proteção dos indivíduos e a promoção do uso responsável e social da internet.

O senso de impunidade sempre foi uma questão debatida no texto, ora, muitas pessoas acreditariam que, por estarem distantes de seus interlocutores, poderiam fazer o que quiser na internet, inclusive, praticar crimes, escondendo-se atrás de perfis falsos, o que acarretaria uma insegurança de outros usuários em utilizar a ferramenta tecnológica.

A exemplo disso, quando alguém promove insultos a outrem em uma rede social, por exemplo, ofendendo-o em razão de sua religião, cunho político, cor, ou ainda, quando revendem, pela internet, passagens aéreas compradas com cartões clonados, conseguindo comercializá-los com preços abaixo do mercado, está desvirtuando a função social da internet e, conseqüentemente, os fundamentos do Marco Civil.

1.2 Princípios do Marco Civil da Internet

O legislador se preocupou em regulamentar as atividades dos usuários se baseando nos princípios expressos na própria redação da Carta Magna, situação que foi chancelada e tipificada por meio do art. 3º da Lei n. 12.965 (BRASIL, 2014), tais como o da garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento.

Além deles, da leitura da lei, percebe-se a redação dos princípios da proteção da privacidade, de dados pessoais, preservação e garantias da neutralidade da rede (BRASIL, 2016), preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas, bem como a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei, preservação da natureza participativa da rede, liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos na lei.

2 OS CRIMES CIBERNÉTICOS – LEGISLAÇÃO *VERSUS* FATO

A conceituação mais precisa sobre os crimes na internet é aquela que declara serem infrações penais no ambiente que envolva o uso de tecnologia, abarcando, nesta hipótese, os computadores, internet, caixas eletrônicas e outros (JAISHANKAR, 2007, p. 3).

Sendo assim, a forma da prática desses crimes é inovadora, ocorre que, mesmo sendo praticados em um ambiente virtual, seus delitos trazem efeitos no mundo real. O Professor Rossini, tem apontado e conceituado o que é delito virtual.

“O delito informático é conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade.” (ROSSINI, 2004, p. 47)

Por sua vez, a Convenção de Budapeste (INTERNACIONAL, 2001), caracteriza os cibercrimes como atos praticados contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos, de redes e dados informáticos, bem como, atualização fraudulenta desses sistemas, redes e dados.

A situação da questão dos crimes praticados pela internet preocupa não somente pela sensação de impunidade que o infrator carrega, mas também pelos elevados lucros que as atividades ilícitas podem propiciar.

A característica do cibercriminoso é peculiar, pois este concentra as fraudes contra pessoas e empresas em razão das lacunas que a legislação oferece, que não pune os criminosos de forma eficaz, com os “bandidos virtuais” passando pouco ou nenhum tempo presos (ASSOLINE, 2016, p. 16).

No mais, a percepção de impunidade que paira sobre as condutas, permite que esses criminosos ostentem seus lucros e vendam produtos ou serviços de forma despreocupada, principalmente, induzindo o consumidor nas redes sociais por meio de propagandas chamativas.

“The Brazilian underground generates quite a lot of cyberthreats — mainly banking Trojans and phishing campaigns. These attacks can be quite creative and are designed to reflect the local landscape. In 2014, Brazil was ranked the most dangerous country for financial attacks” (ASSOLINI, 2016).⁸⁷

Assim, entende-se por relevante o tema abordado em razão da alta demanda na criação de novas tecnologias, todas associadas de alguma forma a internet, mas que ocorra de maneira segura para os seus usuários.

Além dos ditames conceituais, pode-se identificar uma espécie de diferenciação nas características dos crimes cibernéticos, sendo os puros ou próprios aqueles em que o sistema é atacado por criminosos, após a identificação de vulnerabilidade, por meio de programas criados para identificar dados e informações pessoais, fazendo com que a vítima, por engano, forneça os dados de forma espontânea, ocorrendo, posteriormente, a invasão no dispositivo.

Esse tipo de crime geralmente ocorre uma única vez, haja vista, a vítima baixar um programa com vírus com a propaganda de facilitador de navegação em softwares, aproveitando-se de falas ou vulnerabilidades. (CASTRO, 2016, p. 24).

No Brasil, todas essas condutas são tipicamente destacadas no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), a exemplo, o art. 154-A conceitua como crime invadir e-mails, páginas de redes sociais, sites, blogs etc., de outra pessoa. Como também, instalar programas maliciosos no computador de outrem.

No crime de dano, o art. 163 do Código Penal (BRASIL, 1940) abarca a hipótese de enviar um vírus pela internet que acabe destruindo o equipamento eletrônico ou os dados de seu armazenamento. O art. 266 do Código Penal (BRASIL, 1940) destaca que aquele que causar a interrupção de serviço telemático por meio de ataque de negação de serviço pode incorrer em detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

⁸⁷ “O subterrâneo sistema brasileiro gera muitas ameaças cibernéticas – principalmente cavalos de Troia bancários e campanhas de phishing. Esses ataques podem ser bastante criativos e são projetados para refletir o ambiente local. Em 2014, o Brasil foi classificado como o país mais perigoso para ataques financeiros.” (Tradução Nossa).

O art. 313-A contém em seu bojo a hipótese do infrator, na figura de funcionário autorizado, entrar na rede computadorizada de uma instituição da administração pública e realizar alterações, estabelecendo pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos e multa. No mesmo sentido, o art. 313-B veda que o funcionário autorizado modifique ou faça qualquer alteração não autorizada no sistema de informações.

Nesse sentido, essa característica envolve interações repetitivas com as vítimas, por meio eletrônico, visando aproveitar-se da relação para cometer crimes (CASTRO, 2016, p. 24).

3 CONCEITUAÇÃO DO CRIME CIBERNÉTICO

Os crimes cibernéticos, em regra, são conhecidos como crimes meios, ou seja, apenas a forma como são praticados mostra-se como inovadora. Dessa forma, são atos ilegais com o uso do computador, internet, caixas eletrônicos, entre outros.

Cabe apontar que, apesar de cometidos em uma realidade virtual nas subespécies demonstradas, trazem efeitos no mundo Real. De acordo com ROSSINI (2004, p. 46) “o delito informático configura a conduta comissiva, omissiva ou culposa, praticada por pessoa jurídica ou física, em um ambiente de rede ou fora, dele, todavia, burlando a segurança informática”, sendo assim, há evidente receio quanto aos elementos de integridade, disponibilidade e confidencialidade.

Noutro giro, os crimes cibernéticos são conhecidos como atos praticados contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos, de redes e dados informáticos, bem como a utilização fraudulenta desses sistemas, conforme expõe a Convenção de Budapeste (INTERNACIONAL, 2001).

A legislação branda do crime cibernético no Brasil gera discussões de modo em geral, a doutrina, por exemplo, busca tecer algumas considerações, conforme expõe Assolini (2016, p. 82):

“The Brazilian underground generates quite a lot of cyberthreats — mainly banking Trojans and phishing campaigns. These attacks can be quite creative and are designed to reflect the local landscape. In 2014, Brazil was ranked the most dangerous country for financial attacks, and the Brazilian banking Trojan, the ChePro family, was ranked the second most widespread Trojan after Zeus”⁸⁸ (ASSOLINE, 2016, p. 82).

3.1 A classificação de crime de acordo com a Convenção de Budapeste

Antes de adentrar no mérito da classificação propriamente dita, cabe esclarecer que, o Brasil não é signatário da referida Convenção, dito isto passamos a análise.

⁸⁸ Uma característica peculiar dos cibercriminosos brasileiros é a de que eles concentram as fraudes contra pessoas e empresas brasileiras, sendo uma das razões para isso justamente a legislação vaga, que não pune esses criminosos de forma eficaz, com os bandidos virtuais passando pouco ou nenhum tempo presos” (Tradução Nossa)

A Convenção divide a conceituação em Títulos, sendo o Primeiro relacionado às infrações contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos e dados informáticos: acesso legítimo, interceptação ilegítima, interferência em dados, interferência em sistemas, uso abusivo de dispositivos.

O Segundo Título é composto pelas infrações relacionadas com computadores, falsidade informática e burla informática. Quanto ao Terceiro Título é conhecido como infrações relacionadas com o conteúdo de pornografia infantil.

Por fim, o disposto no título quatro perfaz as infrações relacionadas com a violação do direito do autor e direitos conexos. Em Portugal, a lei do cibercrime (INTERNACIONAL, 2009) surgiu no intuito de adaptar o direito interno do país, estabelecendo as disposições penais materiais e processuais, bem como, as disposições referentes à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e da escolha de prova em suportes eletrônicos.

3.2 Características do cibercriminoso.

Para Glenny (2008, p. 17) em estudo sobre a característica do infrator chegou a conclusão de que, em sua grande maioria, cerca de 95% dos casos o sujeito é do sexo masculino, tendo compreendido a prática dos crimes por volta de 13 e 15 anos, chamado também com prática de *cracking*, ou seja, antes mesmo de compreender conceitos da vida como moral, virtudes, saber o que de fato é certo ou errado, o sujeito já dominava o uso de aparelhos, e conseqüentemente, a retirada de informações em aparelhos privados, sem a necessidade de se relacionar com as pessoas, cometendo seu crime no mar do mundo virtual.

Sabe-se que a atuação do cibercriminoso brasileiro possui uma prática mais intensa, uma forma de agir mais direta, conforme bem destaca a doutrina.

“a atuação dos cibercriminosos brasileiros é intensamente desenvolvida e difundida, pois o indivíduo consegue localizar na internet praticamente todos os serviços que se possa imaginar, desde a criptografia para malware, hospedagem, programação, código para o ataque aos roteadores domésticos, virais no Facebook, spam, etc.” (ASSOLINI, 2016, p. 85)

No mesmo sentido, a autoconfiança, o sentimento de anonimato e impunidade e em razão da distância com a vítima, tende a criar uma confiança maior ao infrator:

“o perfil dos criminosos cibernéticos se destaca pela autoconfiança e pelo sentimento de anonimato e impunidade, especialmente em razão do contato com a vítima ser normalmente à distância. Acrescenta: Esta visão é confirmada por um especialista italiano da Polícia do Estado (STRANO) que afirma: “essa nova modalidade de criminosos informáticos é composta por sujeitos não violentos e solitários, que cometem crimes que não cometeriam fora do espaço cibernético. Isso inclui o perfil das pessoas mais

variadas. Para essas pessoas, a tela do computador funciona como escudo de proteção que se projeta no mecanismo do pensamento; ou seja, a falta de percepção da ilegalidade do comportamento, dos riscos assumidos e do dano causado à vítima”. (PAESANI, 2010, p. 24)

Há ainda, a distinção dos chapéus brancos, chapéus pretos e pichadores digitais, que, de acordo com BARRETO (2006, p. 196).

“No ambiente virtual, devem ser bem distinguidas duas figuras: as dos hackers, que possuem grande conhecimento de informática e segurança de redes, utilizando-o para proteção e em defesa dos menos favorecidos, também conhecidos como *white hats* (chapéus brancos), e a dos crackers ou *black hats* (chapéus pretos), os quais utilizam seus conhecimentos para práticas criminosas ou antiéticas. Tem-se também a figura dos pichadores digitais, os quais alteram páginas da internet, substituindo seu conteúdo por desenhos, vídeos ou músicas, em atuação semelhante a pichadores de muros, normalmente deixando assinaturas ou indicações de seus codinomes, como forma de protesto, normalmente de cunho político. Não confundi-los com os cibervândalos, que agem simplesmente para causar danos a outrem, nem com os ciberterroristas, que utilizam seus conhecimentos em prol de uma causa política extrema, representando um verdadeiro perigo na rede. É válido destacar que aqueles que utilizam técnicas de manipulação e conhecimento na área da telefonia são chamados de *phreakers* e não de hackers ou crackers.(BARRETO, 2006, p. 196).

3.3 Lugar do Crime Multilocal

Grandes discursões sobre este tema são tratados entre os estudiosos. É de fato curioso indagar quanto ao lugar do crime nos casos dos delitos cometidos pela internet, o que se abordará neste tópico.

O art. 70 do Código Penal (BRASIL, 1940), adota a teoria do resultado para a competência do local do crime, ou seja, em regra o crime é julgado pelo lugar em que se consumar o delito, ou, no caso do crime tentado, pelo lugar onde foi praticado o último ato executório.

Acontece que é dificultoso ou até mesmo forçoso aplicar a regra nos casos dos delitos pela internet, especialmente em razão da ausência de fronteiras no ciberespaço (BARRETO, 2006, p. 196).

Todavia, como informado, nos casos de crimes praticados no espaço virtual a doutrina tem adotado o seguinte entendimento: nos crimes praticados no ciberespaço, faz-se imprescindível a interpretação constitucional e teleológica do Código de Processo Penal, priorizando-se a celeridade, a economia processual e a busca da verdade real, devendo se entender por competente o juízo em que for facilitada a escoar produção probatória, proporcionando o

adequado processamento dos criminosos cibernéticos, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2022).

Vejamos o entendimento da do Tribunal Superior sobre o caso concreto.

“A regra geral da competência é definida pelo lugar da infração. Interpretação literal do art. 70 do CPP (a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, o caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último lugar da execução) pode dar a impressão de a norma ser absoluta. Deve ser conjugada com o princípio reitor dos critérios de fixação de competência, ou seja, facilitar a apuração do delito. Exsurge, pois, evidente interesse processual.”(BRASIL, 2002).

Essa visão teleológica recomenda afastar a exceção para integral ajuste do princípio. No local da ação delituosa permanecem, quase sempre, as provas do crime.

No caso dos delitos cibernéticos, mais apropriada é a adoção da Teoria da Ubiquidade, por ser mais completa, pois, com a volatilidade das evidências de crimes digitais, aliada ao fluxo intenso de informações, nem sempre será possível definir com clareza onde ocorreu a ação e onde houve o resultado.

Em muitas ocasiões nem o criminoso nem a vítima está no local onde se consumou a ação delituosa, nem foi neste que houve o abalo social.

4 MARCO CIVIL DA INTERNET COMO MECANISMO DE COMBATE AO CIBERCRIME

O marco civil da internet surgiu para regulamentar questões relacionadas à internet, estabelecendo direitos, deveres princípios e garantias com o fito de consolidar avanços significativos em relação ao ambiente virtual. É uma construção democrática e social, pois durante seu processo de criação, a sociedade participou ativamente, tornando-se um verdadeiro marco civil e social.

A elaboração do projeto de lei que resultaria no Marco Civil, foi dividida em duas partes, sendo a primeira um debate de princípios que norteariam todo o projeto e a partir desses princípios fundamentais e a segunda fase que concretizava tais princípios, sendo efetivamente a construção do texto legal. Ronaldo Lemos ressalta que “O Marco Civil deveria promover a liberdade de expressão, a privacidade, a neutralidade da rede, o direito de acesso à internet, os limites à responsabilidade dos intermediários e a defesa da abertura (*openness*) da rede, crucial para a inovação. ” (LEMOS, et al, 2014, p. 5)

Ronaldo Lemos ainda salienta:

“Com isso, ao dar um passo no sentido de regulamentar essa questão o Marco Civil atende a dois princípios importantes. O primeiro de fortalecer

o princípio da liberdade de expressão, protegendo em alguma medida os intermediários da informação. Em segundo lugar, impulsiona a inovação local, na medida em que permite a jovens empreendedores brasileiros saberem de antemão os limites da sua responsabilidade, gerando previsibilidade e alavancando o surgimento de novos serviços baseados no país.” (LEMOS, 2014, p. 6).

Sendo um objeto de preocupação social, a participação popular ocorreu através de debates abertos e coletivos, o texto legal foi posto em plataformas de debates públicos e além de comentários e opiniões formais. Também levou-se em consideração outras formas de contribuição em redes sociais como o twitter e em posts e blogs. (LEMOS, et al, 2014).

Então em 23 de abril de 2014 foi sancionada a Lei nº 12.965, uma conquista social e democrática, uma inovação em relação a uma nova metodologia de construção legislativa, um avanço para uma sociedade cada vez mais digital, um resultado de longos debates, uma construção coletiva e uma resposta para questões pró-inovação e pró-direitos no âmbito virtual.

5 DIFICULDADE DE INVESTIGAÇÃO

O Marco civil da internet possui três pilares fundamentais, sendo eles: a garantia da neutralidade da rede; a garantia da liberdade de expressão e comunicação; e a privacidade dos usuários e proteção de seus dados. Trata-se de relevantes princípios diante de um poderoso ambiente, onde preocupa-se com os dados pessoais que são disponibilizados, com os provedores que irão receber esses dados e ainda há uma preocupação de não suprimir um direito constitucional diante de regras de prevenção e proteção. (AKCHAR, 2017, p. 31).

A neutralidade da rede diz respeito a preservação da liberdade que a internet proporciona aos usuários, é um tema fundamental e igualmente polêmico. Presente no artigo 9º do Marco Civil da Internet, ele garante que os pacotes de dados devem receber um tratamento isonômico, o que significa que há uma proibição de que tais pacotes sejam discriminados na rede onde são roteados. (BRASIL, 2014). Marcacini, exemplifica:

“Comparada a Internet à malha viária de uma cidade, imagine-se pequenos caminhõezinhos (os pacotes de dados) saindo carregados de informação de um endereço a outro, cada qual desses veículos eventualmente tomando um rumo diferente pelas muitas ruas e avenidas e, a cada esquina, o motorista pergunte a uma autoridade de trânsito (que aqui representa o roteador) qual o melhor caminho para o endereço de destino. Segundo a lei, não caberia a esse sujeito do exemplo bloquear ou retardar a passagem do caminhão, com base no tipo, origem ou destino da carga transportada: deve, isto sim, dar prontamente a informação sobre a direção a seguir e liberar sua passagem, sem preferir ou preterir quaisquer dos caminhões que passam por ali.” (MARCACINI, 2016, p. 42).

Ao estabelecer o tratamento isonômico aos pacotes de dados, isso assegura que a internet seja um canal universal de comunicação, preserva a livre concorrência, a liberdade dos

usuários e impede o abuso de poder. Sem a neutralidade da rede, poderia haver por parte dos provedores uma discriminação de determinados conteúdos ou até mesmo um bloqueio, impedindo que os mesmos chegassem até o usuário.

Salienta-se que o Marco Civil da Internet, não ficou restrito a afirmação de princípios gerais, há também, regras concretas relacionadas à preservação da privacidade, sendo um dos temas mais tratado na lei. Além disso, orienta a atuação das empresas sobre o que fazer nesse ambiente, responsabiliza os prestadores e dispõe acerca da proteção da privacidade dos usuários.

O art. 3º da lei destaca a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, o art. 7º enumera direitos dos usuários e o art. 8º contém normas voltadas a nulidade das cláusulas contratuais que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas na internet, esses são alguns exemplos de normas contidas no Marco Civil com o fito de proteger os usuários e sua privacidade. (BRASIL, 2014).

‘Por fim, a liberdade e expressão é uma garantia também prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º inciso IV, inciso XIV e no artigo 220, que preveem, respectivamente a livre manifestação do pensamento, o acesso a informação e a manifestação do pensamento, a criação e a informação, com ressalvas em relação ao anonimato, ao resguardo do sigilo e as demais garantias também dispostas na própria Constituição.’ (BRASIL, 1988).

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, a liberdade de expressão é:

Toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista. (MENDES, BRANCO 2011, p. 297).

Embora toda manifestação de opinião exerça algum impacto sobre o outro, a liberdade de expressão não abrange a violência, nem a coação física e moral. Conforme Damásio de Jesus e José Antônio Milagre, a internet é livre e democrática, é a garantia da liberdade de expressão, é de extrema importância e tende a sempre prevalecer, desde que não viole direitos de terceiros. (JESUS, MILAGRE, 2014, p. 67).

A promulgação do Marco Civil da Internet, embora não trate especificamente de questões criminais, representa um passo importante para a evolução do tratamento legal acerca de temas relacionados ao ambiente virtual, inclusive na ceara criminal. Certamente esse é apenas um marco, um início de um longo caminho que se percorrerá.

5.1 Legislação nacional

A lei exerce um papel fundamental no ordenamento jurídico. Trata-se de uma concretização de objetivos imprescindíveis para reger a vida em sociedade e possui tamanha importância que o seu resultado adquire independência do ente que a criou. Nesse sentido, faz-se necessário conhecer o histórico, o papel no sistema jurídico e a autonomia das leis, nesse momento, relacionadas aos crimes virtuais.

Em 2012, foi sancionada a, conhecida como Lei Azeredo que teve origem no projeto de lei n. 1999 (PL 84/99). Essa lei visa a tipificação de condutas realizadas através do uso sistema eletrônico, digital ou similares e que seja praticas contra sistemas informatizados. Assim, como a Lei n.12.737/2012, esta surgiu em um momento em que os crimes virtuais ocorreram com mais frequência. (BRASIL, 2012).

A importância de elaboração de leis específicas à internet, está no princípio da legalidade quando a sua taxatividade, como menciona Delmanto:

As leis que definem crimes devem ser precisas, marcando exatamente a conduta que objetivam punir. Assim, em nome do princípio da legalidade, não podem ser aceitas leis vagas ou imprecisas, que não deixam perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar - os chamados tipos penais abertos. Por outro lado, ao juiz que vai aplicar leis penais é proibido o emprego da analogia ou da interpretação com efeitos extensivos para incriminar algum fato ou tornar mais severa sua punição. As eventuais falhas da lei incriminadora não podem ser preenchidas pelo juiz, pois é vedado a este completar o trabalho do legislador para punir alguém. (DELMANTO, 20016, p. 04).

A partir disso, é possível refletir que para que uma lei específica para o ambiente virtual seja aplicada, não depende apenas da frequente ocorrência das condutas, ou que o magistrado faça uma interpretação análoga ou extensiva, é necessário a previsão normativa do caso concreto e manutenção da ordem jurídica 18 precisa estar presente também na internet, como está presente nas diversas relações da sociedade.

6 MEDIDAS PROCEDIMENTAIS DAS VÍTIMAS NA OCORRÊNCIA DE CRIME CIBERNÉTICO

Com o advento da Lei n. 12.735 (BRASIL, 2012) determinou ser obrigatória a estruturação de equipes e setores especializados no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistemas informatizados.

Ocorre que, segundo BARRETO, (2016, p. 215) "tal dispositivo legal ainda não foi regulamentado, não sendo possível o oferecimento de atendimento especializado em todos os estados brasileiros." Quando uma vítima vai a uma delegacia ou distrito policial próximo à sua residência, por vezes acaba não conseguindo o atendimento adequado ao seu problema, em razão de possíveis especificidades técnicas do caso.

Além da criação das delegacias especializadas, há diversos canais e ferramentas destinados a viabilizar denúncias de abuso online, possibilitando à própria vítima ou seus

representantes, ou mesmo terceiros, adotar medidas para coibir o uso indevido da internet e o cometimento de crimes e violações de direitos humanos.

A Sala de Atendimento ao Cidadão foi instituída pelo Procurador Geral da República¹, através de portaria, com o intuito de oferecer atendimento ao público e aos advogados. O serviço está disponibilizado tanto em ambiente físico quanto em sítio eletrônico onde o cidadão poderá denunciar irregularidades, encaminhar representações etc., sendo realizada triagem e feito o encaminhamento para o setor competente.

A polícia federal possibilita ao cidadão fazer uma denúncia online nos casos de pornografia infantil, crimes de ódio, genocídio e tráfico de pessoas. Neste caso, os crimes devem ter sido praticados em alguma página da internet. Caso contrário, a denúncia deverá ser feita através do disque 100 ou da delegacia mais próxima.

O pacto é coordenado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, mas envolve outras secretarias e ministérios, além da parceria com o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI), SaferNet Brasil, Associação Brasileira de Internet (Abranet), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SindTeleBrasil), Unicef, Unesco, CNJ, CNMP e Condege.

O site permite que o usuário de internet comunique fatos acerca dos seguintes conteúdos, cujas denúncias são direcionadas à Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, a qual, após análise, encaminha aos órgãos competentes para conhecimento e providências: Violência ou discriminação contra mulheres.

A página do SaferNet permite denunciar pornografia infantil, racismo, apologia e incitação a crimes contra a vida, xenofobia, neonazismo, maus tratos contra animais, intolerância religiosa, homofobia e tráfico de pessoas. A denúncia é anônima, bastando colocar a URL do site e fazer o comentário.

A ferramenta possibilita ao denunciante acompanhar o andamento da denúncia formulada e, caso haja procedência nesta, a equipe de analistas faz a colheita de todas as informações úteis a comprovar a atividade ilícita e as encaminha à Polícia Federal ou ao Ministério Público Federal, quando o conteúdo é hospedado no Brasil. Caso esteja hospedado no exterior, as informações são encaminhadas a canais internacionais.

O Centro Nacional para Crianças Desaparecidas e Exploradas — NCMEC (*Nacional Center for Missing & Exploited Children*) é uma organização internacional sem fins lucrativos que auxilia na recuperação de crianças desaparecidas, na redução da exploração sexual infantil e na prevenção à vitimização da criança.

O Facebook e o Twitter, por exemplo, encaminham todo o conteúdo relacionado com exploração sexual diretamente ao NCMEC, a fim de que seja examinado o mais rápido possível,

permitindo a divulgação através do *Amber Alert* para outros países. O serviço ainda não se encontra disponível para o Facebook no Brasil¹.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa abordou acerca dos delitos virtuais, do tratamento legal e das limitações no combate aos crimes cibernéticos. Como nos crimes comuns, os crimes virtuais se aperfeiçoam com o tempo abrangendo delitos de roubo de senhas bancárias, chantagens, crimes de conteúdo sexual infantil, ameaças, difamações, e várias outras práticas que aumentam de acordo com o avanço da tecnologia.

Além disso, é característica do Direito Penal a tutela de bens e direitos. No entanto, um dos princípios básicos do direito penal é o da legalidade, muitos atos ilícitos que têm previsão na legislação penal são praticados por meio do computador, como os crimes de pornografia infantil, calúnia e difamação, fraudes virtuais, estelionato entre outros, esses crimes são punidos independentes se praticados no mundo real ou virtual.

Em contrapartida, surgiram ao longo dos anos, outras legislações, com o fito de tratar e punir os crimes virtuais. Dentre elas, a Lei nº 12.737 de 2012, que tipificou o crime de invasão de dispositivo de informática, e alterou artigos do Código Penal adequando-os a realidade cibernética. Outra importante legislação para o ambiente virtual, foi o Marco Civil da Internet, que surgiu para regulamentar, estabelecer direitos, deveres, princípios e garantias no ciberespaço.

Além da legislação nacional, os crimes virtuais também são resguardados pelo direito penal internacional, vez que a internet ocorre em escala mundial. Na ceara internacional, a Convenção de Budapeste sobre o cibercrime inovou na forma de cooperação penal e regulamentou formas eficientes de combate aos cibercrimes.

No ambiente virtual, as pessoas podem se relacionar com outras, trabalhar, comprar, divertir-se, mas também podem vir a ser vítimas de diversos criminosos, cada vez mais especializados, sendo fundamental destacar que, quanto mais informações o usuário tiver acerca do uso seguro dos meios tecnológicos, menos vulnerável será na rede mundial de computadores, ressaltando-se que na própria internet é possível aprender como se precaver de fraudes, furtos de identidade, invasões de contas bancárias, clonagens de cartões, etc.

A respeito do alegado, a pesquisa se propôs a tangenciar a dificuldade nas investigações relacionadas ao crime cibernético.

REFERÊNCIAS

AKCHAR, Jamili. **Breve análise dos princípios essenciais do Marco Civil da Internet** – Lei 12.965/14. Jusbrasil. 2017. Disponível em: <https://jamili.jusbrasil.com.br/artigos/435150451/breve-analise-dos-principios-essenciais-do-marco-civil-da-internet-lei-12965>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ALMEIDA, Daniel Freire e. **Um tribunal internacional para a internet**. São Paulo. Almedina. 2015.

ASSOLINI, Fabio. **Beaches, carnivals and cybercrime: a look inside the Brazilian underground.** Kaspersky Lab, 2016.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de investigação cibernética à luz do marco civil da internet.** São Paulo, Ed Brasport, out/2016.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Estabelece o código penal brasileiro**, Brasília, 7 de dez de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, Acesso em 21 de set de 2022.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 76.689-0/Paraíba de 22 de set de 1998. Min Rel Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Crime de Computador.** Brasília, 22 de set de 1998, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76856>, Acesso em 17 de out de 2022.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul 2019.

_____. DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Estabelece a lei das contravenções penais**, Brasília 3 de out de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm, Acesso em 21 de set de

_____. LEI N. 12.735 DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências.** Brasília, 30 dez. 2012. Acesso em: 19 nov. 2022.

_____. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**, Brasília, 23 de abr de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 21 de set de 2022.

_____. LEI Nº 7.716 DE 5 DE JANEIRO DE 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**, Brasília, 5 de jan de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 21 de set de 2022.

_____. LEI Nº 8.069 DE 13 DE JULHO DE 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**, Brasília, 13 de jul de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, Acesso em: Acesso em: 21 de set de 2022.

_____. LEI Nº 8.771 DE 11 DE MAIO DE 2016. **Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet**

e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações, Brasília, 11 de mai de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm. Acesso em: 21 de set de 2022.

CASTRO, Aldemario Araujo. **A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público**. 2018. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13308-13309-1-PB.pdf>.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO, Celsom *et al.* **Código Penal comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2016.

GLENNY, Misha. McMáfia: **o crime organizado sem fronteiras**. Porto: Civilizacao Editora, 2008.

INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE BUDAPESTE. **Estabelece convenção sobre cibercrimes**. Budapeste, 23 de nov de 2011. Disponível em: <https://rm.coe.int/16802fa428>. Acesso em 15 de set de 2022.

_____. LEI 109 DE 15 DE SETEMBRO DE 2009. **Aprova a Lei do Cibercrime, transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa**. Lisboa 15 set 2009. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis#:~:text=%3A%3A%3A%20Lei%20n.%C2%BA%20109%2F2009%2C%20de%2015%20de%20Setembro&text=15%20de%20Setembro-Aprova%20a%20Lei%20do%20Cibercrime%2C%20transpondo%20para%20a%20ordem%20jur%C3%ADica,Cibercrime%20do%20Conselho%20da%20Europa. Acesso em 17 nov de 2022.

JAISHANKAR, Karuppanan. Establishing a Theory of Cyber Crimes. **International Journal of Cyber Criminology**, v. 1, p. 7-9, 2007. Disponível em: <http://www.cybercrimejournal.com/Editoriaijccjuly.pdf>.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Marco civil da internet: comentários à Lei n. 12.965/14**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LE MOS, Ronaldo. **O Marco Civil Como Símbolo do Desejo por Inovação no Brasil**. In: LEITE, George Salomao; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet. Parte 1. Sao Paulo: Atlas, 2014, p. 3-11.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet: Lei nº 12.965/2014**. São Paulo: Edição do autor, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAESANI, Liliana Minardi. **O papel do direito contra o crime cibernético**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 79, ago. 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7972>. Acesso em: 20 nov. 2022

PERRONE-MOISÉS, CLÁUDIA. **Direito internacional penal : imunidades e anistias**. Barueri, SP : Manole, 2012.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, Telemática e Direito Penal**. Sao Paulo: Imprensa, 2004.

WENDT, Emerson. **Inteligência cibernética: da ciberguerra ao cibercrime a (in)segurança virtual no Brasil** – livro digital. – São Paulo : Editora Delfos, 2011.

REPARAÇÃO POR DANO MORAL EM FACE DOS MENTALMENTE INCAPAZES

MARCOS LUIZ NERY FILHO:

Promotor de Justiça no Estado do Ceará

RESUMO: É inegável que existe interferência, seja direta ou indireta, dos fatos sociais nos diversos campos da ciência e não podia se dar de forma diferente no ordenamento jurídico, haja vista que há a prevalência do equilíbrio, equidade e justiça entre os indivíduos. Partindo dessas premissas é inconcebível aceitar que vítimas por danos, sejam estes morais e/ ou materiais, fiquem sem uma devida reparação, mesmo que seja causado em desfavor de uma pessoa incapaz. Nesse sentido, o proposto trabalho traz como objetivo geral analisar os mecanismos vigentes sobre reparação por danos morais em relação aos mentalmente incapazes. Para tanto, tem como finalidade de compreender quais os conceitos de incapacidade preconizados pelo ordenamento jurídico, analisar como se comporta a responsabilidade civil perante os incapazes e seus tipos; bem como conhecer o que são danos morais e seus tipos. Nossa metodologia foi pautada em pesquisas bibliográficas, através de livros, artigos, teses, dissertações, entre outras. O presente estudo tratou de um tema de grande relevância para o direito contemporâneo, pois, as questões relacionadas aos incapazes tem ganhado destaque nos últimos tempos, especialmente após a vigência do Estatuto da Pessoa com deficiência. Todo o direito tem se interpretado no intuito de garantir a dignidade humana como vértice principal de todos os direitos, reforçando a busca pela paz social, objetivo maior da lei e da ciência jurídica.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil. Dano. Danos Morais. Incapacidade. Código Civil.

ABSTRACT: It is undeniable that there is direct or indirect interference of social facts, in the various fields of science, and could not occur differently in the legal system, given that this order advocates balance, equity and justice among individuals. Based on these premises it is inconceivable to accept that victims for damages, whether moral and/ or material, are left without due reparation, even if it is caused to the detriment of an incapable person. In this sense, the proposed work has as a general objective to analyze the mechanisms in force on reparation for moral damages in relation to the mentally incapacitated. To this end, it aims to understand the concepts of disability advocated by the legal system, to analyze how civil liability behaves before the incapable and their types; as well as knowing what moral damage and its types are. Our methodology was based on bibliographic research, through books, articles, theses, dissertations, among others. The present work studied a theme of great relevance for contemporary law, because, as they were perceived, issues related to the incapable have gained prominence in recent times. All rights have changed in order to guarantee human dignity as the main apex of all rights, reinforcing the search for social peace, the ultimate goal of law and legal science.

Keywords: Civil Liability. Damage. Moral damage. Inability. Civil code.

INTRODUÇÃO

Parte-se do pressuposto que todas as ciências, sejam elas sociais ou econômicas, absorvem direta ou indiretamente os fatos sociais, e tem em seu seio interferências éticas e morais e, tal premissa não poderia fugir ao ordenamento jurídico.

A sociedade contemporânea se preocupa com a justiça social, o bem-estar comum, o equilíbrio, a equidade, muito mais do que se preocupava nos séculos passados.

Repudia-se o dano injusto causado por outrem e, nesse sentido, a vítima não deve ficar sem a devida reparação, mesmo que o dano seja causado em desfavor de uma pessoa incapaz.

O tema ora proposto é permeado de discussões e controvérsias, tanto na doutrina, como na jurisprudência. Nesse sentido, é de grande vulto para a academia e para o Direito Civil, já que é um debate que requer análises minuciosas.

Para que respondamos os questionamentos ora levantados durante a pesquisa, é de suma importância que façamos uma observação dos diversos e, por vezes destoantes, requisitos que vão embasar nossa problemática central, nos utilizando de doutrinas e julgados que irão nos direcionar.

É perceptível que aconteceram diversas alterações no que concerne a responsabilidade civil, acompanhando, é claro, o desenvolvimento da sociedade. Nesse sentido, pode-se conceber a mesma como sendo a obrigação que uma pessoa tem de ressarcir o prejuízo causado a outrem, ou causado a terceiro sob sua responsabilidade. Portanto, o objetivo maior da responsabilidade civil é fazer com que a vítima que sofreu danos seja ressarcida, para resguardar seus direitos, sejam materiais ou morais, independentemente de qualquer questionamento acerca de sua capacidade.

Nesse sentido, o artigo traz como objetivo geral a análise acerca dos mecanismos vigentes sobre reparação por danos morais em relação aos mentalmente incapazes.

DANO E DANO MORAL: DO CONCEITO A SUA EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA

Como último pressuposto da responsabilidade civil, o dano é elemento vital para a constituição desta, de modo que é impossível falar sobre indenização sem dano, é como explica Cavalieri Filho (2012)

Pode-se tirar daí, desde logo, uma conclusão lógica: a de que o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os

autores, de que o dano é não somenteo fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.(CAVALIERI FILHO, 2012, p.77)

É possível perceber, conforme visto no parágrafo acima, a importância do dano para que haja responsabilidade civil, pois só existe o dever de indenizar se houver prejuízo causado a alguém, devendo ser a função principal da indenização a reparação do dano causado a outrem, se este não ocorre, não haverá o que restituir, restando incabível indenização nessas situações. Reforçando este pensamento, Stoco (2007) coloca que, o dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Diante dela, não resta dúvidas de que o dano não pode ser dispensado em nenhuma espécie de responsabilidade civil para que determine a reparação, sendo dela elemento determinante.

Após todas essas breves considerações a respeito da importância do dano na determinação da reparação civil, faz-se necessário conceituar o referido pressuposto, Maria Helena Diniz expõe sucintamente sobre como pode ser definido como “a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (DINIZ, 2005).

O conceito explanado acima é bem objetivo ao mostrar o conceito de dano, que consistirá, conforme se extrai do próprio nome, uma lesão, que pode importar tanto em uma diminuição como na destruição de um bem ou interesse jurídico de qualquer natureza.

Por meio do termo “qualquer natureza”, denota-se que o dano, de acordo com o bem jurídico que atinge, pode assumir duas classificações, são estas o dano patrimonial e o dano moral, que serão explicadas a seguir.

O dano material é aquele que atinge os bens que integram o conjunto de relações jurídicas economicamente calculáveis, é o denominado patrimônio. Ainda é importante notar a abrangência do mesmo, que acoberta tanto coisa corpóreas, como também as incorpóreas, que também se enquadram no patrimônio. (CAVALIERI, 2012)

O dano material é aquele que atinge os bens que integram o conjunto de relações jurídicas economicamente calculáveis, é o denominado patrimônio. Ainda é importante notar a abrangência do mesmo, que acoberta tanto coisa corpóreas, como também as incorpóreas, que também se enquadram no patrimônio. (CAVALIERI FILHO, 2012)

Ainda sobre o dano patrimonial, Alvim (1980,p.173) considera um ponto importante: “pode-se dizer que o dano ora produz o efeito de diminuir o patrimônio do credor, ora o de impedir-lhe o aumento, ou acrescentamento, pela cessação de lucros, que poderia esperar.”

Esse ensinamento é referente à divisão do dano material e encontra respaldo no Código Civil Brasileiro vigente, em seu artigo 402, que fala a respeito das perdas e danos: “Art. 402. Salvo

as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

De acordo com os dispositivos citados, o dano material pode ser dividido em danos emergentes e lucros cessantes.

O dano emergente é aquele que resulta numa perda efetiva e imediata de patrimônio por parte da vítima, ele é abordado pelo artigo acima citado na parte em que dita “abrangem, além do que ele efetivamente perdeu (...)”.

O cálculo do valor indenizatório, nesses casos, não envolve grande dificuldade, o valor de prejuízo causado no patrimônio é o que será dado no cálculo do dano, devendo ser suficiente para ensejar a reparação (*restitutio in integrum*)

Tratando agora dos lucros cessantes, estes podem ser definidos como a perda de uma probabilidade de ganho de patrimônio por parte da vítima. Na definição de lucro cessante dada pelo artigo 402 do Código Civil, é expressa a necessidade da aplicação do princípio da razoabilidade no cálculo do valor do lucro cessante, o que torna de difícil mensuração o valor que o dano poderia causar.

Sobre essa dificuldade e a aplicação da razoabilidade nessa hipótese, Cavalieri Filho (2012) ensina que

Não é fácil, como se vê, estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nessa tarefa penosa deve o juiz ler-se de um juízo de razoabilidade, de um juízo causal hipotético, que, segundo Larenz, seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.79-80).

Então, o que se extrai da leitura acima é que, diante da dificuldade em apurar valores estimados sobre a extensão dos danos, a razoabilidade se aplica através da eliminação hipotética do ato ilícito e, em seguida, na observação do desenrolar dos acontecimentos.

De forma mais explicada, deve o juiz mentalizar como seria a situação caso o ato ilícito não houvesse acontecido, e a partir daí, ver qual seria o lucro esperado que deixou de ocorrer.

DO DANO MORAL

Há uma pluralidade de conceitos sobre o que vem a ser o dano moral, alguns autores utilizam conceitos negativos para sua definição, que consistem em definir o dano moral como uma lesão de direitos que não afetam o patrimônio da vítima.

Para Gagliano; Pamplona Filho (2004, p. 55) dano moral seria uma “lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro”. Para os autores o dano moral é todo aquele que não decorre de uma lesão patrimonial ou que o conteúdo não pode ser expressado economicamente, em síntese, é um entendimento bem simples e genérico.

A definição dada acima parte do pressuposto de que dano moral é todo aquele que não decorre de uma lesão patrimonial ou que o conteúdo não pode ser expressado economicamente, em síntese, é um entendimento bem simples e genérico.

Existem ainda aqueles que partem de um conceito positivo, que define o dano moral não como a lesão em si, mas sim o próprio desgosto causado pela lesão, Cahali (2011) é um dos defensores desse conceito, explicando ele da seguinte forma:

“Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor- sentimento, de causa imaterial.” (CAHALI, 2011, p. 28).

O que se depreende desse conceito é que o dano moral, além de não ter repercussão patrimonial, deve ser caracterizado pela dor causada pela lesão de um bem que esteja amparado juridicamente, enquadrando-se nesse conceito tanto a dor física, quanto a dor sentimento.

Apesar das definições acima serem defendidas por renomados doutrinadores, o entendimento que tem prevalecido atualmente é o de que o dano moral deve ser interpretado com vistas à Carta Magna vigente, isto é, colocando os princípios contidos nesta como o ponto de partida de todos os ramos do direito.

Este entendimento enaltece o papel da constituição na interpretação de conceitos dos demais ramos do direito, visto que ela põe o homem como o centro do ordenamento jurídico e, portanto, os direitos inerentes à ele ganham uma importância enorme dentro desse contexto.

A partir desse ponto, forma-se um conceito que tem se solidificado na doutrina e na jurisprudência, que define o dano moral como aquele que atinge os direitos da personalidade, Carlos Roberto Gonçalves traduz bem como se dá esse saber, para ele, o dano moral vai ser caracterizar não apenas como um dano que não atinge o patrimônio da vítima, mas como um dano que o atinge em sua personalidade, no qual está incluído a sua imagem, a sua intimidade, dentre outros direitos localizados no art. 1º, III e 5º, V e X da Carta Magna, causando desgosto, vexame e sofrimento ao titular dos direitos desrespeitados. (GONCALVES, 2009)

Cavaliere Filho (2012) menciona ainda em sua doutrina a existência do conceito de dano moral em sentido amplo e em sentido estrito, conceitos que se aproximam do anteriormente citado.

Assim, à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 52, V e X, a plena reparação do dano moral. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.88-89)

Como dito, o dano moral em sentido estrito é definido como aquele que lesiona o direito à dignidade, onde se incluem uma gama de direitos, como o da intimidade, a honra, a privacidade e outros.

Diante disso, ao saber que tais direitos são próprios da essência humana, permite-se a aplicação destes nas mais variadas situações que os conceitos anteriores não possibilitariam, assim explica o mesmo autor:

Com essa ideia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.89)

Dessa forma, como bem explicado acima, o dano moral pode ser reconhecido nas mais variadas situações, porque depende apenas da violação do conjunto de bens que formam a dignidade de uma pessoa, não tendo como requisito para a sua caracterização a sensação de dor e humilhação que os outros conceitos tratavam como essencial para sua configuração.

Na mesma linha de pensamento, ainda resta explicar o conceito de dano moral em sentido amplo, que é bem definido pelo referido autor.

“Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas,

religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada." (CAVALIERI FILHO, 2012, p.90)

Como o próprio nome diz, o dano moral em sentido amplo pode ser relacionado a direitos que estão além do plano da dignidade, autorizando a sua configuração mesmo em hipóteses em que a dignidade não é atingida, esses direitos podem ser chamados de novos direitos da personalidade, que envolvem e protegem a pessoa em vários aspectos, desde o social até o individual.

EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA

Inicialmente, entendia-se que a reparação por dano moral deveria ser negada, pois não era possível estimar o seu valor, entretanto, esse posicionamento foi deixando de ser adotado pela doutrina, pois foi entendido que a indenização prestada tem apenas a função compensatória, nesse sentido Cavalieri Filho (2012), diz que

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do danocausado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito - compensação -, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava "substituição do prazer; que desaparece, por um novo". Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima." (CAVALIERI FILHO, 2012, p.91)

Diante disso, percebeu-se que a indenização por danos morais tem como objetivo a compensação pelo sofrimento causado, e não uma função de restituição, não cabendo aqui o conceito de equivalência que é utilizado no âmbito do dano material, e, portanto, afastando o argumento que negava a reparação por danos morais por serem eles inestimáveis.

Além disso, nota-se uma espécie de função punitiva na indenização imposta, que tem como meta a frustração de novas agressões que possam vir a acontecer, agindo com uma forma de pena de caráter privado.

Posteriormente, a reparação por dano moral passou a ser admitida, mas com a condição de não ser cumulada com a de danos materiais, sob a argumentação de que ela é absorvida pelo dano material, porém, tal posição restou infundada por se tratarem nitidamente de coisas diferentes

É afastada a inacumulabilidade da reparação por dano moral com a por danos materiais sob a ideia de que se tratam de coisas totalmente diversas, que mesmo que advenham da mesma causa, resultam em consequências distintas por atingirem bens jurídicos diferentes, não sendo plausível cogitar a possibilidade de absorção de um pelo outro em questão de reparação.

Atualmente, vive-se uma fase em que há uma busca pela correção dos pensamentos e entendimentos anteriores à respeito do dano moral, segundo Cahali (2011)

"Atualmente, na reciclagem periódica do tema da reparação do dano moral, a presente fase é de superação das antinomias anteriores, com sua consagração definitiva, em texto constitucional e enunciado sumular que a asseguram. Notamos que a fase de discussão sobre reparabilidade já foi superada, o instituto atinge agora a sua maturidade e afirma a sua relevância, esmaecida de vez a relutância daqueles juízes e doutrinadores então vinculados ao equivocado preconceito de não ser possível compensar a dor moral com dinheiro." (CAHALI, 2011, p.19)

O pensamento mais recente sobre matéria de dano moral se baseia no reconhecimento pleno de sua reparabilidade, assim como a sua autonomia em relação ao dano material. A consagração dessa matéria tem sido cada vez mais consolidada, visto que a própria Constituição da República reconhece sua legitimidade, em seu art. 5º, incisos X e V, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VI e VII, e até o Supremo Tribunal federal editou súmula, de número 37, a respeito do tema, que diz: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato."

CONFIGURAÇÃO E PROVA DO DANO MORAL

Uma das questões mais dificultosas para a doutrina e jurisprudência é: "em quais hipóteses há a ocorrência de dano moral?". Esta questão se torna relevante na medida em que não há critérios objetivos para a definição do referido dano, contribuindo essa situação para que se confunda um mero aborrecimento com o dano que merece a devida reparação, nesse sentido, Varela aduz que

"A gravidade do dano há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo

grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado" (VARELA, 2000. p. 617).

Conforme assevera o autor, a reparação por meio da indenização não será concedida em qualquer caso, é necessário que a gravidade do dano justifique isso, ou seja, deve o dano possuir gravidade acentuada á ponto de exigir a satisfação do prejuízo sofrido por meio de uma quantia pecuniária.

Sobre o critério a ser adotado para a apuração da ocorrência do tal dano e a necessidade da reparação, Cavalieri Filho (2012) alerta para que se fique atento ao analisar uma situação em que se apure a existência de dano moral afim de que se evite a banalização desse conceito jurídico, como se afirma novamente, os meros acontecimentos diários que gerem mágoas não são suficientes para a caracterização dessa espécie de dano, pois somente um sofrimento de gravidade acentuada, que possa interferir relevantemente no âmbito do indivíduo, é que será considerado dano moral. (CAVALIERI FILHO, 2012)

A prova no dano moral é outra questão que gera algumas controvérsias em sede de ações indenizatórias, isso porque é muito dificultoso, através dos meios de prova, alguém conseguir provar dor, tristeza e humilhação.

Tendo isso em mente, o que prevalece como entendido é que não há necessidade de prova no dano moral, pois esta se inclui na própria ofensa moral sofrida, ou seja, o dano moral em si é derivado do fato ofensivo.

DANO MORAL DIRETO E INDIRETO

Predomina na doutrina uma classificação de dano moral que o divide em dano moral direto e dano moral indireto, essa classificação é feita de acordo com a relação que se estabelece entre o fato e o dano em si.

Diniz (2005) define, com precisão, o conceito de dano moral direto, como sendo aquele que

Consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou o gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). (DINIZ, 2005, p. 93).

A autora pontua que no dano moral direto, há uma violação expressa a um direito da personalidade, a um bem imaterial, decorrendo daí o dano.

O dano moral indireto “ocorre quando há lesão a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo a um bem de natureza extrapatrimonial.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, p. 87)

A concepção dada pelos autores é bom autoexplicativa, haja vista que, o dano moral indireto não vai atingir diretamente um bem extrapatrimonial, mas sim um bem patrimonial, porém as consequências desse dano causado atingirão também um bem extrapatrimonial.

A REPARAÇÃO POR DANO MORAL EM FACE DOS MENTALMENTE INCAPAZES

Deve-se reconhecer que as recentes modificações legislativas relacionadas ao tema abordado neste trabalho foram bastante vultosas, de forma que alteraram conceitos fundamentais que definiam o termo “incapacidade”, segundo o Direito. Essas mudanças certamente acarretariam em uma mutação do entendimento dos tribunais que, ao aplicar a lei ao caso concreto, iriam ter que adotar um novo posicionamento em face da própria vontade legal.

É perceptível esse acontecimento ao se fazer uma breve análise das decisões referentes ao tema, que tem consolidado a postura do direito no sentido da proteção dos hipossuficientes e ampliação dos seus direitos. Esta tese já tem se confirmado inclusive nas instâncias superiores, o que garante uma vinculação ainda maior de sua aplicação nas questões judiciais futuras.

Exemplo disso são os autos do recurso especial Nº 1.245.550 - MG (2011/0039145- 4), de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que pode ser considerado um marco no firmamento da asserção de que é plenamente possível ao incapaz obter ressarcimento por danos morais.

Referida decisão foi tomada com base na corrente doutrinária já mencionada no presente trabalho, que considera o dano moral como aquele que atinge uma determinada gama de direitos ou interesses, chamados de direitos da personalidade.

Todavia, antes de discutir as minúcias desse emblemático episódio, faz-se necessário entender a caminhada jurisprudencial que inspirou a tomada dessa decisão, a fim de evidenciar como se deu a formação do pensamento e fundamentação do Excelentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

JURISPRUDÊNCIA CONSOANTE

Não é a primeira vez que o egrégio Superior Tribunal de Justiça julga favoravelmente o entendimento de que o dano moral se configura mesmo perante sujeitos que possuem baixo ou inexistente grau de discernimento. Quanto a este assunto, já existem dois julgados congruentes em tal tese, que,

inclusive, foram utilizados como base jurisprudencial para fundamentar o recurso especial Nº 1.245.550.

O primeiro deles é o Recurso especial nº. 1.037.759/RJ, que trata de uma demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto. Eis aqui a ementa da decisão:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO. 1.

Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto. 2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp.1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010). 3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. 5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde. 6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO." (REsp 1291247/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 01/10/2014).

Nesta oportunidade, O STJ asseverou o entendimento no sentido de conferir a proteção aos direitos da personalidade, mesmo que se trate de recém-nascidos, incluindo nessa guarita à própria reparação por danos morais.

Deu-se provimento ao recurso especial, apontando que as crianças de qualquer idade gozam da aludida proteção, confirmando que o grau de discernimento não é critério para concessão de ressarcimento por danos morais.

Outro momento em que o respeitável Tribunal referendou tal proposição foi no julgamento do Recurso especial Nº 1.037.759, que também foi citado como embasamento para o voto do Ministro Luis Felipe Salomão.

Este caso relata um cenário em que houve recusa de uma clínica conveniada a plano de saúde em realizar exames radiológicos em um menor de idade, segue a ementa do mencionado recurso:

“DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A

DIREITO DA PERSONALIDADE. - A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02. - Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. (...) Recurso especial provido.” (REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Dje 05/03/2010).

Mais uma vez é salientado que a condição da pessoa não é estorvo suficiente para impedir a consumação da responsabilidade civil e o dever de indenizar. Como mostra o julgado, seja qual for a idade ou a condição da pessoa vítima de ato ilícito que necessite de reparação, a salvaguarda dos seus direitos da personalidade será garantida independente disso, cingindo a questão do dano moral da mesma forma.

Os casos supracitados demonstram a evolução do pensamento em torno do dano moral, sua consumação, à proteção dos direitos da personalidade, entre outros pontos que foi importantíssima para o desenvolvimento da concepção atual sobre esses temas, aplicadas na decisão do recurso especial Nº 1.245.550.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.245.550

O destacado recurso especial versa sobre uma conjuntura em que, como relata a narrativa dos fatos contida na petição inicial, um incapaz, portador de demência não especificada e irreversível, representado por sua curadora, ajuizou uma ação de ressarcimento por danos materiais e morais em face de um banco alegando a realização de saques indevidos em sua conta-

corrente, com o uso de um cartão magnético, por meio de caixas eletrônicos da aludida instituição financeira.

Em primeira instância, o pedido foi julgado parcialmente procedente, condenando a instituição ré ao pagamento de danos morais e materiais. Porém, após interposta apelação pela parte condenada, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento ao recurso, determinando a retirada da parte referente à indenização por danos morais, afirmando que para a configuração do dever de indenizar, é necessário que o dano tenha sido experimentado por aquele que o pleiteia, pois a integridade moral só pode ser defendida pelo seu titular.

Retira-se disso que o estimável Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais adotou corrente doutrinária que conceitua do dano moral como a própria dor experimentada pela violação de um dever jurídico, interpretando que o autor da demanda inicial não fazia jus à indenização por danos morais pois, na sua condição de incapaz, por não ter uma exata percepção da realidade, não seria capaz de entender o sofrimento causado pela conduta ilícita e, assim, não sofrer com isso, de modo que o dano moral não restaria configurado nessa situação.

Diante disso, foi interposto recurso especial, dentre a qual uma das razões da sua impetração foi a violação do direito a indenização por dano moral, que foi retirada no acórdão anteriormente citado. Diante do exposto, o pleito foi acolhido e teve sua admissibilidade aceita. Após tudo, foi exarada a seguinte ementa:

“RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. SAQUE INDEVIDO EM CONTA-CORRENTE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SUJEITO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. ATAQUE A DIREITO DA PERSONALIDADE. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. IRRELEVÂNCIA QUANTO AO ESTADO DA PESSOA. DIREITO À DIGNIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO DEVIDA. 1. A

instituição bancária é responsável pela segurança das operações realizadas pelos seus clientes, de forma que, havendo falha na prestação do serviço que ofenda direito da personalidade daqueles, tais como o respeito e a honra, estará configurado o dano moral, nascendo o dever de indenizar. Precedentes do STJ. 2. A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral.

3. Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social. 4. O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia

experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. 5. Em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade. 6. Recurso especial provido.” (STJ - REsp: 1245550 MG 2011/0039145-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 17/03/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/04/2015)

Inicialmente, em seu voto, O Meritíssimo Ministro explanou sobre os conceitos de dano moral que permeiam o mundo jurídico. Utilizou-se tanto de doutrinadores que defendem um conceito positivo de dano moral, como conceitos negativos também, esses conceitos preditos já foram explicados anteriormente neste trabalho.

Nada obstante, define o significado de dano moral que considera mais acertado, relacionado ao dano causado por um ataque aos direitos da personalidade, dessa forma, repudia o conceito positivo de dano moral que motivou o afastamento do arbitramento de indenização por danos morais pelo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Para tanto, cita André Gustavo C. de Andrade, da seguinte forma: “As mudanças no estado de alma do lesado, decorrentes do dano moral, não constituem, pois, o próprio dano, mas efeitos ou resultados do dano” (ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. In Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2008).

Após definir tudo isso, esclarece, de forma sintética, o fundamento principal do voto no seguinte trecho:

“Assim, diante do que foi exposto, não merecem prosperar os fundamentos utilizados pelo acórdão para afastar a indenização por dano moral, qual seja, o fato de o titular da conta não ter tido ciência do ilícito, diante de sua diagnosticada demência. Isso porque a configuração do dano moral não se verifica no aborrecimento, no constrangimento por parte do prejudicado, mas, ao revés, o dano se caracteriza pelo ataque a direito personalíssimo, no momento em que ele é atingido.” (STJ - REsp: 1245550 MG 2011/0039145-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 17/03/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/04/2015)

Finalmente, para respaldar mais ainda sua decisão, cita Yussef Said Cahali, que, precisamente, atinge o ponto principal da discussão, quando diz:

“na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores

fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral". (CAYALI, Yussef Said. Dano moral. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).

Revela-se, que a dignidade humana, princípio fundamental reconhecido e protegido como direito da personalidade, portanto, pertencente a todo ser humano, quando aviltada, configura dano moral e merece a proteção conferida pelo ordenamento jurídico quando ocorre essa situação. Isto se aplica em qualquer situação, mesmo que a vítima não possua a capacidade de sentir a dor causada por isso, pois todos os seres humanos nascidos com vida são titulares dos direitos da personalidade, inclusive e principalmente, a dignidade humana.

Por fim, dá provimento ao recurso especial, reconhecendo que o autor é passível de sofrer dano moral e arbitra o valor da sentença anterior. A decisão em questão foi um importante divisor para o direito, criando um precedente de grande peso na definição das posteriores decisões que versem sobre a mesma temática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho estudou um tema de grande relevância para o direito contemporâneo, pois, como ficou perceptível, as questões relacionadas aos incapazes tem ganhado destaque nos últimos tempos. Todo o direito tem se modificado no intuito de garantir a dignidade humana como vértice principal de todos os direitos, reforçando a busca pela paz social, objetivo maior da lei e da ciência jurídica.

Qualquer ser humano deve ser titular de tais direitos e, o poder judiciário, ao buscar aplicar a lei ao caso concreto, deve interpretar as normas no sentido de alcançar o verdadeiro fim desta. Evidencia-se aqui a importante função do juiz de direito no papel supracitado.

Modificações importantes ocorreram sobre o tema incapacidade jurídica, avanços esses que buscaram por o incapaz em par de igualdade maior com os demais sujeitos e ampliar suas possibilidades perante a lei, visto que estes eram muito limitados quanto ao que poderiam fazer por responsabilidade própria.

Nesse sentido, injusto seria, em uma era em que a busca por igualdade é foco principal do progresso, não atribuir a mesma proteção aos direitos da personalidade a todos, independentemente de sua condição. Os recentes julgados tem se consolidado no sentido de fazer isso se tornar uma realidade, incluindo recentemente a possibilidade de arbitramento de indenização por danos morais à incapazes de qualquer espécie.

Portanto, através de julgados, como o recurso especial nº 1.245.550, esse contexto tem mudado e a isonomia material tem sido cada vez mais concreta, inspirando mais e mais a inovação jurídica e o estudo de temáticas relevantes, a fim de contribuir para a ciência e para a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, André Gustavo C. de. **A evolução do conceito de dano moral**. In Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2008.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo:Saraiva, 1980.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídicobrasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 12, out./dez. 1994, p. 59.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**.São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed.rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.
- FRASCINO, Christiane Macarrom. **Reparação de danos pelo incapaz (artigo 928 do código civil)**. São Paulo. 2008. 161 p. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. PUC. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075953.pdf> Acesso em 19 de outubro
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva,2009. v. IV.
- _____. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo:Saraiva,201
- _____. **Direito civil brasileiro, volume 1 : parte geral**.11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.
- LARRATÉA, Roberta Vieira. **O DANO MORAL E A DISSOLUÇÃO DA PRMOESSA DE CASAMENTO**. 2006. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/roberta_vieira.pdf Acesso em Acesso em 18 de outubro

LUFT, Celso Pedro. **Mini Dicionário** Luft.4 ed. São Paulo: Ática/ Scipione, 1995.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas. 2013

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SAMPAIO, Amanda Quixabeira. **A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS INCAPAZES E O PROBLEMA DA EMANCIPAÇÃO**.

Brasília. 2009. 53 p. Monografia de Graduação do Centro Universitário de Brasília- uniCEUB.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STOLZE, Pablo. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em 18 de outubro

(STJ - REsp: 1245550 MG 2011/0039145-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 17/03/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/04/2015)

(REsp 1291247/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 01/10/2014).

(Resposta 1037759/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 05/03/2010).

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015**. 2015. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015> . Acesso em 18 de outubro

VARELA, .Antunes. **Das obrigações em geral**. 8. ed., v. L Coimbra: Livraria Almedina.2000.

A RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

LEONARDO VICENTE DE CARVALHO:

Bacharelado no Curso de Direito
Universidade Brasil Campus
Fernandópolis

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho acadêmico abrange sobre a relativização da presunção de vulnerabilidade. O crime tipificado de estupro de vulnerável do qual trata o art. 217-A, do CP, trata-se um de um crime autônomo inserido pela lei 12.015/09. O vulnerável segundo o Código Penal é a pessoa que possui uma incapacidade ou fragilidade por algum motivo especial. Nesse sentido, o Código Penal em uma de suas hipóteses previstas entendeu que se o maior de 18 anos que praticar ato sexual com um menor de 14 anos se enquadra no crime tipificado no art. 217-A, estupro de vulnerável, uma vez que a pessoa menor de 14 anos não teria capacidade para aceitar essa relação sexual, porque ela não teria maturidade suficiente para isso. Assim sendo, a vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual é presumidamente absoluta conforme posicionamento majoritário dos tribunais superiores. Portanto, a presunção que vem sendo adotado pela grande maioria dos tribunais nestes crimes é absoluta não havendo a possibilidade de ser questionada no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, não admitindo prova em contrário, entretanto, em raros julgados já ocorreu de reconhecerem a vulnerabilidade relativa, onde se após analisarem o caso concreto a relevância social e a gravidade do delito decidiram por absolver o acusado, por fim, conclui-o, que deve-se levar em consideração nos julgamentos a relativização no consentimentos dos jovens referente a pratica sexual e portanto o juiz deve-se atrelar as mudanças cultural vivenciadas pelos adolescentes nos dias atuais, e não se atrelar apenas no caráter impositivo da norma jurídica.

Palavras – chaves: Estupro, Direito Penal, Vulnerabilidade

ABSTRACT: The present academic work covers the relativization of the presumption of vulnerability. The typified crime of rape of a vulnerable person dealt with in art. 217-A, of the CP, it is an autonomous crime inserted by law 12.015/09. The vulnerable according to the Penal Code is the person who has a disability or fragility for some special reason. In this sense, the Penal Code, in one of its foreseen hypotheses, understood that if the person over 18 years of age who practices a sexual act with a minor under 14 years of age falls under the crime typified in art. 217-A, rape of the vulnerable, since a person under 14 would not be able to accept this sexual relationship, because he or she would not be mature enough to do so. Therefore, vulnerability in crimes against sexual dignity is presumably absolute according to the majority position of the higher courts. Therefore, the presumption that has been adopted by the vast majority of courts in these crimes is absolute and there is no possibility of being questioned in the Brazilian legal system, that is, not admitting evidence to the contrary, however, in rare cases it has already occurred to recognize the

relative vulnerability , where if, after analyzing the concrete case, the social relevance and the seriousness of the crime decided to acquit the accused, finally, it concludes, that one must take into account in the trials the relativization in the consent of the young people regarding sexual practice and therefore the judge must be linked to the cultural changes experienced by adolescents in the present day, and not be linked only to the imposition of the legal norm.

Key words: Rape, Criminal Law, Vulnerability.

INTRODUÇÃO

O crime de estupro é um dos crimes mais repugnantes do Código Penal Brasileiro, por isso, são considerados hediondos, obtendo como consequência, uma penalidade mais severa. No decorrer dos anos e com o advento da lei 12.015 de 2009, o código penal brasileiro passou a prevê um novo tipo penal, o delito de estupro de vulnerável, o que antes não estava expresso no ordenamento jurídico passou a ser inserido no disposto no artigo 217-A do CP, considerando-o como o crime praticado contra pessoa vulnerável ou aquela que não tem discernimento para consentir com uma relação sexual, seja porque ela possui uma deficiência mental ou seja menor de 14 anos. Vale lembrar que nos tempos pretéritos não se falava em um crime específico, havia apenas o crime de estupro comum previsto no artigo 213 do CP, aquele que era praticado mediante violência ou grave ameaça. Nessa perspectiva, o estupro de vulnerável é um crime que envolve elementos de extrema crueldade de acordo com letra da lei, tendo em vista a impossibilidade e falta de discernimento do ato que estará sendo realizado com a vítima. Inicialmente, na primeira seção desse artigo será apresentado o contexto histórico do crime de estupro, assim como a evolução dos crimes praticados e as legislações pertinentes.

Na segunda parte será abordado todo o arcabouço jurídico que envolve este crime, tais como, sua classificação e os sujeitos do crime. Também analisaremos sua modalidade de forma tentada e consumada e faremos um pequeno deslinde sobre a diferença entre o estupro comum e a modalidade de estupro de vulnerável e a hediondez deste crime.

Para finalizarmos, a última parte irá explanar acerca da alteração advinda da Lei nº12.015 de 2009, que trata da revogação do artigo 224 do Código Penal e a relativização de presunção do crime, o que antes se considerava haver uma presunção relativa, ou seja, que no momento que a lei presumia essa violência sexual, ela também permitia ao réu provar que não se utilizou dessa violência ou grave ameaça, o que suportaria prova em contrário, o que, porém, conforme súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça e nos posicionamentos dos tribunais jurisprudenciais, a presunção após a advinda lei passou a ser considerada absoluta, não admitindo prova em contrário. Desta forma, a metodologia que se faz presente neste trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica, doutrinas renomadas do Direito Penal Brasileiro, artigos científicos e pesquisa de julgados de Tribunais Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça, visando analisar a tese de que é possível a relativização do estupro de vulnerável, uma vez que a presunção é absoluta.

1. ESTUPRO DE VULNERAVEL E SUA PRIMEIRA EFETIVAÇÃO.

O crime de estupro foi positivado pela primeira vez no Código de Hamurábi, entre os séculos XVIII e XVII A. C. Vale dizer que naquela época, caso alguém que fosse flagrado violando

uma mulher virgem e que morasse com os seus pais, este individuo seria punido com a pena de morte. O texto dizia o seguinte: “Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre.”

No ano de 1940 foi sancionado o atual Código Penal Brasileiro, precisamente em seu art. 224 continha a expressão “presunção de violência” onde naquela época se presumia que as vítimas com idade não superior a 14 anos não continham discernimento para entender a pratica sexual e também não tinham capacidade de expressar manifestação de vontade por considerá-las em fase de desenvolvimento físico e moral.

“ Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

Não é maior de 14 anos;

É alienada ou débil mental e o agente conhecia esta circunstância;

Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”

Entretanto, mesmo com o art. 224 positivado no Código Penal Brasileiro a partir da década de 1980 vários juristas e doutrinadores renomados da época começaram a se questionar e criar amplo debate sobre a presunção estabelecida, os questionamentos partiam do princípio de que ela deveria ser entendida como uma presunção relativa e não mais absoluta. Os argumentos eram de os casos deveriam ser analisados sob uma ótica apartada da ótica positivista comum, onde cada caso deveriam ser analisados e observados com certa peculiaridade e analisando todo o caso em concreto, tal entendimento se deu pois naquela época a sociedade no final do século XX e início do século XXI já estavam em discrepância em termos sociais, culturais e tecnológicos com os anos de 1940, data da efetivação da lei, e portanto os jovens com 14 anos já mereciam um olhar diferente sob a ótica do direito penal.

O próprio Superior Tribunal de Justiça na década de 90 julgou pela inconstitucionalidade da presunção objetiva sob o argumento que é inadmissível aceitar a responsabilidade penal objetiva:

“[...] O direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. [...] (Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Resp 46.424, D.J.U. 08.08.1994.”

Contudo, após anos a mercê de uma mudança sobreveio a Lei 12015/2009 e trouxe consigo alterações significativas no cenário jurídico, destaca-se a modificação do título que antes era tratado como crimes contra os costumes e que agora o capítulo passou a se chamar crimes contra a dignidade sexual. Uma de suas principais mudanças foi a implementação do art. 217-A do Código Penal, revogando o então art. 224 do Código Penal, que estabelecia aumento de pena na hipótese de delito de estupro praticado contra menor de 14 anos.

“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. ”

A partir de então os menores de 14 anos de idade foram considerados vulneráveis diante das práticas sexuais. O legislador ao criar esta norma objetivou colocar um ponto final na antiga discussão envolvendo a natureza do delito. Deste modo, após a referida mudança, os Tribunais não mais poderiam entender de outra forma a não ser julgar e estabelecer a vulnerabilidade em seu caráter absoluto e objetivo.

Essa foi a justificação no projeto que culminou na lei 12.015/2009:

“[...] o art. 217-A, que tipifica o estupro de vulneráveis, substituiu o atual regime de presunção de violência contra crianças ou adolescentes menores de 14 anos, previstos no art. 224 do Código Penal. O projeto de reforma do Código Penal, então, crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental [...]”

Com o advento da Lei 12015/09, o legislador buscou como meta fazer com que qualquer discussão no sentido acerca da presunção de vulnerabilidade fosse encerrada. Dessa forma, de acordo com a atual redação, se a vítima for menor de 14 anos, seja ela do sexo masculino ou feminino, e ocorrer as condutas previstas no art. 217-A do CP, o crime estará consumado, pouco importando se houve o consentimento do menor na relação.

Ressalta-se que mesmo com as mudanças advindas com a Lei 12015/09, as indagações acerca da presunção de relatividade está longe de acabar fazendo com que a matéria entre nos debates tanto na doutrina quanto nas jurisprudências dos mais renomados juristas do País.

1.1 ARCABOUÇO JURIDICO DO CRIME

O estupro de vulnerável trata se de um delito onde os sujeitos deste crime o sujeito ativo é qualquer pessoa, ou seja, é considerado um crime comum, já o sujeito passivo é a pessoa considerada vulnerável e que se encontra em uma das situações descritas do CP em seu art.217-A caput ou no parágrafo 1º, aquele que não tem discernimento por enfermidade ou deficiência mental ou que não pode oferecer resistência. É considerado como uma forma comum e material, comissivo, instantâneo, plurissubsistente ou unissubjetivo.

É com grande recorrência que se tem discutido sobre a possibilidade do crime em sua modalidade de forma tentada, onde seria sim possível o crime, porém, deve ser ressaltado que se o agente pretende praticar determinado ato sexual e não consegue, mas ele pratica atos preliminares que, por si só, já basta para que configure atos libidinosos e o crime estará consumado. Assim, se o agente pretende praticar um ato de penetração e não consegue, mas nesse momento pratica toques nas partes íntima da vítima ou sexo oral, o crime será consumado, pois os atos praticados já são suficientes para a configuração do ato libidinoso.

O termo “vulnerabilidade” é atribuído a todas as pessoas que não possuem aptidão física ou psicológica, na qual não tem a capacidade de entendimento para pratica do ato libidinoso e em razão disto essa é uma das características que diferem o crime de estupro de vulnerável com o crime de estupro comum, este último a vítima não se encontra em uma situação de vulnerabilidade absoluta como prevista no art. 217-A.

O delito de estupro previsto no art. 213 do Código Penal passou por diversas alterações ao longo dos anos desde a sua efetivação em 1940, em primeiro momento o art. 213 do CP trazia a seguinte redação:

“Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos:

Pena - reclusão de quatro a dez anos. ”

Nota-se aqui uma certa limitação quanto aos sujeitos ativo e passivo do delito na redação escrita na época, mas que posteriormente foi superada aos longos dos anos através das mudanças legislativas.

Ademais, naquela época fazia-se a conjugação dos artigos 213, junto com o disposto no art. 224 do Código Penal que transcorria que a violência seria presumida se a vitima fosse menor de 14 anos, alienada, débil mental ou se não pudesse oferecer, por qualquer causa, resistência para o autor. Após a mudança legislativa advinda posteriormente, diante da inserção do tipo autônomo de estupro de vulnerável, foi revogado o art. 224 do Código Penal, sendo substituído pelo art.217-A que pune as condutas previstas sem presumir a violência.

Vale ressaltar que este crime está previsto no disposto no art. 1, VI, da Lei 8072/1990, onde o estupro de vulnerável é considerado como crime hediondo, e traz consigo diversas consequências dentre elas que se destaca é a inaplicabilidade de anistia, graça, indulto e fiança (art. 2, I e II, Lei 8072/1990), além de impor o regime fechado como obrigatório para o início de cumprimento da pena (art. 2, parágrafo 1º, Lei 8072/1990). Entretanto, conforme entendimento pacífico e atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça o cumprimento inicial da pena em regime fechado deixou de ser obrigatório aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

2. ALTERAÇÃO DA LEI.

O art. 217-A foi introduzido no Código Penal Brasileiro através da Lei 12.015/2009. Esse tipo penal substituiu o antigo sistema de presunção de violência, presente no antigo e revogado art. 224, CP. eliminou-se o disposto no art. 224 do Código Penal, relativo à presunção de violência que foi utilizada para conferir a tipicidade aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor toda vez que fosse praticada a relação sexual com pessoa vulnerável, a relação sexual pode ter sido “consentida” pelo ofendido, que pode até ter apreciado. Porém, por regras de experiência que

foram captadas e introduzidas pelo legislador, foi vedada a prática sexual com tais pessoas, visto que a maioria das pessoas protegidas pelo novo artigo não tem discernimento suficiente muito menos condições de autorizar o ato, e, portanto, a vulnerabilidade de suas situações indica a presunção de ter sido violenta a prática do sexo.

Deixando de lado o parágrafo 1º do artigo 217-A do Código Penal e dando foco apenas ao caput do artigo, a vulnerabilidade absoluta que foi implantada não admite que o condenado alegue como provas de que a prática sexual foi consentida pela vítima menor de 14 anos, esse sistema de vulnerabilidade absoluta, tem como escopo a presunção de violência meramente pelo fator etário da vítima, ou seja, se os atos e as práticas sexuais ocorreram com o maior de 18 e o menor de 14 anos, a violência em tese estaria praticada, pouco importando o depoimento da vítima em favor do réu e as narrativas de alegação dos fatos do consentimento da vítima.

Seguindo a linha de pensamento onde se institui uma presunção absoluta, o legislador opera em abstração quando confere o mesmo tratamento jurídico a inúmeros casos que carecem de um enfretoamento único, concreto e sensível. A título de exemplo, o caso do namoro consentido

APELAÇÃO CRIMINAL. [...] Inviável a condenação apenas com base na equivocada ideia de que a presunção de violência nos crimes sexuais seja absoluta. Caso em que a prova dos autos deixou clara a prévia relação de namoro entre as partes, de conhecimento de ambas as famílias, bem como a prática livre e consentida de relação sexual entre réu e ofendida, ambos jovens e com pouca diferença de idade. [...] **APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. UNÂNIME.**

É necessário que o julgador adote a tese da vulnerabilidade relativa, pois neste caso em tela quando o mesmo analisa o caso concreto ele também precisa pesar o dano psicológico que a adolescente sofreria ao carregar a culpa da prisão do seu companheiro, além da frustração de não poder constituir com ele uma família. Outro caso que precisa de muita atenção e que ainda suscita grandes controversas é o fato de a adolescente possuir experiência sexual comprovada e plena, além de possuir percepção da capacidade de liberdade de escolha, o que significaria dizer que a mesma não se encontraria em situação de vulnerabilidade. Eis um julgado.

APELAÇÃO. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERAVEL.VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO RELATIVA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO RÉU COM BASE NO ART. 397, INC. III, DO CPP. INCONFORMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Caso em que, não obstante a vítima possuísse menos de 14 anos de idade na data dos fatos, revelam os elementos colhidos aos autos a sua evidente maturidade sexual e a liberdade de escolha, razão pela qual, sob os auspícios do princípio da razoabilidade, de assento constitucional, impõe-se a flexibilização do rigor legal, afastando-se a tipicidade da conduta do réu. **APELAÇÃO DESPROVIDA. POR MAIORIA.**

Pode-se considerar que o legislador penal, não conseguiu acompanhar as mudanças de comportamentos de nossa sociedade, principalmente no que diz respeito às crianças e adolescente. Deixamos de efetuar uma mudança eficaz quando não equiparamos os conceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde está claro que, criança é a pessoa menor de 12 anos e adolescente, quem é maior de 12 anos. É de suma importância ressaltar que hoje adolescentes de 13 e 18 anos estão constituindo união estável, tendo filhos e formando a sua própria família e para que se possa fazer com que a justiça alcance a todos de forma efetiva é preciso que se faça uma interpretação a respeito da presunção de forma relativa fundada nos princípios constitucionais da liberdade, da dignidade da pessoa humana, nos avanços tecnológicos que o mundo todo tem vivenciado, e na readequação social sem deixar de lado os valores culturais e a tradição de determinada sociedade.

É preciso que em cada julgado se analise o caso concreto, a dinâmica dos fatos e o comportamento dos envolvidos no suposto delito e se for o caso, sempre que possível objetivar o afastamento da vulnerabilidade absoluta com base meramente na faixa etária do menor e observar a sua conscientização para a prática sexual assim como os fatos narrados no caso em tela. Em razão dos fatos apresentados é evidente que é preciso que os tribunais passem a adotar a tese da vulnerabilidade relativa passando a analisar caso a caso a ser julgado, evitando diversos problemas e garantindo uma maior segurança, eficácia e avanço jurídico.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A pesquisa deste trabalho primeiro buscou analisar o contexto histórico dos crimes relatados bem como o entendimento da época quando promulgado as primeiras leis que faziam referência ao delito e a sua presunção de vulnerabilidade, assim como o posicionamento dos julgadores e doutrinadores da época.

Destacamos também as mudanças legislativas que ocorreram com o passar dos anos nos crimes de estupro comum até a inserção do crime de estupro de vulnerável onde trouxemos também a justificativa da época que promoveu a sua alteração.

Buscamos demonstrar as mudanças e alterações dos art. 224 CP e 217-A CP, que culminou na presunção de vulnerabilidade absoluta que antes era tratada como uma vulnerabilidade relativa objeto de nosso trabalho, onde essa pode ser considerada a mais eficaz na administração em busca da justiça.

Verificamos neste trabalho que mesmo com o entendimento pacificado nos tribunais superiores a respeito da vulnerabilidade ser absoluta com o advento da lei 12015/09 ainda é possível encontrar decisões onde a vulnerabilidade é tratada de forma relativa e os crimes julgados de forma única.

Por fim restou provado e destacamos que a melhor forma de objetivar que se faça uma justiça justa e eficiente seria pacificar o entendimento que a vulnerabilidade deveria ser considerada relativa, onde os julgadores passariam a analisar o caso concreto e não mais decidir de forma

abstrata e positivista, deixando de analisar os avanços socioculturais e decidindo com base apenas na letra da lei.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

DELMANTO, Celso. Et. Al. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2016

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Vade Mecum Saraiva. **Código penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva jur, 2019.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Relativização da presunção de vulnerabilidade no estupro de vulnerável. Disponível em: <https://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/121938067/relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-no-estupro-de-vulneravel>. Acesso em: 21/10/2022.

Legislação. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html> . Acesso em: 21/10/2022

Recurso Especial STJ. Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/15029401/inteiro-teor-15029402> . Acesso em: 22/10/2022

SILVA, Brenda Cristina Monteiro da. STJ afasta obrigatoriedade do regime inicial fechado para condenados por crimes hediondos. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/stj-afasta-obrigatoriedade-do-regime-inicial-fechado-para-condenados/> Acesso em: 08/11/2022

VITAL, Danilo. STJ afasta presunção de crime em caso de estupro de vulnerável. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/stj-afasta-presuncao-crime-estupro-vulneravel> Acesso em: 08/11/2022

Apelação Criminal TJ do Rio Grande do Sul. Sexta Câmara Criminal. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/112764638> Acesso em: 09/11/2022

Apelação Criminal TJ do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Criminal. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/112485661> Acesso em: 09/11/2022

PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL: A (IN) EFICIÊNCIA DO LÍDER DE ESTADO MEDIANTE A CRISE SANITÁRIA

VICTOR HUGO NASCIMENTO DOS SANTOS:

Graduando em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA ⁸⁹

(orientador)

RESUMO: Perante o cenário de pandemia da Covid-19 no Brasil, faz-se uma análise acerca do período de calamidade do sistema de saúde pública e a responsabilidade da figura do Presidente, o líder do Estado democrático, responsável pela ordem pública e proteção dos interesses da sociedade. Por meio de uma linha do tempo evolutiva, analisa-se a formação do Estado, os meios de governo e como se apresentam no cenário histórico. Além disso, acompanha-se a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a atribuições do Estado brasileiro contemporâneo em contraste com as ações diretivas do líder de Estado durante a pandemia. Dessa forma, relacionando as delimitações da Constituição Federal com os atos do líder democrático, é revelada a sua negligência ou inércia. Quanto à metodologia, utilizou-se do método dedutivo, partindo de premissas generalistas para as específicas, pesquisa documental e bibliográfica, com parâmetros descritivos e comparativos.

Palavras-chave: Pandemia da Covid-19. Direitos e garantias fundamentais. Direito a saúde. Líder de Estado.

Sumário: 1. Introdução – 2. Institucionalização e Evolução do Estado. 3. A figura do líder de Estado e os meios de Governo. 4. A Constituição de 1988 e os Direitos e Garantias Fundamentais. 5. Pandemia da Covid-19 e o Impacto no Estado Democrático Brasileiro. 6. Conclusão. 7. Referências

1INTRODUÇÃO

Ao se tratar do Estado democrático de direito, deve-se analisar um grande circuito que se subdivide em diversos poderes, cada qual com sua competência e obrigações. Todavia, uma figura é fundamental para o Estado em si, o seu líder, a posição de liderança existe desde as primeiras civilizações, tal como a figura dos imperadores, reis, chefes de tribos ou até mesmo líderes de grupos nômades, sua função apesar de não ser única e/ou específica, verifica-se que nesses

⁸⁹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. *E-mail:* marcus.n.lima@gmail.com.

coletivos exemplos, o que converge é a coordenação e representatividade de seus subalternos. Contudo, como proceder quando o líder de Estado se distancia da sua competência primária?

Pois bem, o presente estudo parte de um debate político-social que é levantado no seio da comunidade brasileira a fim de entender se as competências atribuídas ao Estado, mais especificamente ao gestor do Estado democrático brasileiro estão sendo (ou não) cumpridas.

Há entre os pensadores do campo da ciência política, duas vertentes de destaque da formação social nomeada de Estado, sendo essas: a formação naturalista e a contratualista. Na primeira corrente o homem busca no agrupamento humano a sua proteção, fortalecendo o grupo utilizando do instinto de sobrevivência para garantir a autopreservação, enquanto no segundo ramo, existe uma premissa contrária a primeira, o homem como um ser selvagem e de instinto agressivo, se vê em constante ameaça pela natureza e pelos seus semelhantes, logo para seu bem ele entra em um acordo comum de coexistência, iniciando o contrato social.

Sucedo que após o estabelecimento das comunidades primordiais, é possível citar as variações nas formas de liderança das instituições sociais, derivadas dos agrupamentos humanos, tais quais: o reinado, a tirania, a aristocracia, a oligarquia, a politeia e a democracia.

O reinado com grande destaque nos continentes europeus; a tirania, caracterizada pelo uso absoluto da força (o poder principal do estado); a aristocracia e a oligarquia, que se destacam pela distribuição do poder para um grupo específico, porém se diferenciam em certos aspectos, uma vez que a aristocracia se funda na finalidade de satisfação coletiva e bem estar comum e a oligarquia pela concentração do poder e da vontade em um grupo, o que pontifica o egocentrismo da elite; a politeia e a democracia por fim são a base do sistema de governo comum presente no Brasil, que inspiram os estados moderno, buscando a satisfação popular, como também trazendo direitos básicos que auxiliem o todo ao qual se governa.

Ao que sucede o processo evolutivo do Estado, temos como ponto subsequente um marco da delimitação do Estado democrático de direito brasileiro, o surgimento da constituição brasileira de 1988, o estabelecimento dos direitos e garantias fundamentais que salvaguardam fundamentos básicos que se firmaram ao longo do processo evolutivo social, como os direitos de primeira, segunda e terceira geração, assim firmam-se os valores fundamentais a serem priorizados pelo Estado brasileiro, atribuindo deveres de tutela de tais valores.

Ao nuanço geral das ideias apresentadas, tem-se como ponto de colisão a questão do dever ser, que é cobrado da figura do líder de estado paralelo aos direitos fundamentais. Assim ambas as bases teóricas já determinadas colidem com a postura do líder do Estado democrático brasileiro, onde sua nítida descrença aos meios iniciais de combate a pandemia da Covid-19 se afastam dos princípios básicos expostos, tal qual o fundamento constitucional que determina o Estado resguardar a saúde pública, instaurando-se um conflito entre a função primordial do líder e as

ideologias de um indivíduo dotado do poder de gestão comum, iniciando a ruptura da base de governo brasileiro.

Em síntese, o estudo se orienta por meio da metodologia narrativa, que se utiliza da coleta de dados e fatos, de forma descritiva, a fim de submeter uma análise de determinado fenômeno por comparação ou fundamentação de tais dados.

2 INSTITUCIONALIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DO ESTADO

O Estado é visto como uma entidade ou *persona* sem forma física que surge por meio do agrupamento social, a fim de manifestar, manter ou conduzir um agrupamento de indivíduos para a ordem. Não há marco específico que date o início da figura do Estado, sua formação tal qual o direito surge conforme a necessidade dos indivíduos que o institucionalizam.

O autor Lipson (1976) defende em sua obra "Os grandes problemas da ciência política" a formação do Estado como oriunda de uma necessidade do homem, mediante uma avaliação histórica de suas condutas. Para o autor, o Estado é derivado do medo humano, o indivíduo se vê sozinho, desamparado e impotente perante a natureza, por isso, o homem busca entre seus semelhantes uma forma de suprir tais percalços, assim, utilizando-se do agrupamento esses indivíduos passam a exercer por meio da força coletiva a sua proteção.

Diante da ideia principal o autor pontifica que a formação da figura "Estado" se inicia com tal elemento chave, a proteção, mas não somente reunir um grande número de pessoas dá origem a formação do estado, o autor quer ressaltar o aspecto do nomadismo, onde expõe que as poucas possibilidades de recursos humanos afetavam os grupos que eram migratórios e buscavam por recursos até adquirirem a capacidade de semear, pescar e caçar, bem como levantar construtos para a proteção e assim a formação do que se pode comparar as primeiras tribos. Tais pontuações permitem concluir que a finalidade do estado em si, não somente vem do homem de se proteger, propriedade e os entes aos qual este se vinculou.

Perante as escolas contratualistas, Lipson (1976) defende a existência de um paralelo comum entre as ideias de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, justificando que os três autores partem do mesmo marco social, qual seja, de que o homem é fruto da natureza, um ser que vive em condições de livre capacidade, sem que encontre limitações e faça fruto de qualquer recurso ao seu alcance. No entanto, para cada autor o contrato social possui uma finalidade diferente.

Por isso, Lipson (1976) distingue o pensamento dos autores. Para o primeiro, Thomas Hobbes, o homem é um ser selvagem e vil, que precisava da figura do estado para conter seus impulsos, pois é necessário que se faça um ser com força e capacidade maior que qualquer outro homem para conter os seus impulsos selvagens, com o grande jargão "*homo hominis lupus*" ou "o homem

é o lobo do homem" ele propõe que a sociedade pode ser comparada com uma matilha, onde a figura do estado seria como uma força maior ou superior capaz de trazer ordem e manter seus impulsos sob controle, sendo assim a sua visão de estado é soberana e vertical, onde somente a força desigual gera a ordem, pois não há quem possa competir diretamente com a força do Estado.

Complementando seu pensamento, Lipson (1976) coloca que para Locke, a função do contrato social é uma forma de proteger os direitos naturais do indivíduo, direitos estes como a vida, liberdade e até mesmo a propriedade.

Dessa forma, tais direitos nasceriam com o homem, porém se perderiam com a individualização de recursos. Portanto, a determinação do contrato social seria uma garantia para o indivíduo que inserido no Estado não sofreria violação dos seus semelhantes no tocante a sua propriedade.

Em último caso, a defesa para a ideia contratualista de Rousseau é bem determinada com sua frase "O homem nasce bom, mas a sociedade que o corrompe", assim transmite a ideia de que o homem em seu estado natural não é um ser mal, mas sim um ser comum que usufrui da natureza, mas com o surgimento da privatização o indivíduo passa a competir e lutar por posses, procedente a isto o Estado vem com o intuito de combater a desigualdade social, nascendo de uma vontade coletiva, firmada de forma unânime ou por força da maioria comum, tal qual a democracia moderna o estado e sua capacidade é um reflexo da necessidade ou acordo de vontade coletivo (LIPSON, 1976).

3 A FIGURA DO LÍDER DE ESTADO E OS MEIOS DE GOVERNO

O líder de Estado pode ser uma pessoa ou grupo que por finalidade compete a aplicação das medidas necessárias ao meio social, mas seu poder ou interação com o povo varia conforme o regime ao qual este se encontra.

A monarquia ou o principado tratava-se de uma forma de governo bastante comum na idade média. Este regime de governo é bem explorado por Maquiavel (2018) em sua mais aclamada obra: "O Príncipe".

O autor na obra citada trata da figura do regente, ao qual tem por meio da linhagem uma garantia de poder e, é neste líder de estado que se concentra as capacidades de execução do regime interno do estado (poder executivo), bem como a formação de leis e taxaço de impostos (poder legislativo).

Maquiavel (2018) pontifica que a figura do príncipe apesar de ser dotada de poder necessita ter ponderação e cuidado com suas ações, pois caso utilize de força abusiva e irregular perderia o apoio popular e se inversamente satisfizesse totalmente ao povo, não seria capaz de atender as

necessidades circunstanciais, individuais ou coletivas, pois podem ser conflitantes, logo é essencial que o príncipe tenha um controle de agrado social e aplicação de medidas necessária.

Por sua vez, Aristóteles (2019) elabora em sua obra "Política" várias vertentes em seu raciocínio referente aos meios de governo, sendo a vertente aristocracia, formada pela concentração de poder em um grupo específico, que se voltava para a sociedade e buscava entender suas necessidades e aplicar a satisfação popular, todavia, caso o poder desse grupo se corrompesse e voltasse contra o povo, se tornaria uma oligarquia.

Em outra tese, Aristóteles (2019) entende que o poder concentrado nas mãos de um único indivíduo resulta na monarquia ou no viés da tirania, onde para distinguir tais variantes há a análise do comportamento do regente. Ao se tratar da monarquia, a finalidade é de liderança do coletivo por uma gestão sólida. Enquanto o poder do estado se volta contra o povo e ameaça constantemente a sua liberdade e integridade, exigindo-se a obediência por uso da coerção, trata-se da tirania, pois retira da população a seu poder de escolha e retém o poder da força para a supressão interna e externa.

Em seus paralelos finais, Aristóteles (2019) concebe a democracia ou uma politeia, na democracia o filósofo afirma que o povo cuida de seus ideais, aonde a maioria comum supre as necessidades, porém aos que se encontram em desacordo (minorias populares) não atinge sua satisfação. Todavia, diante da ideia base da politeia, o governo de senso comum onde a ponderação é essencial, cada indivíduo se satisfaz e o poder se distribui de forma igual para atender toda a coletividade.

Em consonância com o Estado moderno e adaptado ao longo dos períodos, a democracia é um modelo muito adotado ao redor do mundo, tal demonstrativo, oriundo da tese de Aristóteles (2019) se cabe em refletir a busca por uma sociedade balanceada, ao compreender que o estado moderno não poderá proporcionar uma satisfação geral devido aos vastos territórios ao qual se responsabiliza, tal qual o Estado democrático brasileiro. Concomitantemente o líder de estado democrático ainda que não possa fornecer a satisfação mútua, tem a obrigação para com a sua nação, o dever precípua de agir em prol do bem comum.

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O que prescinde a fundação do Estado brasileiro contemporâneo é a figura da Carta Magna, instrumento pelo qual se faz a delimitação dos elementos fundamentais e sociais, um documento expressivo dos ideais coletivos que fundaram aquele Estado e, um reflexo do avanço histórico que as civilizações atingiram ao longo de sua evolução.

O poder constituinte emana da natureza política e filosófica e se liga ao aspecto da legitimidade, independente da época, assim trata-se de um poder primário que parte da vontade coletiva para criar a primeira constituição (BONAVIDES, 2019).

A vontade constituinte sempre existiu em qualquer sociedade organizada, e por meio disto o Bonavides (2019) em sua obra "Teoria do Estado" guia o leitor através de uma linha do tempo avaliativa do que se entende como a manifestação da vontade, podendo ser por meio da figura de uma divindade, onde o poder divino é maior que todos os homens e seria capaz de punir qualquer mal feito, a figura do príncipe, uma figura de autoridade a quem se concentra tal poder, contudo uma terceira entidade constituinte se instaurou, a entidade democrática, o poder popular, onde o indivíduo comum concentra o poder em um indivíduo ou instituição para satisfazer o interesse comum.

A democracia foi um rompimento do paradigma de idealização do homem, onde este não teme mais as divindades, não se restringindo pelo medo do que se considera um castigo divino, tão pouco sofre com a dependência de um monarca que transmite seu poder por linhagem ignorando as competências de seu sucessor, que talvez não fosse capacitado para gerir o Estado.

O poder democrático foi uma reivindicação, um marco histórico característico desse sistema de governo. Inclusive, com a Revolução Francesa se chegou ao que se entende como poderes da primeira geração, sendo a liberdade, igualdade e fraternidade, instaurados pelos próprios agentes revolucionários que buscavam a satisfação pessoal em uma sociedade desigual.

A Constituição Federal brasileira de 1988 é um forte manifesto histórico e, tal qual a Constituição Francesa, busca atender ao coletivo, assim este documento se volta à própria história e aos grandes marcos do mundo, aplicando valores inerentes de cada indivíduo, contemplando a ideia de equidade. Desta forma se instaura as garantias fundamentais a serem prestadas aos cidadãos brasileiros.

Diante da narrativa aplicada, expõe-se os direitos e garantias fundamentais a fim de delimitar as obrigações impostas pelos artigos da constituição federal. O art.5º da Constituição Federal elenca alguns desses direitos, dispondo que "são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL, 1988).

O texto do artigo especifica as garantias comuns aos brasileiros natos e naturalizados, em prol de firmar uma comunidade que se distancie da precariedade proporcionando recursos aos que não tenham capacidade de atingir o mínimo existencial e por meio destes direitos fundamentais, atender a sociedade atual, logo há o entendimento comum que é dever do Estado a prestação ou execução de medidas sociais para tais demandas.

Mesmo advindo de um período maior que três décadas, a legitimidade constitucional se expande em meio ao tempo, valorizando os direitos comuns dos homens e acumulando-os a fim de manter um quadro de estabilidade e valorização das garantias principais do ser humano. Tal somatória se dá no polo reflexo da selvageria natural, o homem oriundo do estado natural é visto como um ser sem raciocínio lógico, ignorante ou com desinteresse ao que se fala em trato social

Assim, as leis tratam de causar no indivíduo uma delimitação de condutas, mas também traz o atendimento as suas necessidades, para que se distancie dessa selvageria e não tente por meios próprios atingir seus objetivos, como o uso da força.

Conforme se extrai do art. 2º da Constituição Federal que dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, visa-se estabelecer um controle quanto ao uso indevido do poder, e para tanto a Constituição Federal de 1988 tratou de descentralizá-lo com base no modelo de governo do Estado Grego defendido por Aristóteles.

O Estado brasileiro segue a divisão de poderes em três, sendo estes: o poder executivo, legislativo e judiciário, o modelo tripartite ou sistema de freios e contrapesos de Montesquieu almeja que um poder contenha o outro.

Desta forma é pretendido que não haja a centralização da força de governo em um único indivíduo evitando que o Estado se volte contra a figura do povo, porém tal sistema não é infalível, uma vez que dois poderes se unam, são capazes de sobrepor ou limitar as ações de outro, ressaltando assim a capacidade de uma elite unida suprimir a vontade do popular.

Contudo, não somente este é o único meio para refrear atos equívocos contra a sociedade, em questão há na própria constituição direitos e garantias fundamentais, que mantém o Estado democrático na postura do “dever ser” com relação à federação, reafirmando a posição do Estado como uma figura que visa o cuidado coletivo.

5 PANDEMIA DA COVID-19 E O IMPACTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A pandemia da COVID-19 pode ser um dos maiores marcos históricos que afetou o século XXI, sendo o período de uma crise sanitária que se alastrou pelo planeta. Ao que indica em notas lançadas pela imprensa, o marco inicial da pandemia ocorreu na China, durante o período de dezembro de 2019, onde se identificaram os primeiros casos de internação decorrentes do vírus.

Com o passar do tempo e mediante análises de seus sintomas, foi determinado que o vírus possuía forte nível de letalidade, causando danos severos ao pulmão e podendo atingir outros órgãos ou cognições como paladar e olfato, tampouco o seu maior dano é a morte.

Com uma disseminação desenfreada e altos índices de morte, deu-se início a corrida para que se fizesse o controle deste alto nível de contágio. Inicialmente as medidas preventivas comuns eram adotadas de forma que proporcionassem uma proteção geral de agentes estranhos,

instaurando o uso de máscaras, agentes desinfetantes e controle da higiene como os primeiros passos para combater o vírus.

Inicialmente com o primeiro caso de Covid identificado no território brasileiro, instalou-se o medo, o pânico oriundo do desconhecido e perigoso vírus que causara a morte de diversas pessoas no continente asiático se instalou silenciosamente dentro do território nacional.

Para uma evitar a rápida disseminação do vírus e garantir que o contágio fosse contido, aplicou-se o sistema de isolamento social, medida preventiva inicial para que as pessoas não mantivessem contatos com outros indivíduos, freando circunstancialmente o contágio em massa, porém a medida de reclusão social produziu riscos ao sistema econômico do país.

O congelamento em massa nos meios de produção e o avanço rápido no consumo geral resultaria em uma instabilidade de recursos, assim deu-se cabimento a uma nova etiqueta social, uma medida mais restrita, cabendo o uso obrigatório de máscaras, distanciamento entre pessoas, evitando contatos com superfícies contaminadas e uso de recursos desinfetantes.

Assim, Sotero e Soares (2020) em ponderação dos direitos e garantias fundamentais durante o período de distanciamento social, expõe o que foi esse período de *lookdown* e que em consequência deste houve o que se entende como “constituição de emergência”, que seria uma implantação de medidas preventivas, mas que limitava direitos e garantias fundamentais do próprio texto constitucional.

Vale salientar que para Sotero e Soares (2020) não necessariamente existe uma “jurisprudência de crise”, salientando que segundo o entendimento sobre o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, devido a questão de horizontalidade dos direitos constitucionais, faz necessário uma devida ponderação aos bens jurídicos comuns tutelados, assim não é inconsistente levantar a afirmativa que, em um cenário de crise do sistema de saúde, a aplicação do distanciamento social foi uma medida razoável durante o período de alto contágio e sem recursos de imunização eficaz.

Logo após examinar o conflito entre o isolamento social e as necessidades sociais, foi instaurado uma medida que visava ponderar entre a saúde comum e a satisfação social, implantado tal padrão no quadro social fundou-se uma nova etiqueta social no cenário pandêmico, todas pessoas deveriam respeitar as medidas aplicadas a fim de garantir o cuidado consigo e um cuidado com os indivíduos a sua volta.

Diante disto nitidamente percebe-se um reflexo do contrato social, onde o homem ao reconhecer os deveres que tem para com as garantias comuns dos outros cidadãos que com este convive, se pré-dispõe a aceitar as medidas impostas socialmente.

Todavia um marco conflitante contra o novo trato social teve início com o discurso do líder de estado democrático, expressivamente este se posiciona em desfavor das medidas reforçadas pela grande organização mundial da saúde, assim se apresentado em desacordo e exibindo ao

povo sua posição, tal fenômeno foi reconhecido como o negacionismo ao cenário atual, onde uma calamidade global fora negligenciada, assim pontificado o marco de dissonância da teoria do estado democrático em face do quadro atual, evidenciado o afastamento do líder de estado de seu dever primordial, frente a uma situação de necessidade coletiva perante a pandemia da Covid-19.

Conforme o raciocínio pré-estabelecido, perante o sistema de governo instaurado dentro do estado democrático brasileiro, o presidencialismo confere para um indivíduo legitimidade de execução das ações do poder público, lhe compete a capacidade de representatividade e comunicação com outras nações.

Em um cenário de calamidade no sistema de saúde pública, quem tem por dever o cuidado com a sociedade, se ressalva a obrigatoriedade de uma avaliação para estabelecer cuidados quanto aos meios de disseminação do vírus que causava altos índices de internações e mortalidade dentro do próprio sistema, porém em meio ao caos pandêmico, o líder de estado se manifesta em oposição natural as recomendações Organização Mundial da Saúde (OMS), entre suas declarações, cita-se aquela apresentado pela coluna jornalística da revista ISTOÉ⁹⁰:

Falam tanto em **máscara**. O tempo todo essa mídia pobre falando: o presidente sem máscara. Não encheu o saco ainda, não? Isso é uma ficção. Quando é que nós vamos ter gente com coragem, que eu não sou especialista no assunto, para falar que a proteção da máscara é um percentual pequeno? A máscara funciona para o médico, que está operando uma máscara específica. A nossa aqui, praticamente zero, disse Bolsonaro.

Em seu depoimento, há uma evidente negligência, pois seu posicionamento enquanto ocupar o cargo de presidente é uma forma de manifestação internacional e, também possui forte impacto interno dentro do próprio território nacional, servindo como guia ou licenciando a prática de uma conduta arriscada e prejudicial ao combate da Covid-19.

Ao que se transmite perante este balanço é um duelo de argumentos e questionamentos, por um lado há uma parcela social que se apoia na figura do líder de estado, se vinculando ao seu discurso e ao poder executivo que determina parâmetros e licencia socialmente a prática de um sistema de imunização arriscado, onde o indivíduo que entra em contágio com o vírus poderá se adaptar à medida que seu sistema imunológico combate a doença. Em contrapartida, temos uma corrente científica, de estudos levantados por diversos pesquisadores que impetravam medidas

90 DA REDAÇÃO. Bolsonaro diz que máscaras são "ficção" e ataca medidas de proteção contra Covid. **ISTOÉ**, 2021. Disponível em: <https://istoe.com.br/bolsonaro-diz-que-mascaras-sao-ficcao-e-ataca-medidas-de-protecao-contra-covid/>. Acesso em: 22 abril. 2022.

para contenção do maior vírus já apresentado no século XXI, até que se alcançasse uma solução definitiva.

Tal marco histórico, pode ser analisado como uma fragilidade quanto ao sistema de estado, pois ao que foi apresentado ao longo do estudo estabelecido, o padrão do estado brasileiro é o sistema democrático, em que preza pela satisfação popular da maioria, contudo não se pode dizer que a satisfação popular é por si a conduta devida, uma vez que cabe ao líder de estado como apresentado na obra de Maquiavel (2018) ponderar nas questões de satisfação do povo e entre o que se define como necessário ao bem comum para atingir uma estabilidade governamental, logo se espera um posicionamento de frente unida, afim de prestar e conscientizar o corpo nacional do que se trata as ações necessárias para evitar o contágio.

Cabe fazer menção à coluna jornalística G191 para evidenciar o descaso reiterado perante a situação de calamidade inaugurada no país.

O governo brasileiro recusou onze ofertas formais de fornecimento de vacinas contra a Covid. O método do Ministério da Saúde para dizer não sempre foi o de ignorar as propostas. O número leva em conta apenas os episódios em que há comprovação documental da omissão governamental e já é de conhecimento dos senadores que vão compor a CPI.

Como apresentado pela coluna jornalística, o apoiador do líder de estado, o ministro da saúde se absteve de sua principal função, o dever de prestar ao povo os devidos cuidados e serviços a saúde, mediante isto, pode-se aplicar a interpretação de que o presidente não está em alinhamento com o ideal de dever ser que um representante democrático necessita agir. "

Consoante a redação do art. 84 da Constituição Federal "compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado; II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal (...)" (BRASIL, 1988).

Portanto, em conformidade com o texto legal, a extensão da responsabilidade da figura do próprio presidente da república que, mesmo atribuindo ao ministro da saúde responsabilidade pelo zelo e gestão dos encargos que se referem a saúde coletiva em escala nacional, faz-se necessário o posicionamento mais rígido e imediato para uma solução das demandas de seu povo.

Tal responsabilidade é inalienável, já que há uma nítida atribuição de deveres no texto constitucional, dando a figura do presidente a maior autoridade de execução administrativa.

Assim o seguinte estudo propõe que, o presidente do Estado democrático brasileiro se distancia de seu dever como um representante ideal, aplicando no meio social ao qual deve zelar, a dúvida por meio de informações errôneas e se desvincula de obrigações constitucionais, que são

91 G1. CPI da Covid: Governo Bolsonaro recusou 11 vezes ofertas para compras de vacina: Um dos objetivos da CPI é apontar no relatório final o número de vezes em que o governo disse não à única solução para prevenir a doença. **G1**, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/octavio-guedes/post/2021/04/27/cpi-da-covid-governo-bolsonaro-recusou-11-vezes-ofertas-para-compras-de-vacina.ghtml>. Acesso em: 22 abril. 2022.

os elementos fundamentais pré-estabelecidos na institucionalização do estado democrático brasileiro em 1988 pela Carta Magna.

Sendo assim, cabe ao poder social lutar pelo seu interesse comum e reivindicar seus direitos e conduzir o Estado pela força popular, porém não utilizando do procedimento de *impeachment*, pois resultaria em instabilidade política devido ao fato de que o governo anterior passou pela mesma situação. A fim de solucionar tal descaso é válido uma ação coletiva direta contra a figura do líder de estado, utilizando do sistema de freios e contrapesos para mobilizar um ou dois poderes com o propósito de que o presidente cumpra com a competência de seu cargo.

Como delimita o texto constitucional em seu art. 193, parágrafo único, presente na atual Carta Magna brasileira, o Estado tem por dever planejar políticas sociais assegurando que haja a participação popular no processo de sua criação, bem como o monitoramento do controle e avaliação de tais medidas. Veja:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas (BRASIL, 1988).

Ressaltando a informação anteriormente exposta, há uma inércia mediante o dever cívico do Estado em aplicar políticas públicas, visto que o Brasil encontrava-se em uma meio a crise sanitária, é explícito o não cumprimento do dever comum do estado em atender as necessidades do povo e tão pouco dar-lhes o devido conhecimento sobre uma possível medida de imunização do vírus da Covid-19, por tanto o líder de Estado exerce atividade distante do previsto na norma Constitucional.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (BRASIL, 1988).

Como é expresso no texto legal, o sistema único de saúde (SUS), possui uma organização interna, com hierarquia já determinada e distribuída ao longo do território nacional, tendo por uma de suas finalidades atender de forma integral, priorizando a prevenção, sem o prejuízo de seus serviços assistenciais.

Cumulativamente com as leis anteriormente expostas, o próprio Estado brasileiro tomou para si a responsabilidade com relação a saúde popular, a fim de trazer como uma garantia social a saúde e o cuidado com a população comum, dessa forma por se responsabilizar quanto as demandas de saúde coletiva, compete ao Estado brasileiro a responsabilidade de priorizar o bem comum.

6 CONCLUSÃO

Ao que se trata acerca da responsabilidade, há uma nítida obrigação comum do Estado democrático brasileiro em atender as garantias que a si foram atribuídas conforme a própria Constituição de 1988, bem como ao representante do próprio Estado em si.

No entanto caso haja uma negligência ou não cumprimento das respectivas atribuições, é necessário que haja uma forma de obrigação do cumprimento das demandas populares, tal qual o próprio sistema de freios e contrapesos que visa a distribuição do poder do Estado em três, afim de que caso um não cumpra com sua finalidade, os outros poderes deveram cobrar seu dever ou repreender e corrigir sua conduta.

Não somente é obrigação própria do Estado observar sua administração interna e fiscalizar a si, mas também é necessário que o povo acompanhe as medidas tomadas pelo governo e que se exija o cumprimento das obrigações por este adquiridas conforme o texto constitucional, vez que o sistema democrático determina, o poder emana do povo, logo para preservar a estrutura do Estado, é primordial o devido exercício das funções do poder executivo.

Ademais é claro uma inércia quanto aos devidos cuidados que deveriam ser prestados pelo líder do Estado, sua conduta se afasta do bem-estar coletivo e expõe um nítido interesse próprio que se sobressai mediante ao pânico coletivo que afetou não só física, mas economicamente e psicologicamente, deixando a população sufocar mediante a crise sanitária.

Tampouco delimita-se que o não cumprimento do dever primário do líder de Estado é sem sombra de dúvidas uma amostra da incompetência administrativa nacional, sua escusa da responsabilidade e nítida quanto ao próprio texto constitucional e aos próprios valores cumulados ao longo de anos de evolução legal (advindos dos próprios direitos sociais proferidos desde a revolução francesa).

No tocante a isto, dar-se como ineficiente a liderança do Presidente da república mediante o gravoso caso de crise sanitária no Brasil, pois não há o reconhecimento do devido zelo pelo direito a saúde e tampouco uma manifestação adequada perante um estado de calamidade que prejudicou o território nacional.

7 REFERÊNCIAS

ARISTOTELES. **Política**. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abril. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 11 ed. Malheiros, 2019.

G1. CPI da Covid: Governo Bolsonaro recusou 11 vezes ofertas para compras de vacina: Um dos objetivos da CPI é apontar no relatório final o número de vezes em que o governo disse não à única solução para prevenir a doença. **G1**, 2021. Disponível em:
<https://g1.globo.com/politica/blog/octavio-guedes/post/2021/04/27/cpi-da-covid-governo-bolsonaro-recusou-11-vezes-ofertas-para-compras-de-vacina.ghtml>. Acesso em: 22 abril. 2022.

LIPSON, Leslie. **Os grandes problemas da ciência política**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Edipro, 2018.

DA REDAÇÃO. Bolsonaro diz que máscaras são “ficção” e ataca medidas de proteção contra Covid. **ISTOÉ**, 2021. Disponível em: <https://istoe.com.br/bolsonaro-diz-que-mascaras-sao-ficcao-e-ataca-medidas-de-protecao-contracovid/>. Acesso em: 22 abril. 2022.

SOTERO, Ana Paula da Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire. Constituição e Restrição a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão. In: BAHIA, Saulo José Casali. **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavirus**: Segundo Volume, 2020.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, OS SENTIDOS DA CONFISSÃO E A POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA

KENNED ANDERSON MARQUES COELHO:

graduando em Direito pelo Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: O presente trabalho versa em divergentes perspectivas a lacuna acerca da efetividade do processo penal no acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, onde se faz necessário a urgente abordagem e estudo direcionado as divergências na abertura de vertentes quanto ao que se propõe o referido artigo aos olhares acadêmico e social, com a finalidade de uniformizar o pensamento jurídico do tema abordado. Embora se trata de um novo marco no ordenamento jurídico brasileiro, o acordo de não persecução penal surgiu sobre insurgentes dúvidas quanto ao tempo da propositura, a necessidade de confissão formal e circunstanciada por parte do imputado, a violação ao princípio da inocência diante da confissão, entre outros aspectos que chamam atenção e precisam ser abordados no meio acadêmico e jurisdicional. Para que possa ser objetivado o presente estudo, o trabalho trará uma visão quanto aos efeitos do presente acordo e da real importância do esclarecimento ao que se refere ao artigo 28-A do Código de Processo Penal. O mesmo, trata-se de pesquisa bibliográfica integrativa, de abordagem qualitativa. As informações serão analisadas qualitativamente, através da seleção de publicações com credibilidade. E por fim, concluiu-se que mesmo diante de posicionamentos diferentes, o instituto do ANPP chega para somar junto ao ordenamento jurídico, se tornando um dos principais meios utilizado para o desencarceramento e a crise no Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: ANPP. Direito. Princípio da Presunção de Inocência. Crise Carceraria.

ABSTRACT: The present work deals in divergent perspectives the gap about the evolution of the criminal procedure in the agreement of non-criminal prosecution, foreseen in the article 28-A of the Code of Criminal Procedure, where it is necessary the urgent approach and study directed to the divergences in the opening of strands as for what the referred article was proposed to the academic and social eyes, with the conception of standardizing the juridical thought of the theme it seemed. Although it is a new milestone in the Brazilian legal system, the non-criminal prosecution agreement arose over insurgent doubts regarding the time of the proposal, the need for a formal and detailed confession by the accused, the violation of the principle of innocence before confession, among other aspects that draw attention and need to be observed in the academic and jurisdictional environment. So that the present study can be objectified, the work expects a vision regarding the effects of the present agreement and the real importance of clarifying what refers to article 28-A of the Code of Criminal Procedure. The same, it is integrative bibliographical research, with a qualitative approach. The information will be qualitatively, through the selection of publications with confidence. And finally, it was concluded that even in the face of different positions, the ANPP institute arrives to add to the legal system, becoming one of the main means used for extrication and the crisis in the Judiciary.

KEYWORDS: ANPP. Rights. Principle of the Presumption of Innocence. prison crisis.

1. INTRODUÇÃO

O sistema da justiça criminal brasileira é cenário caótico, existe uma superlotação carcerária. Estamos falando de 668.135 pessoas presas, enquanto o sistema penitenciário nacional tem 455.113 vagas em presídios, conforme o levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, no ano de 2019. Permitindo que o Brasil mantenha o terceiro lugar ranque, como o país com maior população carcerária.

No Relatório Justiça em Números 2019, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresentado pelo então presidente do CNJ e presidente do Supremo Tribunal de Justiça (STF), Dias Toffoli, apontou a existência de 78,7 milhões de processos pendentes na Justiça brasileira, no ano de 2018 (CNJ, 2019). Os números foram positivos, em comparação ao ano anterior, quando se contabilizavam 79,6 milhões.

O relatório do Conselho Nacional de Justiça verificou 1,6 milhões de execuções pendentes, 63,9% desse número relacionadas às sanções com pena de prisão no ano de 2018.

Os dados apurados no CNJ demonstram o crescente aumento de processo que se acumula nas varas criminas, sem previsão de resolução, que esperam serem julgados e não temos vagas para alocá-los no sistema carcerário. A forma que o sistema judiciário penal se estabelece, contribui para o aumento de cárcere e prisioneiros. É preciso uma nova forma de pensar, que vise uma resolução econômica, veloz, coerente, e eficaz, que combata essa situação de acúmulo e sobrecarga da justiça criminal penal brasileira.

O modelo consensual é um meio muito eficiente para contribuir para a resolução de casos penais relativos a crimes de médio e pequeno potencial ofensivo, por intermédio da justiça negocial, entretanto desde a constituição 1988 esse método é ainda pouco utilizado no Brasil. Passou a ganhar mais visibilidade com os crimes de menor potencial ofensivo, como é o caso da Transação penal, prevista no art. 76 da Lei 9.099 de 1995, e no art. 89 da mesma lei, que prevê a Suspensão Condicional do Processo.

Dentro desses retrocessos no âmbito da persecução penal, existe uma necessidade de uma nova política prisional, de forma que, vise meios alternativos de solução de conflitos por entender que o modelo atual não acompanha o excessivo do número de demanda.

Em busca de resposta para as ocorrências penais de médio e pequeno potencial ofensivo, utilizando a justiça negocial, através da promulgação da Lei Anticrime n. 13.964 (BRASIL, 2019), assomou o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), incluindo no sistema de justiça, em fevereiro de 2020, o art. 28-A no Código de Processo Penal.

Acordo de não persecução penal (ANPP), uma alteração beneficente ao âmbito jurídico nas demandas processuais criminais podendo ser a peça chave para o desfecho processual. Um grande número de demandas judiciais no âmbito penal voltadas às investigações, o Acordo a Não Persecução Penal foi inserido ao ordenamento jurídico, oportunizando o beneficiário a cumprir com as condições expostas pelo Ministério Público e espera contribuir com as investigações. Nesse

viés, surge a presente problemática: Depois de preenchido os requisitos, o Ministério Público é obrigado a propor o ANPP?

A redação do caput artigo 28-A diz que, “o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, estabelece que a obrigatoriedade do ANPP seja um direito público subjetivo.

O Poder Judiciário não pode determinar que Ministério Público ofereça o acordo, visto que o mesmo não goza de competência para participar das negociações. Preenchidos os requisitos legais, pode o detentor direito público subjetivo exigir a realização do mandamento normativo, pois torna a propositura do ANPP em uma obrigação. Tendo em vista o cumprimento dos requisitos, conseqüentemente, o Ministério Público oferece o acordo, pois não existe argumento plausível para privar o favorecido de receber o acordo.

O Acordo de Não Persecução Penal apesar de ser uma inovação recente no âmbito jurídico tem obtido eficácia na resolução de conflitos na justiça criminal. Pois traz consigo o princípio da obrigatoriedade, como uma justiça ágil, e segurança jurídica aos bens jurídicos protegidos pelo estado. Detém efetividade, por se tratar de uma transação que possibilita o cabimento da pena alternativa. Embora seu ponto principal esteja em evitar o processo criminal, o qual levaria tempo para que pudesse ser solucionado.

O ANPP possui extrema relevante por sua forma de justiça negociada, possibilitando a negociação entre Ministério Público e investigado, cabendo ao juiz somente a homologação do presente acordo. O presente estudo visa explicar sobre esse tema que é bastante atual, buscando inteirar-se de suas condições e requisitos, para assim entender seu impacto no ordenamento jurídico.

Porém, o ANPP levantou muitas dúvidas e foi alvo de questionamento pela ADI nº 6304, que questionou a obrigação de que, se tenha a confissão do crime como requisito para a celebração do acordo, estaria assim, ferindo ao Princípio da Presunção de Inocência.

Por fim considera-se que sendo necessário um acordo de execução de confissão, uma questão intertemporal e sua aplicabilidade, a atuação da defesa relacionada ao instituto. Onde há possibilidade de celebração de acordos envolvendo crimes hediondos e desqualificação da proposta e absolvição da ANPP.

2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal foi inserido no Brasil através da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), onde mais a frente foi alterada pela Resolução 183/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Trata-se de um acordo não contencioso, onde o representante do Ministério Público ou a parte sob investigação podem oferecer um acordo, desde que a conduta criminal tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça, e a pena mínima for inferior a 04 anos. Assim, após negociação entre as partes, o acordo é encaminhado ao juiz para análise do cumprimento e das condições propostas.

2.1 Conceito de ANPP

Para Cunha, o instituto conceitua-se como:

Ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. (CUNHA, 2020 p.127).

Em resumo, o objetivo do acordo de não persecução penal é que as partes cheguem a um acordo para resolver o conflito sem a necessidade de proposição de ação penal.

O acordo, tem finalidade útil diante da demanda excessiva apresentado pelo sistema penal brasileiro, de forma que torna o instituto um modelo inteligente, célere e efetivo na amenização quanto a propositura de ação penal. Assim, os crimes menos ofensivos de pequena e média complexidade, podem na forma da lei chegar a uma resolução de conflitos através de um acordo.

Conforme preceitua Cabral:

No acordo de não persecução penal há um consenso, um acordo de vontades, em que o investigado voluntariamente concorda em prestar serviços à comunidade ou pagar prestação pecuniária (ou cumprir outros requisitos previsto na Lei), em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e de pugnar pela extinção da punibilidade, caso a avença seja integralmente cumprida. (CABRAL, 2020 p. 84).

O que pode observar é que o acordo, em tese, deveria acontecer um consenso, sendo necessário a vontade do investigado em celebrar tal acordo. Não obstante a existência do ônus de prestar serviço à comunidade poderá haver a prestação pecuniária paga pelo investigado.

2.2 Fundamentos do ANPP

O acordo de não persecução penal está positivado no caput do Art. 28-A do Código de Processo Penal, que dispõe sobre os pressupostos legais para o acordo.

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:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 2019, online).

O § 13 do art. 28-A estabelece que cumprido o acordo de não persecução penal, compete ao juízo a decretação da extinção de punibilidade. Pela lei, a fiscalização do cumprimento caberá ao juiz de execução penal e se o investigado não cumprir integralmente as condições acordadas, haverá rescisão do ANPP, cabendo ao Ministério Público ajuizar a ação penal.

Nota-se que a promoção da ação penal pública é de competência do Ministério Público, tornando legítimo para propor o acordo de não persecução penal. Além do aludido artigo, o Código Civil em seus artigos 3º e 28, reafirma a função do órgão ministerial como competente para diluir tais conflitos.

2.3 ANPP sobre insurgentes questionamentos

Como já citado, o Acordo de não Persecução Penal surgiu sobre insurgentes dúvidas e questionamentos. Os questionamentos abordados pelos grandes críticos e juristas do ramo do direito vão desde ao momento da propositura até o ferimento de princípios e garantias constitucionais.

Para Josita e Lopes (2020), as principais questões quanto ao tema são:

1ª) Cabe ANPP para processos em curso na data da entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, com denúncias já recebidas, mas sem sentença prolatada?
Sim. Ao criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal. Deve, pois, aplicar-se a todos os processos em curso, ainda não sentenciados até a entrada em vigor da lei.

2ª) Cabe ANPP aos processos de ação privada? Sim. Cabível o ANPP por ausência de vedação legal aos crimes de ação privada que tramitam na Justiça comum desafiando o rito especial (art. 519 a 523, CPP) ou que tramitam no JECRIM, mas o querelante não tem direito a transação, nem a sursis processual. Inclusive, pensamos que esse debate seguirá o mesmo rumo que no passado existiu em torno da transação penal.

Para a primeira audiência de tratativas perante o Ministério Público deverá também a vítima ser intimada para comparecimento, com vistas a exemplo do que ocorre na transação penal, participar da audiência e discutir as condições. Caso não compareça ou se negue a oferecer o acordo isso não impede o membro do Parquet o proponha, na qualidade de custos legis.

3ª) Quando a fração da causa de aumento ou de diminuição a incidir sobre o mínimo da pena em abstrato for variável, aplica-se a maior ou a menor fração para aferir se o agente faz jus ao ANPP? Deve-se levar em conta, na causa de aumento, a fração que menos aumentar a pena mínima e na causa de diminuição, a fração que mais diminuir. Por vezes o crime tem uma causa de aumento ou diminuição, a exemplo do crime tentado, que tem diminuição prevista no art. 14, II do CP. Nesse caso, como fazer para saber se a pena mínima ultrapassará ou não os 4 anos após a aplicação da causa de diminuição ou aumento?

O dispositivo legal que tratou do tema não especificou como deveria ser feita esse cálculo, limitando-se no § 1º do art. 28-A a dizer que “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto”. Deixa dúvida sobre que fração usar.

A doutrina diverge a respeito do tema. Cremos, entretanto, que deve-se ser levado em conta o direcionamento proposto pela Súmula 723 do STF que afirma:

“não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.

Tal direcionamento deverá ser levado em conta por analogia também ao instituto do ANPP. Desse modo, para se saber se o investigado tem direito ao ANPP quando o crime tiver causa de aumento ou de diminuição variável, leva-se em conta: na causa de aumento, a fração que menos aumentar a pena mínima e na causa de diminuição, a fração que mais diminuir.

O enunciado 29 do CNPG (Conselho Nacional de Procuradores Gerais) e GNCCRIM (Grupo nacional de coordenadores de centro de apoio criminal) dispõe que “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal”.

O STJ (HC 505.156) já decidiu que:

[...]

3. A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.095/1995, requer que a pena mínima cominada ao delito seja igual ou inferior a 1 ano. O delito de contrabando, previsto no art. 334-A do CP, prevê sanção que varia de 2 a 5 anos de reclusão. Em sua forma consumada, portanto, é inviável a concessão do benefício.

4. Entretanto, em se tratando de crime tentado, deve ser considerada a menor pena cominada em abstrato para o delito, reduzida pela fração máxima prevista no art. 14, II, do Código Penal, isto é, de 2/3, o que possibilita a suspensão condicional do processo, na medida em que a pena mínima em abstrato, com a redução pela tentativa, é inferior a 1 ano.

[...]

4º) Em caso de descumprimento do ANPP, a confissão feita pelo investigado poderá ser usada contra ele durante o curso do processo que a caso venha a surgir? Não. A confissão não poderá ser usada com prova contra o investigado no curso do processo.

A respeito do tema MAZLOUM afirma que “o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP. Ademais, a situação assemelha-se à delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador”.

Na mesma linha de raciocínio SANCHES aduz que “apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal”. (JOSITA E LOPES, 2020, online).

Como observado e bem explicado pelo Dr. Aury Lopes Jr. e pela Dra. Higyna Josita, muitas são as questões quanto ao Acordo de Não Persecução Penal, no entanto, essas são apenas algumas perguntas a serem esclarecidas na constância do referido acordo.

No Acordo de Não Persecução Penal vigente, o anuente é obrigado a confessar os fatos que não são defendidos no ordenamento jurídico. O princípio da presunção de inocência busca consagrar o direito ao silêncio, que é violado quando se exige confissão, uma vez que a Constituição Federal de 1988 é bem clara de que uma pessoa só pode ser considerada culpada após condenação, que deve ser estabelecida por um acusador afirmam que o exige prova de culpa para que o judiciário possa julgar.

O § 13 do art. 28-A estabelece que cumprido o acordo de não persecução penal está positivado no caput do Art. 28-A, que dispõe sobre os pressupostos legais para o acordo.

3. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência no processo penal, encontra-se no rol de direitos e garantias do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, no inciso LVII, que diz: “- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Assim, defendido pela Carta Magna, tal princípio garante que o réu seja considerado inocente, em todos os meios, para comprovação de sua inocência no curso do processo penal.

3.1 Conceito do Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência está expresso no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. A garantia constitucional está inteiramente ligada ao princípio do devido processo legal, tendo como principal fundamentação que o réu somente será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Além de vinculado ao princípio do devido processo legal, a presunção de inocência relacionasse ainda com o corolário in dubio pro reo, consistindo no privilégio do indiciado sempre que, não conseguindo o Estado angariar provas suficientes da materialidade e autoria do crime, o juiz deverá absolver o acusado.

No mais, o princípio foi tema abordado pela Conferência Americana de Direitos Humanos em 1969, com o intuito de assegurar o princípio ao devido processo legal, a qual, é um dos principais princípios atrelados ao mesmo. Como positivado pela referida convenção no Artigo 8, item 2., toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (ONU, 1969)

3.2 A confissão como hipótese da propositura ao acordo, viola o Princípio Da Inocência?

Além do elucidado item mencionado pela referida convenção, a mesma vai além e no seu item 3. aborda que, “a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”,

o que para alguns pensadores do mundo jurídico, faz com que se torne uma violação a necessidade de a confissão como hipótese da propositura ao acordo, acaba violando o princípio da inocência. (ONU, 1969)

Contudo, como mencionado acima, nem todos os pensadores jurídicos concordam com tais fundamentações, como é notório o pensamento de Souza e Dower (2020, p.176):

Trata-se de providência de viés unicamente processual, que busca assegurar que o acordo é celebrado com a pessoa cujas provas indicam ter sido a autora da infração penal. A confissão produz deste modo dois efeitos práticos: impede que um acordo de não persecução seja celebrado por pessoas cujas provas não indicam ou convirjam para sua participação no delito. Além disso, a confissão produz, no confitente, um novo *mindset* com efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração penal, sentimento apto a produzir uma mudança de atitude e comportamento que parte da ideia de que para corrigir um erro é necessário que o responsável o admita, o que aumenta seu senso de responsabilidade e comprometimento com o ato, atributos que reforçam a confiança no cumprimento integral do Acordo de não persecução.

Neste sentido, Moraes (2008, p. 456) elucida que:

(...) a concepção de presunção de inocência, sob a perspectiva constitucional de um âmbito de proteção amplo, compreende um significado de "norma de tratamento", relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados como "norma de juízo" e como "norma probatória", estes últimos mais ligados a matéria probatória.

Assim, para muitos a confissão formal e circunstanciada não é um requisito legítimo e relevante a propositura da ANPP, tendo em vista que para alguns trata-se de um requisito inconstitucional e inconveniente para a propositura do Acordo de Não Persecução Penal.

Desta forma, por se tratar de um pacto obrigacional celebrado entre o Ministério Público e o acusado, a propositura do referente acordo, em caso de recusa, por parte do Ministério Público, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal. (§ 14, Art.28-A, CPP)

4. RELEVÂNCIA DA PROPOSIÇÃO DO ANPP AO ORDENAMENTO BRASILEIRO, E A CRISE INSTAURADA PELA SUPERLOTAÇÃO E A COVID-19

Entre os entes estatais surgiu a necessidade da adequação ao cenário caótico que ora era enfrentado, surgindo a urgente necessidade de medidas de enfrentamento do mesmo. Dessa forma diante da necessidade de isolamento coletivo em massa, toque de recolher, exames para detecção do vírus, observa-se que os direitos e garantias fundamentais poderiam ir de encontro aos mesmos. Mas o ANPP não foi criado em virtude da crise instaurada pela Covid-19, como nos esclarece Cunha (2020) o ANPP foi criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, através da Resolução

181/2017, e alterada pela Resolução 183/2018, boa parte inserido novamente no art.28-A do Código de Processo Penal.

4.1 O ANPP e a Covid-19

O novo coronavírus surgiu em meado de 2020, o vírus era uma ameaça promissora a toda a espécie humana, onde pairava em todos sentimento de medo e limitações. A Organização Mundial de Saúde (OMS), diante da agressiva disseminação, declarou em março deste mesmo ano, a pandemia do COVID-19. Por se tratar de um vírus, com amplo contágio, e fragilizar o sistema respiratório, o nível de letalidade, apresenta-se maior em grupos de pessoas mais vulneráveis. (SOTERO, SOARES, 2020)

Os direitos fundamentais podem ser caracterizados como um instituto jurídico que nasce da evolução da sociedade humana, por meio de mudanças comportamentais, sociais e de ideais. Ultrapassada a Segunda Guerra Mundial a humanidade caminha para um novo regime constitucional, destacando características mais dinâmicas e asseguradoras de direitos, assim passando a “desmarginalização das minorias” e apontando para uma sociedade menos totalitária e tradicional.

Outro princípio correlato é o da prevalência do poder público, segundo o qual, diante de conflitos entre —o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum (MATOS e SOUZA, 2020, p. 12)

Ademais entende BONOTO (2020) que ao definir os direitos fundamentais, seu significado e o escopo do art. Artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988. Apresenta a validade dos próprios direitos fundamentais e distingue o significado de direitos fundamentais aplica-se imediatamente a todo tipo de direitos fundamentais. Em seu escopo e limites da proteção dos direitos fundamentais bem como as restrições aos direitos fundamentais, enfatizando a proteção em face do desempenho A reforma constitucional confere poderes e proíbe o retrocesso.

No entendimento de SCHIMITT (1996, p. 105):

“(...) os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política”.

À luz dos direitos fundamentais, existe uma lacuna entre os limites da atuação governamental e na implantação de medidas para enfrentamento do coronavírus; tangencialmente, quando os estados e os municípios executam competências: coercitivas (fechamento de estabelecimentos, empresas, detenção e etc.) e não administrativa (proteção aos direitos).

Paralelamente a conjuntura, autoridades políticas debatiam as medidas de controle, da disseminação do vírus, com medidas de controle de locomoção e liberdade; a implantação do isolamento social em detrimento da Pandemia trouxe conflitos de diversas esferas: Federal, Estadual e Municipal. (SOTERO, SOARES, 2020)

Face à Constituição Federal Brasileira de 1988, os direitos relacionados à não obrigação de fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei, liberdade de locomoção, ao direito de reunião, prática de exercícios e etc. Ademais, qualquer restrição e de qualquer que seja a natureza, ao direito fundamental do cidadão somente poder-se-á se consentida de povo (COSTA, 2020)

O investimento do Brasil em infraestrutura é muito menor do que o de países semelhantes no mundo, e nem chega para compensar a depreciação. Cada vez mais atenção deve ser dada à melhoria da qualidade e sustentabilidade da infraestrutura. Além de criar empregos, as ações nesta área também podem reduzir os riscos e ameaças associados a padrões mínimos de higiene e saúde em comunidades pobres. onde o saneamento básico ainda não é universal, é difícil exigir o isolamento social de um grande número de pessoas que não têm água encanada nem meios financeiros para comprar sabão e álcool gel. Casas perigosas precisam ser urbanizadas e moradores permanentes precisam emprego. Uma medida para enfrentar a crise é através do investimento feitos pelos bancos, para que possam aumentar o investimento em habitação para benefícios sociais, como bem entende COSTA (2020).

Ocorre, todavia, que a conjuntura desta crise sanitária do coronavírus não pode oportunizar a construção de uma narrativa segundo o qual os tempos atuais exigiriam a adoção de uma " Constituição de Emergência", através de uma " Jurisprudência de Crise", a justificar a suspensão ou a restrição desproporcional dos direitos individuais, bem como a normalização de abusos por parte das autoridades públicas, como se a Constituição Federal de 1988 tivesse cessado a sua vigência e eficácia (SOTERO, SOARES, 2020, p. 91)

Segundo Veloso (1989, p. 01) "*a jurisdição constitucional abrange o controle da constitucionalidade dos atos normativos e compreende também a jurisdição constitucional das liberdades*". Assim para o presente autor, quando tratamos da seara material do Direito Constitucional, temos que ter a diligência de que na Letra Maior de 1988, muito além de traçar limites, garantias e deveres para sociedade e Estado, visa também como forma de defesa cidadã as ações de controle de constitucionalidade. Estas baseadas em princípios como da Autotutela, Liberdade, Devido Processo Legal entre demais.

"Os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos é definido como conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalização, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Esta proteção deve ser reconhecida

pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva” (SILVA, 2006).

Examinando medidas de isolamento, há um comprometimento das liberdades fundamentais, mesmo que esta, seja justificada pela legítima proteção da vida e da saúde pública; esta desproporcionalidade e falta de razoabilidade dos direitos, outrora adquiridos, individuais, assim como, a padronização de recorrentes comportamentos abusivos, por parte dos governantes, demonstram a suspensão da Constituição Federal de 1988. Contudo, há evidentemente um risco e falta de harmonia das liberdades fundamentais, mesmo que prol de premissas de vida e saúde pública. (SOTERO, SOARES, 2020).

É importante lembrar que, a despeito de serem esses direitos e garantias os parâmetros essenciais da Constituição, não são eles absolutos, mesmo em situações de normalidade social. A própria Constituição admite que, em certos casos, a lei imponha algumas restrições fundadas na necessidade de atendimento aos interesses coletivos e ao interesse público, primário ou secundário. As restrições podem surgir por intermédio de lei, editada pelo legislador com base na existência de reserva legal explícita, ou “com base em uma lei”, nesse caso levadas a efeito por intérpretes do texto constitucional em sua função de perscrutar a essência dos mandamentos que compõem a linha dos direitos fundamentais (FILHO, 2020, p. 850)

Outro exemplo segundo Anhaia (2020) é que pode ser no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal estipula o direito à liberdade No entanto, a expressão do pensamento proíbe o anonimato. Mas mesmo sem a lei estipula expressamente que os direitos ainda podem ser restringidos basicamente, o que o judiciário fará ao analisar casos específicos envolvendo conflitos de direitos.

Assim, conota-se que o objeto não se fez pela necessidade, e sim a necessidade foi usada pelo objeto, de forma que o referido acordo foi bastante emblemático no sentido de ter conseguido em boa parte, através do desencarceramento de unidades prisionais e afins, singela contribuição no enfrentamento a pandemia enfrentada.

Para compreendermos melhor do que se trata é necessário consolidarmos dados, onde mostram que só em 2020 foram propostos 3.892 acordos de não persecução penal. (CONSULTOR JURÍDICO, 2020)

Por se tratar de um instituto recém introduzido, nota-se que sua eficácia em relação a propositura, mesmo diante de extrema críticas e questionamentos quanto ao mesmo, inclusive pela Associação dos Magistrados Brasileiros através da ADI 5790 e pela Ordem dos Advogados do Brasil na ADI 5793, o acordo é bastante promissor, podendo ter muito a se extrair, melhorar e se tornar corriqueiro no âmbito judicial com relação a viabilidade e necessidade de novos mecanismos de resolução de conflitos, para melhoria e funcionalidade do Poder Judiciário Brasileiro.

4.2 O ANPP como desencarceramento das unidades prisionais

Notadamente, o Brasil vem antecipando ações urgentes e inovadoras para a atuação estatal no enfrentamento do novo coronavírus; paralelamente, os decretos de isolamento, toque de recolher, exames obrigatórios e quarentenas, podem ir de encontro aos direitos e garantias fundamentais. Assim sendo, as discussões pelo viés dos limites impostos para a atuação do Estado no enfrentamento da pandemia, devem corroborar ao regime constituinte vigente e, dessa maneira, manter os direitos e deveres do Estado. (BERNARDO, LUBKE, 2020)

No ordenamento jurídico brasileiro, não é surpresa o fato de haver superlotação de processos nas varas criminais, de modo a ocorrer, inclusive, extinção de punibilidade de diversos crimes em virtude da prescrição. Tal situação remete a sociedade um sentimento de impunidade por parte do Judiciário, como se somente fosse dado importância há determinados crimes.

Para Matos e Souza (2020), quanto ao sistema de restrições aos direitos fundamentais, em função da situação do combate ao coronavírus, é lícito ressaltar que o Poder Constituinte Originário em seu art. 5º, II onde traz à baila que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" antes mesmo de tratar da maioria dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, já demonstra que estes, à depender da necessidade e do caso concreto, possam ser imposto ao cerceamento total ou parcial destes.

O instrumento de exceção reflete uma resposta do sistema jurídico que impede a própria constituição de ser isenta. Se a constituição supera o período de crise social sem ser abandonada ou violada, adota-se um mecanismo mais severo e excepcional para esse fim", isso prova sua estabilidade: conseguiu, e tem poder normativo suficiente para regular o direito.

ao defenderem a constitucionalidade do acordo de não-persecução penal, cuja finalidade é evitar a promoção da ação penal em busca de solução mais adequada e célere para o caso, tanto do ponto de vista do autor do crime quanto da vítima. Em suma, a maioria da doutrina reconhece que o acordo de não persecução penal está em consonância com uma concepção mais moderna e madura da própria função do processo penal, como uma política criminal, uma vez que a pena de há muito tempo não cumpre mais a função de ressocializar, se é que conseguiu pacificar os conflitos sociais em matéria penal com a devida eficácia. (VECCHI, 2020, p. 184)

Nesse sentido, Cabral argumenta ainda que: [...] é possível afirmar que a regulamentação do acordo, pelo art. 18 da Resolução n. 181/17 do CNMP, não envolve matéria de direito processual, vez que não há o exercício da pretensão punitiva por meio de denúncia, não há propriamente partes, não há exercício da função jurisdicional penal, nem se faz necessária a observância do contraditório e ampla defesa. Em suma: não há processo penal (CABRAL, 2018, p. 32).

E suas exceções no estado defensivo, configura para salvar ou restaurar rapidamente, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social estão ameaçadas Instabilidade ou desastre grave e iminente do sistema uma grande proporção na natureza, como assim entende Filho (2020). Questionar as medidas de isolamento para o enfrentamento do novo coronavírus, implementadas pelos governantes, no intento de prevenção a disseminação e contágio, é exequível, todavia, abre uma gama de construções que corroboram para uma – desproporcional – jurisprudência; uma vez que a Constituição Federal de 1988 não cessou, tão pouco, perdeu a sua eficácia e vigência.

Segundo entende Soares, Borri e Battini (2020), o ANNP é segue plenamente aos requisitos constitucionais, pois entende que efetivamente não inova em matéria de direito penal ou processual penal, mas apenas regulamenta um expediente de política criminal. Não há violação do princípio do processo penal obrigatório, pois não há uma cláusula na CF/88 expressa neste sentido ou mesmo qualquer regra que o mitigue é totalmente aceitável. Sendo de fato é que a realidade de ampliar o escopo do consenso da justiça criminal é um fenômeno mundial que já atingiu o Brasil e não pode ser ignorado.

Além disso, em 2014 o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem provou a legitimidade do acordo na área penal, defendendo a simplificação do processo penal. Embora existam posições opostas, o princípio constitucional da presunção de inocência onde garante a validade da resolução 181 até que o comitê indique ainda ocorre incompatibilidade física. Nesse sentido, embora o acordo ainda tenha incertezas, os procedimentos criminais devem ser reconhecidos como constitucionais, e precedentes e o papel dos profissionais jurídicos que desenvolvem diretrizes de implementação mais seguras.

5. CONCLUSÃO

Com a atual conjectura do sistema prisional e judiciário, faz-se necessário dá atenção política criminal que diminua o número de encarceramento de sujeitos considerado menos perigosos, buscando ressocializar sem a necessidade de remoção do meio social. E assim, aliviando as varas criminas do grande número de demanda e permitir que o judiciário direcione os esforços para casos de maior complexidade.

O Acordo De Não Persecução Penal se encha nessa forma, com ágil dissolução de conflitos de médio e pequeno porte, um meio eficaz para resolver e desatolar o sistema prisional das questões mais simples. É um meio econômico, fruto da sua forma consensual que acelera a marcha processual. Este acordo soma informações para evitar futuras contravenções penais, visto que a confissão traz informações que poderão ser utilizadas em investigação de casos semelhantes.

Entretanto, o ANPP não é utilizado com a frequência necessária para surtir efeitos, circunstância derivada da crise sanitária proveniente da pandemia do Covid-19, que impediu o chamamento do investigado e do seu defensor para apresentar-lhes as condições da negociação

A pandemia COVID-19 causou uma crise social, o que prova que razões para implementar medidas restritivas a fim de mudar parâmetros constitucionais usados em circunstâncias normais a medir. No entanto, eles só são legais se cumprirem as restrições materiais e de tempo. A constituição estipula o controle da legalidade dessas medidas é sempre permitido. Em relação a certas restrições subjetivas, controle frente a julgamentos de valor inevitáveis, pode se tornar mais flexível e variáveis Colaboradoras em situação de crise. Mas é verdade que, além dos limites, essas medidas eles podem ser configurados para abusar do poder. Portanto, um paralelo é necessário para aplicar o princípio da proporcionalidade em cada situação.

Portanto, não há dúvida de que o surgimento deste acordo é sobre uma grande inovação no ordenamento jurídico brasileiro, embora não quanto à previsão da terceira função de punição (ressocialização), quando concedida a o réu tem a oportunidade de escolher se deseja cumprir o acordo ou A acusação adequada por um crime tornará possível que ele tenha outra chance faça diferente.

Portanto, equilibrando os princípios do processo penal obrigatório e o princípio da velocidade do processo e da duração do processo razoável é claro Estes têm maior peso e efeitos mais positivos do que aqueles Crimes cometidos podem ser passados Condenação ou acordo de desempenho em casos criminais Ação Penal, caso atenda às exigências da ANPP, poderá ter novo Oportunidade de se livrar do crime e recomeçar a vida de maneira honesta e digna

E por fim, em situações de crise, os cidadãos são mais quando se preocupam com sua segurança, tendem a tolerar medidas autoritárias. Eles argumentaram que uma crise de segurança - digamos qualquer crise social - "é "Momentos perigosos da democracia", como um "líder com plenipotenciário 'Faça o que quiser' causará um grande dano ao sistema democrático. "

Por se tratar de uma negociação extralegal, ambas as partes têm obrigações de todas as partes, quando o autor cumprir parte de seu acordo, ele deve o Parquet também atende às suas necessidades. Além disso, é inegável que o sistema jurídico brasileiro tem em direção à justiça consensual, porque as pessoas pensam que está executando acordos em todas as áreas da lei trazem muitos benefícios, e, citando como principal dado, a velocidade de resolução de conflitos no ANPP para o ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, para tente resolver os casos de menor potencial ofensivo, e dispensa os trabalhos dos magistrados que poderiam na oportunidade está se debruçando nos casos mais graves aos qual o Judiciário deve dar grande importância.

Nas atuais circunstâncias, nota-se que a sociedade é cética em relação à proteção do Estado porque se o crime não for punido, mostra cumprir as duas funções da punição, a saber: prevenção e repressão. Importante complementar que é necessário que aquele indivíduo que ao cogitar a possibilidade de ingressar no mundo do crime, tenha em mente que ao descumprir a norma será devidamente punido com uma pena justa a fim de que ao voltar para a sociedade tenha consciência que a criminalidade não traz quaisquer benefícios.

6. REFERÊNCIAS

ANHAIA, Vinícius Bardemaker; SOARES, Nádia Pedrosa; TOLFO, Andreia Cadore. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES. Anais do Salão Internacional de Ensino, Pesquisa e Extensão,

v. 12, n. 2, 2020. Disponível em:
<https://periodicos.unipampa.edu.br/index.php/SIEPE/article/view/107491>. Acesso em: 26/10/2022.

BERNARDO, Leandro Ferreira, LUBKE, Mariane Yuri Shiohara, Capítulo 7 Limites à Atuação Estatal e a Garantia de Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia. 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/44439632/LIMITES_%C3%80_ATUA%C3%87%C3%83O_ESTATAL_E_A_GARANTIA_DE_DIREITOS_FUNDAMENTAIS_EM_TEMPOS_DE_PANDEMIA?sm=b. Acesso em: 10/08/2022.

BONOTTO, RAFAEL STEFANOW; OHLWEILER, Leonel Pires. Os limites às restrições aos direitos fundamentais. SEFIC 2020, 2021. Disponível em: <https://anais.unilasalle.edu.br/index.php/sefic2020/article/viewFile/2096/2157>. Acesso em: 25/10/2022.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. DF.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12/09/2022.

BRASIL. 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: 02/05/2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal: À luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

COSTA, Simone da Silva. Pandemia e desemprego no Brasil. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 969-978, Aug. 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000400969&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 20/10/2022.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodium, 2020. p.121 a 140.

DE MATOS, Gabriel Dayan Stevão; SOUZA, ELDEN BORGES. RESTRIÇÕES EXTRAORDINÁRIAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMBATE À PANDEMIA: O PARADIGMA DA LIBERDADE RELIGIOSA. Revista Brasileira de Direito e Religião (ReBraDiR), v. 2, n. 1, p. 9-28, 2021. Disponível em: <https://rebradir.anajure.org.br/index.php/rebradir/article/view/16>. Acesso em: 26/10/2022.

DOWER, Patrícia Eleutéria Campos; SOUZA, Renee do Ó. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó (orgs). Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2020.

JUSTIÇA CONSENSUAL, MPF já fechou mais de 5 mil acordos de não persecução penal. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/mpf-fechou-mil-acordos-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 22/10/2021.

MARZOQUE, Lauana Garcia. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL. 2020. Disponível em <http://189.3.77.149/handle/123456789/619>. Acessado em: 20/10/2021.

MORAES, Maurício Zanóide de. Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 2008. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

SCHIMITT, Carl. Teoria de la constitución. Madri: Alianza Editorial, 1996.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. Revista do Instituto de Ciências Penais. Volume, 2020. Disponível em: <http://www.icp.org.br/DocRicip/Breves%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20o%20Acordo%20de%20N%C3%A3o%20Persecu%C3%A7%C3%A3o%20Penal.pdf>. Acesso em: 22/10/2022.

SOTERO, Ana Paula da Silva, SOARES, Ricardo Maurício Freire. Constituição e Restrição a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do Lockdown no Estado do Maranhão. Disponível em: <https://colegiodepresidentes.org.br/wp-content/uploads/2020/08/livro-direitos-coronavirus-2.pdf#page=92>. Acesso em: 22/10/2022.

VECCHI, Luiz Fernando. IX. O acordo de não persecução penal e o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Revista de Estudos Jurídicos. 2020. Disponível em: <http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/112/113>. Acesso em: 14/09/2022.

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos; FEDERAL-PF, Procurador; VELOSO, MG Juliano Ribeiro Santos. O modelo constitucional brasileiro de gestão de resultados como mecanismo de freios e contrapesos para moderar o conflito entre os poderes em benefício do cidadão. 2018. Publicações da Escola da AGU, p. 39-54, 2018. Acessado em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Publ-Esc-AGU_v.10_n.04.pdf#page=39. Acesso em: 26/10/2022.

COVID-19: PANDEMIA E SEUS REFLEXOS NOS CONTRATOS DE TRABALHO INTRODUZIDOS PELAS MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 927/2020 E 936/2020

MARIA CAROLINE DE SOUSA VANDERLEIZ:

Advogada. Graduada pela Universidade Federal do Tocantins - UFT

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico se debruça ao estudo das Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020 como instrumentos utilizados pelo governo federal, no ápice da pandemia do COVID-19, para garantir emprego e renda, bem como manter os postos de trabalho. Ora o mundo se viu abalado pela acelerada propagação do novo corona vírus, causado pelo SARS-CoV-2, logo, em um curto intervalo de tempo se disseminou de maneira globalizada, obrigando os países a tomarem medidas de prevenção e meios de minimizar o contágio.

A Organização Mundial da Saúde – OMS declarou estado de pandemia em escala mundial e orientou como principal forma de prevenção o isolamento social. Dessa forma, por se tratar de um vírus influenza para o qual não tinha vacina ou medicação eficaz, não restava alternativa para conter a situação de calamidade senão seguir as orientações da OMS e das autoridades de saúde.

Assim, prefeitos e governadores editaram decretos locais que, determinavam o fechamento do comércio, não considerado essencial, para que diminuísse a circulação de pessoas de maneira eficaz, com o intuito de conter a disseminação da doença. Logo, o que setor mais afetado fora a economia, bem como, as empresas e, conseqüentemente, os postos de trabalho ameaçados.

Tem-se por objetivo geral analisar as MPs no que tange aos reflexos e interferências nas relações de trabalho bem como, verifica-las sob os aspectos de constitucionalidade e controle de convencionalidade. Os objetivos específicos são pautados em examinar a evolução histórica dos direitos trabalhistas, bem como a criação dos organismos internacional de proteção ao trabalhador e ponderar, minuciosamente, cada item previsto no texto das duas medidas provisórias e verificar a opinião doutrinária, a saber, as principais polêmicas em torno dos mesmos.

Nota-se, neste cenário, uma dicotomia de bens jurídicos a serem protegidos. De um lado, a saúde pública atrelada à vida e do outro, o giro econômico que é atrelado ao crescimento do país e a garantia de emprego e renda. Desse modo, as medidas tomadas se concentraram em garantir que o trabalho não fosse afetado de maneira a gerar o caos durante o período pandêmico que, por sua vez já é de calamidade pública.

No segundo capítulo será abordado o direito de sindicalização sob a ótica da Constituição Federal de 1988, da convenção nº 87 da OIT e as mudanças advindas com a lei nº 13.467/2017, a reforma trabalhista, no que tange ao princípio da unidade e da liberdade sindical.

Na vez seguinte, será exposto estudo metódico sobre as regras determinantes constantes na MP 927/2020 e 936/2020, bem como a opinião doutrinária sobre os dispositivos. Por derradeiro,

será verificado o controle de convencionalidade sobre as MPs no que diz respeito à proteção dos direitos trabalhistas que vigoram no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do conteúdo das medidas provisórias e sua aplicabilidade com o fito de manutenção de emprego e renda no período de calamidade.

O método utilizado no presente ensaio foi a base doutrinária formada por professores, magistrados, advogados e bacharéis em direito, notoriamente gabaritados a comentar a aplicação do direito material frente à situação de calamidade, bem como o entendimento da jurisprudência do STF no que diz respeito à análise de constitucionalidade das medidas provisórias e o controle de convencionalidade.

2. NORMAS CONSTITUCIONAIS E A LIBERDADE SINDICAL COLETIVA.

2.1. Contexto Histórico

No final do século XVIII surgiu no Continente Europeu um movimento que acendeu grandes mudanças sociais e econômicas, isso ocorreu a partir da substituição do modo de produção manufatureiro e artesanal, para ceder lugar às grandes indústrias mecanizadas. Esse fenômeno diz respeito ao período da Revolução Industrial, iniciado na Inglaterra, estendendo-se logo em seguida para outros países orientais e ocidentais (FILHO, 2001).

As relações de trabalho e emprego se consolidaram com o advento da 1ª Revolução Industrial, período em que há uma enorme ascensão das indústrias após a invenção da máquina a vapor, movimentando uma grande massa de pessoas que migravam da zona rural para os grandes centros urbanos em busca de novas oportunidades de trabalho.

Desse modo, há uma ruptura do trabalho manufaturado passando a ser substituído pelo industrial. Na visão de NAPOLEONI:

(...) a própria essência da tecnologia capitalista reside no fato de que é invertida a relação entre o trabalho e o instrumento; enquanto, inicialmente, o instrumento é precisamente instrumento em sentido próprio, agora é exatamente o contrário; é o trabalho que se torna instrumento e, portanto, o termo de mediação com o qual o sistema das máquinas – que agora não está mais na posição de instrumento – entra em contato com a coisa, com o objeto trabalhado, com o processo. (1981, p. 88)

Assim, foi um tempo bastante conturbado para o proletariado no que tange a proteção e garantias no ambiente de trabalho, o qual era considerado sub-humano, com jornadas que chegavam a 18 horas diárias. O trabalhador era visto como “objeto” que compunha o sistema industrial, apto a operar as máquinas e apenas isto.

O fenômeno da industrialização acarretou mudanças significativas nas relações sociais, principalmente, nas relações de trabalho. E conseqüentemente, a estrutura de trabalho existente até o momento não teve mais como prosperar no cotidiano dos grupos sociais da época.

Antes da revolução da indústria, o trabalho artesão predominava, ou seja, todo o trabalho era produzido manualmente e distribuído também dessa forma, sendo assim, o próprio artesão produzia e distribuía o produto ao consumidor. Com a Revolução Industrial, a figura do artesão perdeu espaço na sociedade, pois não dispunha de capacidade produtiva para competir com grandes produtores que predominavam na época.

Assim, os artesãos que tiveram seu espaço drasticamente reduzido no mercado de trabalho, representavam uma importante parcela da classe operária, compondo, elevada quantidade de mão de obra. Prejudicados pelo avanço da industrialização, esses artesãos passaram a ter as piores condições de vida possíveis, chegando a viver até em condições de miséria.

Um dos efeitos da industrialização foi a divisão da sociedade em duas classes: de um lado, os burgueses que eram detentores do capital, e do outro o proletariado, que vendia sua força de trabalho, o qual recebia baixos salários como pagamento.

Como consequência das dificuldades impostas pela industrialização, começaram a insurgir movimentos e formação de organizações sociais destinadas a reivindicar proteção nas relações laborais, como a definição da jornada de trabalho e a abolição da discriminação do trabalho feminino, desse modo, o povo clamava por proteção legislativa com o objetivo de romper e erradicar com as formas existentes nas relações de trabalho da época, a saber, eram precárias e desumanas, às quais se submetiam os trabalhadores.

Era bastante comum ocorrer acidentes de trabalho que invalidassem o operário, uma vez que as primeiras máquinas eram experimentais, logo o manuseio era arcaico e, conseqüentemente precário, ora não havia treinamento adequado para a segura operacionalização do equipamento.

A primeira legislação de cunho protecionista ao trabalhador foi proposta por Otto Von Bismarck na Alemanha em 1881, que previa proteção quanto aos acidentes de trabalho, pensões em caso de invalidez, até mesmo por velhice e, ainda previa a criação dos primeiros sindicatos.

Na vez seguinte, em 1917, a Constituição Mexicana se torna um exemplo de proteção às relações de trabalho, como por exemplo, a limitação da jornada de trabalho a 8 (oito) horas diárias, regulamentação do trabalho feminino e infantil, garantia ao direito de férias, entre outros. Mais tarde, outras Constituições também passaram a reconhecer tais direitos trabalhistas. (BAHIA, 2020)

Logo, era extremamente importante a existência de um organismo internacional com intuito de garantismo do bem estar dos trabalhadores. Para MAIOR:

No Tratado de Versalhes há um reconhecimento expresso de que o desprezo pelas condições de trabalho e de vida dos trabalhadores, advindas do modelo capitalista de produção, que se desenvolveu em nível mundial, foi uma das causas principais da deflagração. Prova contundente e insofismável disso são os termos do próprio Tratado e a preocupação expressa de encontrar uma solução para o problema a partir da criação de

instituições voltadas à formulação de direitos aos trabalhadores. (2011, p. 251)

Nota-se que a Organização Internacional do Trabalho – OIT, teve sua criação no marco histórico pós 1ª Guerra Mundial, especificamente em 1919. Em sua gênese, fora concebida como um órgão independente da Sociedade das Nações, logo sua criação antecede a própria Organização das Nações Unidas, criada no mesmo contexto pós-guerra.

Sobre a criação e estrutura da OIT, comenta FÉLIX:

A Organização Internacional do Trabalho - OIT foi fundada em 1919 no Tratado de Versalhes e, incorporada à ONU em 1946, é a única das agências do Sistema das Nações Unidas com uma estrutura tripartite, composta de representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores. É responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações). O Brasil participou como membro fundador da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião. Hoje a OIT conta com 185 países membros. A OIT é composta de 03 órgãos: a Conferência Internacional do Trabalho; o Conselho de Administração e a Repartição Internacional. (2020, online)

Haja vista o projeto de um organismo internacional com intuito de proteger as relações de trabalho já era cogitada antes mesmo do fim da 1ª Guerra. Todavia, em 1946, a OIT torna-se um órgão especial dentro da estrutura da ONU, tendo como objetivo primordial a proteção das relações de emprego num âmbito internacional, promovendo assim, a igualdade entre o homem e a mulher, bem como a dignidade como eixo fundamental a reger a relação jurídica de trabalho.

2.2. Normas Constitucionais – Constituição Federal de 1988.

Antes de adentrar ao assunto proposto no presente trabalho acadêmico, é importante norteá-lo com embasamento constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988, lei de maior hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser parâmetro para todas as leis e atos normativos infraconstitucionais. Logo os princípios constitucionais são normas que baseiam todos os ramos do Direito Brasileiro, pois devem obedecer ao regramento da nossa Carta Magna.

A existência de uma Constituição em um país é algo memorável, ora, mesmo que esta traga defeitos no bojo de seu texto, é melhor do que se não existisse. Assim, se evita o exercício do poder arbitrário que atenta contra as liberdades e os direitos fundamentais. Desse modo, ainda que esta Constituição não seja deveras adequada, mesmo assim é a gênese para a concepção de um Estado de Direito. (ATALBITA, 2001)

A Constituição Federal, em todos os seus princípios, garantias e direitos fundamentais se pauta a um propósito em especial, que é a garantia do Estado aos direitos de todos os brasileiros, haja vista que tem-se em um país democrático de direito, mas para que isso ocorra é necessário assegurar o respeito e moralidade a todos os brasileiros.

Segundo ARRUDA:

A Constituição não é apenas um limite negativo à atuação do Estado, mas um texto de encargos, o que obriga o Estado a dirigir suas atividades à prestação e empenho na satisfação das necessidades econômicas, culturais e sociais de seu povo, além de ser uma fonte de disciplina das relações entre seus cidadãos. (1999, p. 39)

Percebe-se que o Estado tem o dever de promover a satisfação das necessidades mínimas, com o intuito de garantia mínima existencial à qualidade de vida, bem como proteger e garantir direitos fundamentais. Assim, as relações de emprego devem ser protegidas, ora o direito ao trabalho é considerado direito fundamental expresso na CF/88 como direito social.

Desse modo, a tutela estatal existe para que todos tenham uma vida digna e respeitável pautada nos princípios básicos de dignidade humana. Embora seja um conceito de valor abstrato para concepção e definição, é considerada uma realidade existente na vida de todo ser humano, haja vista, quando há violação à dignidade, é possível visualizá-la notadamente. (SARLET, 2001)

Nesse sentido, se posiciona BAHIA:

As lições obtidas com a derrocada do fascismo motivaram inovações e releituras das normas constitucionais, inaugurando o direito constitucional contemporâneo. Diante do tratamento desumano vivenciado pelos regimes totalitários, o plano normativo consagrou a dignidade da pessoa humana como eixo central desta nova fase do Direito Constitucional. Essa construção teórica irradiou-se em outros grupos de direitos fundamentais, como os direitos à fraternidade, à democracia e à paz. (2020, p. 41)

Ainda pontua SARLET:

Quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna. (2001, p. 71)

É o mínimo necessário de respeito e dignidade no qual o indivíduo deve ser tratado em todos os aspectos inerentes à sua vida, no que tange ao direito ao trabalho. A dignidade da pessoa humana é um princípio abrangente e deve ser observado e abraçado em toda a prestação estatal nos mais diferentes aspectos que são garantidos pela carta magna.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, afirma MORAES:

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio

das concepções transpessoalistas de Estado e Noção, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (2020, p. 52)

O art. 6º da Constituição expressa que direito ao trabalho como direitos sociais, assim, a proteção ao trabalho é dever do Estado, uma vez que é garantidor e promotor dos direitos fundamentais de todos os brasileiros e dos estrangeiros que aqui residam, para que tenham acesso ao mínimo de qualidade digna de vida. Já o art. 7º, I, nos traz o princípio da proteção das relações de trabalho contra despedida arbitrária:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

A Constituição cidadã consagra a proteção às minorias e aos menos favorecidos, como direito fundamental, assim destaca-se a dignidade humana e a isonomia, ora, deve haver o mínimo de bem estar e vida com qualidade, bem como a garantia de igualdade real. Cabe ressaltar que, o rol destinado aos direitos sociais do trabalhador, expresso entre os artigos 7º a 11 da CF, é exemplificativo e, são direcionados pelo princípio da igualdade entre os trabalhadores urbanos e rurais.

Nota-se que as normas de proteção ao trabalho já estão positivadas há um lastro temporal considerável, assim, o texto constitucional, especialmente o art. 7º, se preocupa com a melhoria das condições sociais do trabalho, bem como, proteger as relações de emprego, minimizando, o possível, das situações impositivas e arbitrárias, ora, o trabalhador é considerado vulnerável.

2.3 A liberdade sindical e a Reforma Trabalhista

O princípio da unidade sindical, consagrado pela CF/88, traz em sua acepção uma série de discussões, uma vez que a doutrina majoritária entende que tal imposição é contrária ao Estado Democrático de Direito.

Os direitos sociais foram projetados em âmbito internacional, com a criação da OIT, que enaltece a liberdade de sindicalização e, realiza um trabalho de promoção de justiça social, ascensão de direitos trabalhistas e ampliação do tratamento mais humano no que tange às relações

de trabalho. Ora tais ações são promovidas por meio de projetos, a nível internacional, bem como incentivo aos países membros para que legissem a esse respeito. (FELIX, 2020)

A Organização Internacional do Trabalho – OIT defende o princípio da liberdade sindical, contudo a CF, em seu artigo 8º, II, se contrapõe a tal princípio restringindo o espaço geográfico para criação de sindicatos que defendem a mesma categoria:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo consagra o princípio unidade sindical, ou seja, o trabalhador não pode escolher livremente a qual sindicato se filiar, pois é vedada a criação de mais de um sindicato que represente o mesmo grupo de trabalhadores em um mesmo lugar. No entanto a CF também afirma que nenhum obreiro é obrigado a associar-se ou permanecer associado a nenhum sindicato, assim temos a liberdade sindical.

Logo, a lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, se mostrou contrária à unidade sindical, adotada pela CF/88, trazendo liberdade de sindicalização e o fim da contribuição sindical anual compulsória. Assim prevê o art. 579 da CLT:

O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão, ou inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. (BRASIL, 2017)

Como se nota, o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, o qual adota o princípio da norma mais benéfica em detrimento da maléfica, assim, no entendimento de PIOVESAN tal princípio de conceitua como:

Intepretação e aplicação da normatividade de direitos humanos, ficando afastados os princípios interpretativos tradicionais, como o princípio da norma posterior que revoga a anterior com ela incompatível, ou o princípio da norma especial que revoga a geral no que apresenta de especial. (2000, p. 26)

Trata-se da possibilidade da lei retroagir ou ultra-agir para aplicação daquela que for considerada mais benéfica ao caso concreto. Todavia percebemos que o princípio da unidade sindical contraria o disposto na Convenção nº 87 da OIT, que por sua vez defende a plena liberdade

sindical, contudo cabe ressaltar que tal norma internacional não fora ratificada pelo Brasil, logo não passou pelo crivo constitucional para alcançar o status de emenda constitucional.

A concepção de liberdade sindical fora abordada, pela primeira vez, pela Convenção nº 87 da OIT. Dando aos trabalhadores e empregadores a flexibilização e julgamento de conveniência, ao decidirem as instituições representativas de cada classe trabalhista, bem como federações e confederações, bem como a liberdade de associarem-se a tais instituições, eleição de seus representantes e elaboração de documentos, os regimentos internos. (FELIX, 2020)

Nesse sentido, ensina VALTICOS:

O primeiro aspecto destes princípios é o da liberdade individual, ou seja, do direito dos indivíduos – trabalhadores e empregadores, sem nenhuma classe de distinção – de constituir organizações de sua escolha e de filiar-se, com a única condição de ser conforme ao estatuto destas organizações. As únicas exceções autorizadas referem-se aos membros das forças armadas e da polícia. A consequência principal desta regra é que o Estado não possa impor a existência de uma única organização sindical. Cabe aos próprios trabalhadores escolher se, de fato, eles preferem a unidade ou o pluralismo sindical. O segundo aspecto da liberdade sindical é o da liberdade coletiva, ou seja, da autonomia interna, assim como externa, dos sindicatos, particularmente com relação ao Estado. Os sindicatos devem deste modo ter o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos, de escolher seus representantes e de organizar suas gestões e suas atividades; as autoridades devem abster-se de intervir. (1989, p. 64).

A reforma trabalhista por sua vez, advinda com a Lei 13.467/17, trouxe maior ênfase aos acordos individuais e coletivos colocando-os em posição de supremacia, contudo traz pontos em comum com as normas da OIT no que tange à liberdade sindical, todavia, a ratificação de tais normas e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro traria confronto ao princípio da unidade sindical que ora é defendido pela Constituição.

Nota-se que fora mais abrangente e profunda do que seu projeto, ora trouxe modificações na CLT acrescentando artigos e modificando redações. Contudo, pelas alterações trazidas em seu texto, alguns doutrinadores afirmam que a reforma não tem, em se bojo, princípios norteadores do direito do trabalho, em especial o princípio da proteção ao trabalhador, como parte hipossuficiente. Sobre este aspecto, pontuam DELGADO; NEVES DELGADO:

[...] também se apresenta como um processo de desarticulação do conjunto normativo de proteção aos direitos trabalhistas firmados na perspectiva do Sistema Internacional de Direitos Humanos, circunstância que possibilita a submissão da referida lei eventual juízo de constitucionalidade e também ao eventual juízo de convencionalidade – igualmente denominado de controle de convencionalidade. (2018, p. 72)

Para os autores, a reforma traz uma ideologia contrária à regulamentação trabalhista vigente no país, bem como é a concretização de projetos anteriores que tinham tal objetivo, ou seja, flexibilizar direitos por meio de negociações coletivas, logo é retrocesso.

Para a professora e juíza NAHAS:

Acho que a reforma trabalhista é necessária. Temos que parar de entender o direito do trabalho como o direito aplicável unicamente ao operário, às horas extras e às anotações em CTPS. O direito do trabalho está além disso. Não há Estado sem a regulamentação adequada do direito do trabalho, pois é a veia que pulsa a economia. Deveria ter uma abrangência muito maior, com a inclusão de várias relações jurídicas ainda não regulamentadas de forma adequada. Precisamos de uma reforma mais profunda e estrutural, não só do direito individual do trabalho, mas também do direito coletivo, sindical e processual. Todavia, não é a reforma do direito do trabalho que trará a solução para a crise econômica, mas sim uma reforma política, cultural, educativa e tributária no País. (2018, online)

Várias ações que objetivam a inconstitucionalidade das normas trazidas pela lei nº 13.467/2017 são objeto de apreciação no Supremo Tribunal Federal, bem como reclamações encaminhadas à OIT, sob o pretexto de transgressão às normas e convenções internacionais de proteção ao trabalhador.

Por derradeiro, o direito de sindicalização também foi acrescido na reforma trabalhista, em seus artigos 611-A e 611-B, os quais permitem as negociações coletivas se sobrepondo à legislação. Sobre tal aspecto afirma o Min. Augusto César Leite de Carvalho:

[...] as novidades trazidas com a Lei n. 13.467/2017, intitulada reforma trabalhista, desafiam a progressividade das normas regentes do Direito do Trabalho – consagrada no direito das gentes e no art. 7º, caput, da Constituição – quando invertem o sinal da negociação coletiva para incentivá-la como meio de retroceder na escala de proteção aos direitos sociais (a outro propósito não serve o novo art. 611-A da CLT (2018, p.30)

Os limites sobre as negociações coletivas no que tange à sobreposição ao legislado, assim dispostas nos artigos 611-A e 611-B da CLT, serão abordados adiante, em capítulo específico, sob os aspectos do controle de convencionalidade.

3. REGRAS ESPECIAIS DETERMINANTES E ANÁLISE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS 927/2020 E 936/2020.

O mundo, no final do ano de 2019, se viu ameaçado pelo surgimento do novo coronavírus, cientificamente denominado Sars-Cov-2, causador da doença Covid-19, a qual, rapidamente se espalhou pelo globo terrestre, chegando ao Brasil em meados de março de 2020.

Desse modo, as autoridades de saúde, em específico a Organização Mundial da Saúde – OMS vem alertando a população sobre as principais formas de prevenção e meios para evitar a disseminação do vírus, uma delas é o isolamento social. Tal meio de prevenção consiste em manter distância de pelo menos 1 (um) metro de distância entre as pessoas, pois assim se evita o contágio do vírus. No início do surto, governadores e prefeitos, por meio de decretos, determinaram regras para frear a circulação de pessoas, o lockdown tem por objetivo impedir o trânsito desnecessário de pessoa e, além disso, interromper completamente, por um curto período de tempo, qualquer atividade considerada não essencial e, assim, diminuir a possibilidade de propagação da doença.

Apesar do alto custo econômico, a medida é considerada eficaz, pois auxilia na redução da curva de crescimento de novos casos e aumenta o tempo de reorganização do sistema de saúde local, uma vez que evita a aceleração descontrolada de infecções e óbitos.

A partir daí instaurou-se verdadeira situação de calamidade pública, não apenas com a preocupação quanto à saúde e o possível colapso do Sistema Único de Saúde - SUS, mas também com as dificuldades que esta pandemia poderia e ainda pode significar para o mundo do trabalho, razão pela qual se fez necessário, em caráter de urgência, a revisão das regras trabalhistas tão recentemente modificadas. Sob este enfoque, MARTINEZ; POSSÍDIO assinalam que:

as regras celetistas serão insuficientes para resolver os dilemas que surgirão em razão da nova ordem instalada. O contexto é diferente de tudo o que se concebeu para a edição daquelas regras. O momento atual assemelha-se a um dos filmes de ficção científica norte-americanos, aos quais se assiste com incredulidade e até certa admiração com a capacidade inventiva de seus criadores. Os dispositivos celetistas servirão, por óbvio, para esse primeiro momento de caos e mesmo assim, com suas regras afrouxadas, capazes, dessa forma, de serem lançadas sobre os fatos sociais com adequação e razoabilidade, como compete aos operadores do direito fazer, como intérpretes das normas que são, somente a partir do que se terá a efetiva subsunção do fato à regra. (2020, p. 25)

Com isso, fez-se imprescindível a criação de diferentes medidas de urgência para enfrentamento do problema e para adequação à nova rotina de isolamento e quarentena recomendada pela OMS, dentre as quais se destacaram a Medida Provisória nº 927/2020, publicada em 22/03/2020 e a Medida Provisória nº 936/2020, publicada em 01/04/2020 que estabeleceram medidas trabalhistas que poderiam ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda.

Assim pontuam FILHO; FERNANDES:

Ao longo do período de desenvolvimento de estratégias de enfrentamento da emergência de saúde pública, o Direito do Trabalho tem sido, sem dúvidas, uma das áreas mais dramaticamente afetadas em dezenas de países. Diante da profusão legislativa observada entre os meses de março e abril de 2020, este trabalho destina-se a apresentar ao público um

panorama geral das alterações concernentes à seara juslaboralista no Brasil. (2020, online)

Ante a situação de pandemia e crise na saúde pública que o mundo vem enfrentando, o governo brasileiro se posicionou ao seu enfrentamento, todavia com ênfase e preocupação quanto ao setor da economia, ora houve medidas de isolamento social, assim, tal setor seria afetado diretamente.

Os olhares se voltavam para a questão da saúde pública, todavia, quando o Brasil, como os demais países do mundo, se viu completamente despreparado para uma situação catastrófica como esta, era necessária uma análise minuciosa do cenário nacional. Ora, por um lado a pandemia, mas por outro, a garantia dos postos de trabalho e, o giro econômico comprometido.

Acerca da crise, pontuam MARTINEZ; POSSÍDIO:

Os cidadãos começam a sentir os efeitos deletérios do Corona vírus na economia e no mercado de trabalho. O isolamento social, como medida necessária à contenção desse contagioso vírus, apesar de imperioso, produz consequências danosas e de grandes proporções, já sendo possível identificar no Brasil as primeiras manifestações dessa desordem social. Estabelecimentos comerciais começam a fechar suas portas por determinação de autoridades públicas e, com isso, têm o seu faturamento diretamente atingido (2020: pág. 12).

Nota-se que a preocupação para com a manutenção das relações de emprego e dos postos de trabalho é válida. Uma vez que, se os esforços se concentrassem integralmente no combate ao vírus e os outros problemas fossem negligenciados, haveria um efeito negativo e devastador no futuro.

Dessa forma, as primeiras medidas adotadas pelo governo federal foram sim, voltadas ao combate e enfrentamento para minimizar a propagação do vírus. Todavia, após os decretos de isolamento social, fechamento dos serviços não essenciais, entre outros, sobreveio a edição das medidas provisórias nº 927/2020 e 936/2020, destinadas à flexibilização das leis trabalhistas, todavia com o objetivo veemente de garantir os postos de emprego e, também trazer meios necessários à sobrevivência das empresas ante a situação de crise generalizada. (BARROS; BRANDÃO, 2020)

3.1. MP 927/2020

Tal ato do Poder Executivo Federal foi editado no dia 22 de março de 2020 e, teve validade de 120 dias para apreciação do Congresso. Todavia, após o decurso desse prazo todas as disposições nela contidas perderam eficácia, pois não fora convertida em lei.

A MP 927/2020 autorizou os empregadores a adotar medidas para amenizar os efeitos negativos advindos do estado de calamidade pública nos postos de trabalho. Em outras palavras, foi editada para garantir emprego e a renda e para que as empresas pudessem lidar com o período de crise sem demitir o quadro de funcionários se utilizando de alternativas à legislação trabalhista.

A presente MP previa a migração para o trabalho a distância, antecipação de férias individuais, concessão de férias coletivas, suspensão de férias de profissionais da saúde e serviços essenciais, aproveitamento e antecipação de feriados, adiamento do recolhimento de FGTS, suspensão de exigências em segurança e saúde no trabalho e regime especial de compensação de horas.

Nesse sentido, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, pontuaram que:

Na hipótese sob exame, o afastamento dos sindicatos de negociações, entre empregadores e empregados, com o potencial de causar sensíveis prejuízos a estes últimos, contraria a própria lógica subjacente ao Direito do Trabalho, que parte da premissa da desigualdade estrutural entre os dois polos da relação laboral. (STF, 2020)

Cabe observar que a doutrina acerca desse entendimento, além do parecer da Organização Internacional do Trabalho em relação à violação de suas Convenções nº 98 e nº 154, a qual segue exposto:

Convenção nº 98 versa sobre o direito à sindicalização e de negociação coletiva e foi ratificada pelo governo brasileiro em 1952, sendo promulgada e passando a ter validade em 1953; Convenção nº 154 a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de alcançar um ou todos os seguintes objetivos: fixar as condições de trabalho e emprego; regular as relações entre empregadores e trabalhadores; regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores. (BRASIL, 1953)

Todavia, os dispositivos da MP nº 927/2020 não estavam em conformidade com a Constituição, em seus artigos 7º, caput, incisos VI e XXVI e art. 8, VI, uma vez que o art. 2º da referida Medida Provisória, promove a inversão das fontes normativas do Direito do Trabalho, com a supremacia do acordo individual de trabalho entre empregado e empregador sobre a negociação coletiva, prejudicando não apenas os seus preceitos fundamentais de cunho eminentemente social, mas também instrumentos normativos internacionais que o Brasil é signatário, tendo tais normas também status constitucional, sendo as Convenções Internacionais nº 98, 151 e 154, da OIT, ratificadas pelo Brasil, em exame de convencionalidade.

3.1.1. Teletrabalho

A OIT traz um conceito simplificado de teletrabalho:

forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação. (OIT, 2012)⁹²

Então, é um método que permite com que a produção seja eficaz e, ainda diminui a disseminação da Covid 19, uma vez que traz flexibilidade na prestação do trabalho, podendo ser realizado de maneira remota e, evitando a aglomeração que por sua vez é o principal fator que contribui para a transmissão viral.

Segundo (PINEL, 1998) o instituto do teletrabalho é diferente do home Office, embora sejam semelhantes no contexto, o home Office é o trabalho remoto de forma predominante e não esporádica. Logo o teletrabalho, durante a pandemia poderia ocorrer em alguns dias da semana, em forma de rodízio para reduzir o número de funcionários no prédio da empresa.

Com o advento da reforma trabalhista, a CLT, ocorrida em 2017, agora disciplina o teletrabalho em um capítulo inteiro, compreendido entre os artigos 75- A a 75-E, e assim conceitua o instituto:

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo. Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. (BRASIL, 2017).

É importante ressaltar que a MP 927/2020 dispunha em seu artigo 4º, caput:

Art. 4º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho. (BRASIL, 2020)

⁹² Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.teletrabalhador.com/conceituacao.html>> Acesso em 30.03.2021.

Assim, não seria necessária a anuência do trabalhador nem tampouco acordo individual ou coletivo, logo se o empregador assim o quiser, será adotada esta modalidade para desenvolvimento das atividades laborais. Seria exigida apenas a comunicação ao trabalhador, por escrito, no prazo mínimo de antecedência de 48 horas.

Sobre a aquisição dos equipamentos para o desempenho das atividades, assim dispõe o artigo 4º, §3º e §4º da MP 927/20:

§ 3º As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho. § 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância: I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou II - na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador. (BRASIL, 2020)

Para a aquisição da infraestrutura, dos equipamentos de trabalho, ou até mesmo sua manutenção, considerada necessária ao teletrabalho, deveria constar na alteração contratual no prazo de até 30 dias posteriores à alteração da nova modalidade e, caso houvesse pagamento de algum equipamento ou estrutura por parte do trabalhador, o valor deveria ser reembolsado pelo empregador.

Caso o empregado não possuísse os equipamentos necessários, na forma do §4º, o empregador poderia fornecê-los em comodato para que este desempenhasse suas atividades e, tal fornecimento não seria considerado como quaisquer verbas para fins ou natureza salarial. Caso não fosse possível o comodato dos equipamentos ou da estrutura de trabalho, o período acertado contratualmente para a jornada seria computado como sendo tempo à disposição do empregador.

Outra inovação foi a autorização de trabalho à distância para estagiários e aprendizes, vedado pela Lei 11.788/08, já que necessária a supervisão, houve a flexibilização para permitir que também os estagiários e aprendizes pudessem trabalhar à distância, devendo ser supervisionados também à distância. (MARTINEZ; POSSÍDIO, 2020)

Há ressalva expressa na MP 927/2020 para que não se apliquem as regulamentações sobre teleatendimento e telemarketing ao teletrabalho, em razão das particularidades em relação àqueles, sobretudo jornada de trabalho diferenciada. (GANASSOLI, 2021)

3.1.2. Adiantamento de Férias Individuais

No que tange à concessão das férias individuais o empregador deveria informar ao empregado sobre a antecipação de suas férias com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico, com a indicação do período a ser gozado pelo empregado, flexibilizando os requisitos do artigo 135 da CLT. As férias, no entanto, não poderiam ser concedidas em períodos inferiores a cinco dias corridos e poderiam ser concedidas pelo empregador ainda que o período aquisitivo não tenha transcorrido completamente. (DINIZ, 2020)

Conforme previa o art. 6º da MP:

Art. 6º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador informará ao empregado sobre a antecipação de suas férias com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico, com a indicação do período a ser gozado pelo empregado.

§ 1º As férias - não poderão ser gozadas em períodos inferiores a cinco dias corridos; e II - poderão ser concedidas por ato do empregador, ainda que o período aquisitivo a elas relativo não tenha transcorrido.

§ 2º Adicionalmente, empregado e empregador poderão negociar a antecipação de períodos futuros de férias, mediante acordo individual escrito.

O §3º do artigo 6º determina que o empregador dê prioridade de férias aos trabalhadores que estão no grupo de risco do corona vírus (idosos e pessoas com doenças crônicas, pessoais com imunidade baixa).

Estabelece o §4º do mesmo artigo que durante o estado de calamidade pública o empregador poderá suspender as férias ou licenças não remuneradas dos profissionais da área da saúde ou aqueles que desempenham funções essenciais, mediante comunicado formal a ser entregue ao trabalhador com antecedência de 48 horas, por escrito ou por meio eletrônico.

Acerca do pagamento das férias pode ser feito a critério do empregador até o 5º dia útil do mês subsequente ao início do gozo das férias, ou seja, data já legalmente estabelecida para recebimento do salário, não havendo qualquer ônus antecipado à empresa que conceder férias individuais. (LOURENCINI, 2020)

Além disso, o terço constitucional de férias pode ser pago pelo empregador, a seu critério, no momento do pagamento da remuneração relativa às férias ou até a data que é devida a gratificação natalina (art. 1º da Lei nº 4.749/65), ou seja, até 20 de dezembro.

É importante frisar que cabe ao empregador decidir se antecipa ou não férias do empregado, portanto, se assim decidir o empregador, resta ao empregado acatar a decisão. (DINIZ, 2020)

3.1.3. Concessão de Férias Coletivas

Em relação às férias coletivas a MP 927/2020 flexibilizou o prazo de comunicação, para 48 horas de antecedência que antes era de 15 dias, o limite de períodos anuais e a duração mínima desses períodos, que na CLT (art. 139) são apenas 2 períodos anuais de no mínimo 10 dias. A MP dispensou também a comunicação prévia ao órgão do Ministério da Economia e aos sindicatos. (LOURENCINI, 2020)

Não há, portanto, alteração em relação ao pagamento do terço constitucional e da respectiva remuneração de férias, mantendo-se os demais termos conforme artigo 135 da CLT.

Conceder férias coletivas ou individuais, a depender do tamanho da empresa, nesse período de crise, no qual os governos estaduais e municipais, por meio de decretos, determinam o fechamento do comércio não essencial, vem a ser uma válvula de escape para que as empresas cumpram os decretos e, ao mesmo tempo evitem demissões em massa. Tal medida beneficia também os serviços que permanecem em funcionamento, pois os decretos determinam a redução ou rodízio do número de funcionários para que possa haver o distanciamento social, logo, a concessão de férias traz esta possibilidade. (GANASSOLI, 2021).

Tal medida, fora motivo de debate, uma vez que as férias são concedidas ao trabalhador para que este possa, nelas, descansar e gozá-las como bem entender. Haja vista a intenção da CLT, para que este seja avisado sobre a concessão, com antecedência é, justamente para que possa programá-las, bem como lhe é assegurado o pagamento acrescido a um terço. (SARAIVA; TONASSI; LINHARES, 2020)

Contudo, verifica-se excepcionalidade no que tange à concessão das férias no período da pandemia, em relação ao disposto na CLT. Podendo assim, concedê-las aos trabalhadores que já tinham o período aquisitivo tanto quanto aos que ainda não faziam jus. Logo, o período das férias, embora já programadas, deixa o trabalhador confinado em isolamento social, não podendo delas desfrutar conforme seu objetivo, ou até mesmo, em virtude da situação de crise, adiá-las. (FILHO; FERNANDES, 2020)

3.1.4. Antecipação dos feriados

A antecipação dos feriados não religiosos tanto federais, estaduais, municipais e distritais, se tornou uma alternativa para manutenção dos empregos e empresas nesse período de calamidade devendo o empregador notificar por escrito ou por meio eletrônico os empregados, com quarenta e oito horas de antecedência, indicando os feriados que estão sendo antecipados. (LOURENCINI, 2020)

Tal medida tem que ser autorizada pelo empregado por meio de acordo individual escrito com o empregador, caso concorde com a antecipação. Há também autorização do artigo 13, §1º da MP nº 927/2020 para que os feriados não religiosos possam ser utilizados para compensação de saldo em banco de horas.

Todavia, antecipar o feriado religioso, traz limitação ao trabalhador no que tange ao exercício de prática religiosa aos seus adeptos. Ora, em respeito ao direito fundamental que

assegura a liberdade religiosa, a antecipação somente pode ocorrer com a anuência escrita do trabalhador. (FILHO; FERNANDES, 2020)

Por outro lado, antecipar feriados se torna uma medida deveras eficaz no que tange o combate à disseminação do vírus, permitindo aos trabalhadores que fiquem em casa e flexibilizando às empresas a rotatividade dos funcionários mantendo assim a obediência aos decretos dos entes federativos. (FLÁVIO; CALCINE, 2020)

3.1.5. Banco de Horas

A MP 927/2020 determinou a criação de banco de horas exclusivo para o período de calamidade onde o prazo para compensação das horas constantes de banco de horas será de até 18 meses, contados do encerramento do estado de calamidade pública (31/12/2020), prazo este que antes era de até 6 meses para acordos individuais e até 1 ano se fosse por força de acordo ou convenção coletiva (art. 59, §2º e §5º da CLT). (LOURENCINI, 2020).

Sobre o assunto FILHO; FERNANDES explanam:

Outra providência passível de adoção é o recurso a uma modalidade especial de banco de horas. Este peculiar regime admite a compensação de horas de trabalho no prazo de até dezoito meses, contados da data de encerramento do estado de calamidade pública (cuja duração foi estabelecida até 31/12/2020 pelo Decreto Legislativo n.º 06/20) (2020, online)

A compensação das horas deve ser feita por prorrogação de até 2 horas na jornada, não podendo a jornada exceder dez horas diárias. A compensação pode ser determinada pelo empregador independente de autorização em convenção coletiva ou acordo individual ou coletivo de trabalho.

3.1.6 Suspensão das exigências administrativas em segurança e saúde do trabalho

No referido ponto houve flexibilização da realização de exames médicos ocupacionais, clínicos e exames complementares, com exceção do exame demissional, que devem ser realizados em até 60 dias após o fim da calamidade. Foram flexibilizados ainda, os treinamentos periódicos dos empregados, por ocasião das normas regulamentadoras, que podem ser realizados em até 90 dias do encerramento do estado de calamidade, podendo ainda ser feitos por ensino à distância. (LOURENCINI, 2020).

Nesse sentido:

Ademais, fica suspensa as exigências em segurança como treinamentos periódicos e eventuais dos atuais empregados, que serão realizados no

prazo de 90 dias do encerramento da calamidade pública, ou então podem ser feitos na forma de ensino a distância, por supervisão do empregador para garantir que tais atividades sejam executas de forma segura.

Além do mais, as comissões internas de prevenção de infortúnios poderão ser mantidas até o fim da calamidade e os processos eleitorais em curso poderão ser suspensos. (GANASSOLI, 2020, online)

Tal flexibilização trazida pela medida provisória se direciona às exigências de segurança que são consideradas de rotina e, que não colocariam em risco a saúde e segurança do trabalhador, pois a preocupação com o bem estar e saúde são indispensáveis, principalmente em um momento de crise na saúde pública. (CANDIDO, 2020).

Além do que, alguns treinamentos, por sua natureza, poderão ocorrer de forma remota, sendo supervisionados pelo empregador, logo o objetivo é que se resguarde a segurança do trabalhador, todavia com o intento de evitar a aglomeração e contágio.

3.1.7. Suspensão do contrato de trabalho e salário do empregado.

O ponto mais polêmico da MP 927/2020 residiu em seu artigo 18, onde previa a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho, por meio de acordo individual pelo prazo de até 120 (cento e vinte) dias, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional não presencial oferecido pelo empregador, sendo facultativa a concessão ao trabalhador, pelo empregador, de ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial. (LOURENCINI, 2020)

O art. 18 da MP 927/2020 trouxe tamanha afronta aos direitos trabalhistas que fora revogado no dia seguinte a sua publicação, pela MP 928/2020. Ora permitia que o trabalhador fosse aproveitado em qualificação profissional sem percepção de salário por um período de até 4 (quatro) meses. Isso faria com que o mesmo fosse exposto a uma terrível miserabilidade. (FILHO; FERNANDES, 2020)

Acerca do referido dispositivo pontua GANASSOLI:

[...] a MP 927/2020 em seu art. 18, prevê a suspensão do contrato de trabalho por até 4 meses, mediante negociação individual, deixando muitos trabalhadores preocupados em relação ao seu salário.

A proposta seria conceder um curso de qualificação que diante do cenário atual, podem não ser prestados e apenas dar a possibilidade de uma ajuda de custo, a qual não está vinculada com o salário mínimo. Acerca disso, a MP 928/2020 revogou o art. 18 da MP 927/2020. (2020, online)

Dessa forma, o empregado poderia permanecer por até quatro meses sem o recebimento de salário, o que, por evidente, gerou uma enorme repercussão social e levou à revogação desse dispositivo por nova Medida Provisória de n. 928, de 23 de março de 2020 (artigo 2º). Já que o

salário está nitidamente atrelado à ideia de alimentos e subsistência, ou seja, o labor sem a contraprestação salarial gera a escravidão violando os mais basilares direitos humanos.

3.1.8. Acidente de trabalho

O artigo 29 da MP 927/2020 traz que os casos de contaminação pelo corona vírus não serão considerados ocupacionais, exceto se comprovado o nexo causal. Ao assim proceder, não há presunção de que a contaminação é equiparada a acidente de trabalho, pelo fato de que o vírus se dissemina exponencialmente e o risco de contágio é potencialmente alto. (LOURENCINI, 2020)

Assim, dispunha o art. 29:

Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (**covid-19**) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal. (BRASIL, 2020).

É deveras um ponto positivo destacado na medida provisória, uma vez que o intuito é a proteção ao trabalhador. Ora, caso seja confirmado que contraiu o vírus enquanto laborava, a doença será considerada como acidente de trabalho. Logo, temos esse caráter protetivo explícito na referida medida provisória. (FILHO; FERNANDES, 2020)

Assim sendo, se comprovado o nexo entre a doença e o trabalho, é possível a caracterização como acidente de trabalho e todos seus efeitos (percebimento de benefício acidentário, estabilidade de emprego, recolhimento do FGTS do período de afastamento e dano moral e material, se for o caso).

Logo, caso verificado que o trabalhador adquiriu a doença em decorrência e, em estrita motivação pela sua atividade laborativa, fará jus aos benefícios assegurados ao empregado vítima de acidente de trabalho, sendo assim, caso afastado por tempo superior a 15 dias, receberá do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, benefício de auxílio doença por acidente de trabalho, que por sua vez isenta o empregado da carência de 12 contribuições, como é o caso de um auxílio doença comum. (LOURENCINI, 2020).

Todavia, não é regra que o contágio por COVID 19 é considerado como acidente de trabalho. Nesse sentido:

Importa salientar que a COVID -19, infecção viral ocasionada através de contágio do corona vírus, não é considerado como doença/acidente do trabalho. Existem exceções, em casos comprovados diante de má conduta por parte da organização empresarial, as quais colaboraram de fato com o contágio, há necessidade de nexo de causa (que é muito difícil). (CANDIDO, 2020, online)

Percebe-se que, o trabalhador, como parte hipossuficiente na relação de trabalho, fica adstrito a um ônus probante abstruso, para que possa-se configurar o contágio como acidente

ocupacional. Conforme a autora é bastante difícil provar onexo causal entre a contaminação e o ambiente de trabalho. Logo, divergindo de outros posicionamentos doutrinários, não é um ponto que protege o trabalhador.

Comprovarnexo de causalidade entre a contaminação pelo corona vírus e o ambiente em que se exerce a atividade para que se tenha direito ao auxílio doença por acidente de trabalho é, deveras uma missão extremamente difícil ao trabalhador. Pois este terá que arguir e juntar provas da má organização da empresa, desleixo e descaso na condução de sua atividade durante a pandemia, e, ainda convencer de que tal omissão é motivo do contágio. Logo, quase impossível. (CANDIDO, 2020)

Vale ressaltar que a MP nº 927/2020 perdeu sua eficácia, por não ter sido convertida em lei. Logo, suas regras tiveram validade jurídica entre 22/03/2020 a 19/07/2020. Respeitando ainda, o prazo estipulado na própria MP para a calamidade pública, até 31/12/2020.

3.2 MP 936/2020

Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020, que entre outras providências, institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública.

Em 06 de julho, o presidente transformou a MP 936 na Lei nº 14.020/2020, que autoriza a redução de jornada e de salários e a suspensão dos contratos enquanto durar o estado de calamidade pública decretado até 31 de dezembro de 2020 em razão da pandemia.

Dentre as principais ações da MP nº 936/2020 estão o benefício emergencial de preservação do emprego e da renda, a redução proporcional de jornada de trabalho e salário de até 70%, por até 90 dias (art. 7º), e a suspensão contratual, por até 60 dias (art. 8º). (NUNES, 2020)

Em 13 de julho, por meio do Decreto nº 10.422/2020, prorroga os prazos para celebrar os acordos de redução proporcional de trabalho e pra efetuar o pagamento dos benefícios emergenciais de que trata a Lei nº 14.020/2020, citada acima.

O Decreto nº 10.470, publicado no DOU do dia 24 de agosto de 2020 prorroga mais uma vez os prazos para celebrar acordos de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, bem como de suspensão temporária de contrato de trabalho e para efetuar o pagamento dos benefícios emergenciais da Lei 10.020/2020.

Contudo, no dia 13 de outubro de 2020, por meio do Decreto 10.517/2020, o prazo é novamente prorrogado, ficando definido:

I – Redução de jornada/salário – pode ser acrescido de mais 60 dias, ou seja, o empregador que já tiver firmado acordos anteriormente poderá acordar mais um período de redução, de forma que somado aos períodos anteriores já cumpridos totalize no máximo 240 dias (90 dias do primeiro acordo + 30 dias do segundo + 60 dias do terceiro + 60 dias do quarto);

II – Suspensão do contrato de trabalho:

a) pode ser acrescido de mais 60 dias, por exemplo: a empresa que já suspendeu os contratos de trabalho por 60 dias no primeiro acordo e mais 60 no segundo, mais 60 no terceiro, poderá agora acordar a suspensão por mais 60 dias, totalizando 240 dias (60 + 60 + 60 + 60); (BRASIL, 2020)

Assim, se a empresa que firmou anteriormente acordo de suspensão de contrato de 60 dias + 60 dias (cento e vinte dias) e também acordo de redução de jornada/salário de 60 dias (totalizando cento e oitenta dias), agora poderá firmar novo acordo de redução de jornada/salário ou novo acordo de suspensão de contrato por mais 60 dias, de forma que, no total (acordos anteriores mais o novo acordo), não ultrapasse duzentos e quarenta dias. (NUNES, 2020)

3.2.1 BEm – Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda

O BEm é um benefício de cunho financeiro pago pelo Governo Federal aos empregados que sofreram a redução de jornada de trabalho e de salário ou suspensão temporária do contrato de trabalho em decorrência da situação de crise instalada no país por consequência do novo corona vírus.

Segundo FILHO; FERNANDES:

O Benefício é devido a partir da data do início da redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão do contrato, observado o seguinte: 1) caberá ao empregador informar ao Ministério da Economia acerca do acordo individual, no prazo de dez dias, contado da data da celebração do acordo, sob pena de arcar com a remuneração integral do período; 2) o pagamento do Benefício ocorre apenas durante o período de redução de jornada e salário ou suspensão do contrato; 3) a primeira parcela do Benefício será paga no prazo de trinta dias, contado da data da celebração do acordo, desde que informada no prazo de dez dias anteriormente mencionado. (2020, online).

O valor pago referente ao BEm é baseado nos últimos três salários do trabalhador e corresponde a um percentual do seguro-desemprego. Todavia, oscila entre duzentos e sessenta e um reais e vinte e cinco centavos até mil oitocentos e treze reais e três centavos, conforme o tipo acordado e o percentual de redução tratado junto ao empregador.

Para o professor NARDELLI:

Ocorre que tal previsão se torna vital ao enfrentamento da crise, vez que a intermediação dos sindicatos para essa negociação tornaria o acordo inviável, dada a impossibilidade de convocações de assembleias para deliberação quanto aos pontos estabelecidos pelas empresas, tornando o processo extremamente moroso e burocrático.

A contrapartida do Governo com o pagamento do Benefício Emergencial mostra-se suficiente para compensação de eventuais prejuízos que possam ser questionados pelos empregados.(2020, p. 01)

Nota-se que o benefício emergencial traz em sua acepção uma ambiguidade deveras positiva, pois, além de garantir que o empregador pudesse aderir e se adequar aos decretos estaduais e municipais que fecharam os serviços não essenciais, pôde também garantir que o tempo em que o trabalhar permanecer com o contrato suspenso, não tivesse sua renda comprometida e, o mais importante, a manutenção dos postos de trabalho.

Outro ponto positivo é a possibilidade de cumulação da percepção de até dois benefícios, em caso de duplicidade de contratos de trabalho e, suspensão em ambos. Assim o trabalhador estaria assegurado eficazmente em suas relações de emprego e com a renda garantida.

3.2.2 Redução da jornada de trabalho e de salários

Um dos pontos mais polêmicos da MP 936/2020 é a redução da jornada de trabalho, isso porque ainda na MP 927/2020 o governo havia sugerido a suspensão do contrato de trabalho e dias depois acabou revogando o artigo que tratava do tema.

A irredutibilidade salarial (art. 7º, VI) e a autonomia da vontade coletiva (art. 7º, XXVI) são princípios constitucionais, disciplinados como verdadeiros direitos sociais, pertencentes aos trabalhadores urbanos e rurais, com a finalidade de melhoria da sua condição social (art. 7º, caput). (NUNES, 2020)

Partindo de tal premissa, somente há que se admitir a possibilidade de redução salarial, com fundamento na autonomia privada coletiva, se resultar algum benefício para as partes, especialmente para os trabalhadores, principais destinatários da proteção constitucional. Não evidenciada a concessão de vantagem aos empregados, em contrapartida à alteração contratual lesiva decorrente da norma coletiva, encontra-se vedada a redução salarial.

No entanto, após a reforma trabalhista que entrou em vigor em 2017, passou a ser permitido que o empregador faça a redução da jornada de trabalho e do salário, por convenção coletiva ou por meio de acordo individual com o empregado.

A justificativa para a criação da MP 936/2020 foi reduzir o número de demissões, garantir a continuidade de atividades laborais e empresariais e reduzir o impacto social da situação provocada pela pandemia.

Agora para que ocorra a redução da jornada com o benefício emergencial, o valor do salário-hora deverá ser mantido. Além disso, a redução só poderá ser feita por acordo individual expresso, nos percentuais de 25%, para todos os trabalhadores, e de 50% e 70%, para os que recebem valor inferior ou igual a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais). É importante ressaltar que, em nenhuma circunstância, as reduções podem fazer com que um trabalhador receba menos do que o salário mínimo de R\$ 1.045 por mês (mil e quarenta e cinco reais). (NUNES, 2020)

Para quem recebeu em 2020 mais de dois tetos do RGPS: R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos) e com curso superior — configurados como hiper suficientes na CLT — e que já realizam acordos individuais, os percentuais de redução serão acordados entre as partes (mantidos em 25%, 50% e 70%), tendo direito ao benefício emergencial. Outros percentuais, somente por meio de acordo coletivo. (NUNES, 2020)

Falando em acordo coletivo no qual são incluídos os empregados com salário entre R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais) e R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos), obrigatoriamente, a medida poderá ser negociada para todos os colaboradores em percentuais diferentes, num prazo de redução inicialmente de 90 dias, posteriormente prorrogado por até duzentos e quarenta dias, comunicando com, no mínimo, dois dias corridos de antecedência. (BEZERRA, 2020)

O texto prevê que a jornada de trabalho deverá ser restabelecida quando houver cessação do estado de calamidade pública, encerramento do período pactuado no acordo individual ou antecipação pelo empregador do fim do período de redução pactuado, o que ocorrer primeiro.

Nesse contexto:

O trabalhador que houver pactuado a redução da jornada e salário ou a suspensão contratual será beneficiado por garantia provisória de emprego, que perdurará durante a redução ou suspensão e, após sua cessação, por período equivalente àquele acordado para a duração da medida. (FILHO; FERNANDES, 2020, online).

Assim, o colaborador terá garantia provisória no emprego durante o período de redução e após o restabelecimento da jornada por período equivalente ao da redução, a dispensa sem justa causa que ocorrer durante o período de garantia provisória no emprego sujeitará o empregador ao pagamento, além das parcelas rescisórias previstas na legislação em vigor, de indenização no valor de 100% do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego. Esta regra não se aplica às hipóteses de dispensa a pedido ou por justa causa do empregado. (FILHO; FERNANDES, 2020)

Outro ponto que merece destaque da MP 936/2020, diz que as reduções realizadas não impactam o cálculo do décimo terceiro salário e das férias. Assim, caso o colaborador fosse demitido, o cálculo do décimo terceiro proporcional, por exemplo, deveria ter como base a remuneração paga antes do início da aplicação da MP. (SANTOS, 2020)

3.2.3. Da Suspensão

Anterior à edição da MP 936/2020 que, por sua vez previu a redução de salário e jornada de trabalho, bem como a modalidade de suspensão do contrato de trabalho, a CLT previa, em seu artigo 476-A:

Art. 476-A. O contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, observado o disposto no art. 471 desta Consolidação. (BRASIL, 2001)

No que tange ao artigo 8º da MP 936/2020, enquanto perdurar o estado de calamidade pública o empregador poderá acordar a suspensão em caráter temporário do contrato de trabalho de seus empregados pelo prazo máximo de 60 dias, em até dois períodos de 30 dias, de maneira fracionada.

Assim, os empregados que ganham remuneração igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais), e os que possuem curso superior completo com vencimento igual ou superior a R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos), a suspensão poderá ser tratada de forma individual. Nas demais faixas salariais, a suspensão somente poderá ocorrer por meio de acordo coletivo. (LOURENCINI, 2020)

Sobre a suspensão, pontuam FILHO; FERNANDES:

A suspensão contratual deve ser levada a sério. Se houver prestação de serviços durante o período, ainda que por teletrabalho, sua pactuação será descaracterizada e o empregador será responsável pelo pagamento da remuneração e dos encargos sociais referentes a todo o período. (2020, online)

É exigível acordo individual escrito para a suspensão, encaminhado ao trabalhador com, tempo mínimo de dois dias de antecedência, e comunicação ao sindicato em até 10 dias de sua celebração. Em igual prazo, os acordos, individual ou coletivo, devem ser registrados junto ao Ministério da Economia. Isso possibilita a percepção do Benefício.

Empresas que possuem receita anual de até R\$ 4,8 milhões (valor bruto) no ano de 2019, receberá do Governo Federal a quantia equivalente a 100% do seguro desemprego ao trabalhador. O empregador, por sua vez, não se obriga ao pagamento da ajuda compensatória. (BEZERRA, 2020)

Já nas empresas com receita superior a R\$ 4,8 milhões (valor bruto) no ano de 2019, a participação do Governo será de 70% do seguro desemprego, logo, o empregador será responsável pela cota de valor correspondente a 30% do salário do empregado. Tal importância possui caráter indenizatório, assim, não constitui base para recolhimento de IR, FGTS e INSS. (BEZERRA, 2020)

Segundo a Nota Técnica SEI nº 51520/2020/ME anunciada pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, explica aos empregadores no que tange às férias e o pagamento do 13º salário dos trabalhadores que aderiam ao acordo para suspensão do contrato de trabalho, em decorrência do estado de calamidade pública. Segundo ela, o período de suspensão não será

levado em consideração para o cálculo do 13º salário, todavia, computar-se-á para o período aquisitivo de férias. (DIAS; BARROS, 2020)

Logo, o período aquisitivo terá início após o término da referida suspensão. Exemplificando, um empregado que teve uma suspensão de contrato de trabalho por 60 dias, poderá ter seu período aquisitivo acrescentado a mais 60 dias, dessa forma poderá ser de até dois meses.

Visto isto, incute-nos analisar a suspensão contratual prevista do artigo 476-A da CLT, que tem diferentes pressuposições. Poderá ser concedida por período de 2 a 5 meses devido à participação, em caráter obrigatório, do trabalhador em programa ou curso de cunho voltado a qualificação profissional ofertado pelo empregador, com duração correspondente ao período correspondente à suspensão contratual.

É certo que só pode ser aceita conforme autorização constante em norma coletiva e, com a anuência formal do trabalhador, que pode ocorrer em uma única vez por um período de dezesseis meses. O requisito que caracteriza a suspensão da CLT é a participação obrigatória em curso profissionalizante, o qual, em virtude da pandemia, será realizado, exclusivamente, de forma telepresencial e, terá sua duração de um até três meses, em conformidade com o artigo 17, I, da MP 936/2020.

3.3 Controle de Convencionalidade

É certo que o Poder Judiciário, bem como os juízes singulares, por força do art. 5º, § 2º, CF/88, têm o dever, de verificar o controle de convencionalidade das leis infraconstitucionais, ainda dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos ratificados sob força de emenda constitucional. Tal controle deve ocorrer de ofício, sob pena de ser, o Brasil, responsabilizado internacionalmente. Assim dispõem o art. 5º, § 2º, CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, por meio do controle de convencionalidade, aplicado na via difusa, logo, por qualquer juízo ou tribunal, os tratados internacionais, bem como as convenções da OIT, devem ser cultivados no âmbito interno sob a rege do princípio pro homine, ou seja, deve ser acatada pelo magistrado, a norma que mais ofereça proteção ao trabalhador e, assim, afastar a aplicabilidade daquela que contrariam as convenções da OIT e dos demais organismos de proteção internacional do trabalho. (MAZZUOLI, 2013).

Nesse sentido, pontua BAHIA:

A supremacia material, de essência, ou de conteúdo, está presente em qualquer tipo de ordenamento constitucional, flexível ou rígido, tendo em vista que a Constituição é a lei fundamental de um país e deve ser protegida para a própria manutenção das instituições. Entretanto, a supremacia formal, de estereótipo, a posição no topo da hierarquia das leis, está relacionada intimamente à rigidez constitucional, sendo um princípio importante para nortear a realização da fiscalização de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. (2020, p. 626).

Percebemos que o controle de convencionalidade é operado na via difusa, logo em consonância com o controle constitucional, uma vez que este também pode ser difuso. Assim, é notório que as normas internas devem ser adequadas à CF/88, sendo que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, sob o crivo do art. 5º, § 3º, CF, têm forma de EC, logo os demais, mesmo não sendo ratificados, possuem hierarquia de lei infraconstitucional federal.

A lei nº 13.467/2017 alterou o texto da CLT, a saber, mais de 100 artigos sofreram modificações, inclusive o artigo 611-A dispõe sobre a autonomia das negociações. Assim, os acordos ganharam mais força, inclusive se sobrepondo à própria legislação quando versarem:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - revogado

XII - (Vigência encerrada) XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - (Vigência encerrada) XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; IV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. (BRASIL, 2017)

Assim, as MPs n. 927/2020 e 936/2020, são radicais quanto á reforma trabalhista de 2017, uma vez que afastam a negociação coletiva e, enaltece o acordo individual, no que tange à redução de salário. Logo, não se trata apenas do negociado coletivo sobre a legislação, o que é apregoado na reforma trabalhista, mas a supremacia do acordo individual sobre o negociado coletivo e sobre a legislação. Desse modo, verifica-se a radicalização das duas MPs indo além, mesmo da reforma.

A OIT já se posicionou, quanto à reforma trabalhista de 2017, declarando a violação dos dispositivos às Convenções nº 98 e 154, ambas, ratificadas pelo ordenamento Brasileiro, ora, as normas trazidas pela MP 927/2020 e 936/2020, que em seu texto são mais ousadas, certamente serão contrárias a tais Convenções internacionais. (PORTO, 2020).

A Corte IDH emitiu um documento acerca das medidas adotadas, durante a pandemia, com intuito de proteger os postos de trabalho, a saber, expressas nas MPs 927/2020 e 936/2020. Assim dispõe a Declaração nº 01/2020 da CIDH:

[...] tomadas no âmbito do Estado de Direito, em plena observância aos instrumentos interamericanos de proteção dos direitos humanos e à jurisprudência deste Tribunal. [...] o cuidado para que se preservem os postos de trabalho e se respeitem os direitos trabalhistas de todos os trabalhadores e trabalhadoras. (CIDH, 2020)⁹³

Tal declaração alerta os países a tomarem medidas com cuidado, ora, a proteção ao trabalhador deve ser preservada, e, determina que nenhuma ação que vise o combate a pandemia e a preservação dos postos de trabalho podem ir além das convenções internacionais de proteção ao trabalhador, bem como não podem violar direitos trabalhistas e a negociação de forma coletiva.

No que tange a possibilidade de redução salarial, por acordo individual, previsto na MP 963/2020, viola frontalmente a CF/88, quando prevê a irredutibilidade de subsídio e, em especial, fere o princípio da proteção e da segurança jurídica. Desse modo, fora objeto de Ação de Ação Direta de Inconstitucionalidade, arguida pela Rede Sustentabilidade. Embora a previsão de redução de salários, via acordo individual fira diretamente a CF/88, o STF decidiu pela constitucionalidade de tal previsão, adotando uma visão restritiva no que se refere aos direitos sociais (PORTO, 2020).

É certo que o STF, em plenário, decidiu sobre a constitucionalidade da MP 936/2020, em especial, quanto à redução salarial por acordo individual, quando apreciou a ADI nº 6363, vejamos:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA CAUSADA PELA DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS COVID 19. MEDIDA PROVISÓRIA 936/2020. REDUÇÃO DE JORNADA, DE REMUNERAÇÃO E SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR ACORDO INDIVIDUAL 1. Situação

⁹³ CORTE IDH. Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 de 9 de abril de 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf. Acesso em: 20. 07. 2021.

emergencial gerada pela pandemia reconhecida pela Organização Mundial da Saúde. Inevitabilidade de uma recessão econômica de grande porte, com risco de quebra sequencial de empresas e desemprego em massa. 2. Medida provisória que admite redução de jornada, de remuneração e suspensão de contrato de trabalho, por meio de acordo individual, para empregados que preencham os seguintes requisitos: (i) perceber salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00; ou (ii) ser portador de diploma de nível superior e titular de salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (art. 12 da MP 936/2020). Exigência de acordo ou convenção coletiva para os demais. 3. Previsão de redução de jornada e de remuneração por acordo individual altamente reguladas, mediante as seguintes condições: (i) limite máximo de 90 dias; (ii) garantia de emprego pelo tempo de duração da redução e por igual período, uma vez superada ela; (iii) preservação do valor salário/hora de trabalho; (iv) percentuais de redução limitados a 25%, 50% ou 70%; (v) pagamento estatal de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda ("benefício emergencial"), no mesmo percentual da redução, incidente sobre o valor do seguro-desemprego. Garantia, em qualquer hipótese, de pagamento do salário mínimo. 4. Autorização de suspensão do contrato de trabalho por acordo individual também altamente regulada, prevendo as seguintes condições: (i) limite máximo de 60 dias; (ii) garantia de emprego pelo tempo de duração da suspensão e por igual período, uma vez encerrada ela; (iii) manutenção de todos os benefícios concedidos pelo empregador a seus empregados; (iv) pagamento, pelo Poder Público, de benefício emergencial correspondente a 100% do valor do seguro-desemprego, se a empresa tiver auferido, em 2019, receita bruta inferior a R\$ 4.800.000,00; ou (v) pagamento, pelo Poder Público, de benefício emergencial correspondente a 70% do valor do seguro-desemprego, a ser percebido pelo empregado cumuladamente com ajuda compensatória de 30% do seu salário, custeada pela empresa, se ela tiver auferido receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 em 2019. Garantia, em qualquer hipótese, de pagamento do salário mínimo. 5. A leitura do direito do trabalho à luz da Constituição, além de garantir os direitos expressos no texto constitucional, deve observar os seguintes princípios e objetivos: (i) preservar o emprego e aumentar a empregabilidade; (ii) formalizar o trabalho, removendo os obstáculos que levam à informalidade; (iii) melhorar a qualidade geral e a representatividade dos sindicatos; (iv) desonerar a folha de salários; e (v) acabar com a imprevisibilidade do custo das relações do trabalho. 6. A urgência na implementação das medidas aqui examinadas inviabiliza a exigência de negociação coletiva, que deve ser ponderada com o direito ao trabalho e a garantia do emprego, valores igualmente protegidos pela Constituição. Os sindicatos não têm condição de participar, a tempo e a hora, do imenso volume de acordos resultantes da crise sanitária, econômica e humanitária trazida pela pandemia. Diante

disso, impor a negociação coletiva constitui meio inadequado à consecução do próprio fim a que se destina: a tutela do empregado, a proteção do emprego e a segurança jurídica. 7. Antevendo a impossibilidade de adoção ampla de negociação coletiva nos casos nela previstos, a própria medida provisória instituiu intensa regulação protetiva do empregado. 8. Nego referendo à cautelar e fixo a seguinte tese de julgamento: “É possível, extraordinariamente, afastar a exigência de negociação coletiva, em situação emergencial e transitória, nas hipóteses previstas na MP 936/2020, tendo em vista que a rigorosa regulação pelo Poder Público minimiza a vulnerabilidade do empregado e que a negociação coletiva poderia frustrar a proteção ao emprego. (ADI nº 6.363 Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 06.04.2020)94

Assim, embora boa parte da doutrina tenha criticado a referida medida provisória, alegando violação aos princípios constitucionais da proteção ao trabalhador e da segurança jurídica, a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade do diploma baseando-se nos referidos princípios. Ora os eixos defendidos pela MP 936/2020, se pautam na preocupação de garantir os postos de trabalho e, assim manter a renda.

Vale ressaltar que, a MP 936/2020 foi convertida na Lei nº 14.020/2020 e, embora tenha trazido algumas alterações em seu texto, manteve seu objetivo primordial, a saber o programa de manutenção de emprego e renda.

No que tange às alterações, a mais importante delas é a possibilidade de prorrogação do benefício emergencial e, tal ação poderá ser realizada a critério do Chefe do Poder Executivo Federal, por meio de decreto. Podendo, ainda, estender os prazos de redução da jornada de trabalho, proporcionalmente, bem como o salário ou até mesmo a suspensão do contrato de trabalho, em caráter temporário.

A MP determinava a redução da jornada de trabalho e o salário pelo prazo máximo de 90 dias e o contrato de trabalho pelo tempo limite de 60 dias. Com o advento da Lei nº 14.020/2020, há discricionariedade do Poder Executivo de ampliar esses prazos.

Outra alteração importante foi a expressa do art. 12 que, determina quem pode realizar os acordos individuais ou negociações coletivas. Anteriormente, a MP determinava um limite em relação ao salário, ou seja, empregados que recebem entre R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais) e R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos).

Com a lei, os requisitos são: trabalhadores que recebem salário de até R\$ 2.090,00 (dois mil e noventa reais) com receita bruta maior que R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). Com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil, cento e trinta e cinco reais e renda bruta

94 STF. ADI nº 6.363 Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 06.04.2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6363.pdf>> Acesso em: 25.07.2021.

igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00. Os trabalhadores portadores de diploma que recebem igual ou mais que o dobro do valor correspondente aos benefícios da Previdência Social, ou seja, R\$ 12.202,12 (doze mil duzentos e dois reais e doze centavos). Utilizando o ano calendário de 2019.

Os acordos individuais e as negociações coletivas firmadas na vigência da MP 936/2020 permanecem sob as regras nela determinantes.

CONCLUSÃO

A pandemia causada pelo novo corona vírus trouxe um cenário completamente extraordinário no que tange à normalidade do ordenamento jurídico e das relações de trabalho. Nessa conjuntura, o governo federal, se ateve a seguir as medidas no combate ao vírus e, ao mesmo tempo, preocupado com o andar da economia, ora ser o setor diretamente atingido com a paralização do comércio, editou dois diplomas: a MP 927/2020 e 936/2020.

A MP 927/2020 teve vigência entre 22/03/2020 a 19/07/2020, ora não fora convertida em lei. Dispunha sobre normas de caráter emergencial com o fito de flexibilizar a atuação das empresas, no que tange o combate à pandemia e, assim evitarem demissões em massa. Tais medidas foram: a opção pelo tele trabalho, adiantamento de férias individuais, concessão de férias coletivas, antecipação de feriados, **Suspensão das exigências administrativas em segurança e saúde do trabalho, banco de horas, entre outros.**

Por outro lado, a MP 936/2020, posteriormente convertida na lei nº 14.020/2020, se preocupou, com maior ênfase, na manutenção dos postos de trabalho e, se pauta em três principais eixos: benefício emergencial de preservação do emprego e da renda, redução da jornada de trabalho e salário e, possibilidade de suspensão do contrato de trabalho por meio de acordo individual.

A maior polêmica doutrinária sobre os referidos diplomas se dá em virtude da segurança jurídica e do princípio constitucional da proteção ao trabalhador, bem como da garantia fundamental aos direitos sociais previstos na CF/88 e os documentos internacionais de proteção ratificados pelo Brasil.

O art. 18 da MP 927/2020 previa uma descabida suspensão do contrato de trabalho, por um período de até 120 (cento e vinte) dias para participação em curso qualificador, todavia, sem persecução salarial. Tal dispositivo fora revogado logo após a publicação da medida provisória, pois atentava contra o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o caráter salarial tem cunho alimentar.

No que tange ao controle de convencionalidade, a doutrina se embasa nas disposições dos órgãos internacionais como, as convenções da OIT, haja vista o Brasil ser signatário dos documentos que visam a proteção da classe trabalhadora. Assim, orientou que os países não tomassem medidas de contenção ao corona vírus que ferissem direitos trabalhistas já consolidados.

A doutrina repudia vários aspectos das MPs, alegando vícios de legalidade nos dispositivos. Ora, o ponto mais debatido é a possibilidade de restrição de alguns direitos por meio de acordo

individual. Cabe ressaltar que, antes da pandemia, a discussão girava em torno da lei nº 13.467/2017, a reforma trabalhista, que alterou vários artigos da CLT, dando maior ênfase aos acordos coletivos, podendo, estes, se sobreporem ao legislado.

Assim, o posicionamento da OIT, frente às reclamações apreciadas, foi de repúdio à reforma, por ser uma norma que restringe direitos já consolidados. Logo há a indagação: se houve reprovação internacional quanto à reforma trabalhista, que dirá sobre os dispositivos polêmicos das MPs 927/2020 e 936/2020, os quais extrapolam ainda mais a possibilidade de negociação sobre o disposto na legislação trabalhista.

Contudo, mesmo com as discussões acerca da constitucionalidade das MPs, o STF, decidiu, com o julgamento da ADI nº 6363, que a MP 936/2020, agora convertida em lei, é sim constitucional, embora extrapole ao legislado e ao acordo coletivo. Embora, a maior parte da doutrina seja contrária, o entendimento da suprema corte é justamente pela legalidade das MPs com fundamento nos princípios da proteção ao trabalhador e, diante da situação da calamidade pública, assegurar a manutenção do emprego e renda e, ainda evitar a demissão em massa.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 4ª edição. Editora JusPodivm. 2020. Salvador - BA.

BARROS, Marina Aida de; BRANDÃO, Lilian Lucena; PAULA, Lucas Gentil de. Impacto da covid-19 no Direito do Trabalho – Análise das Medidas Provisórias 927, 928 e 936 de 2020. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/323900/impacto-da-covid-19-no-direito-do-trabalho-analise-das-medidas-provisorias-927-928-e-936-de-2020>>. Acesso em: 05 fev. de 2021.

BEZERRA, Leonardo. Entenda as principais mudanças com a lei e decreto que tratam da suspensão contratual e redução de salário e jornada. Disponível em: <<https://dpc.com.br/entenda-as-principais-mudancas-com-a-lei-e-decreto-que-tratam-dasuspensao-contratual-e-reducao-de-salario-e-jornada/>>. Acesso em 20 julho. 2020.

BOFF, A. (2020). O teletrabalho no contexto da pandemia: interpretação da Medida Provisória nº 927/2020 à luz do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal. *Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho Da 10ª Região*, 24(1), 177-183. Recuperado de <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/383>>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 927 de 2020 (Online). Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141145>> Acesso em: 07 de fev. 2021.

____. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>> Acesso em: 18.05.2021.

____. Ministério da Economia. Portaria nº 10.486 de 24 de abril de 2020. (Online). 2020e. Disponível em: < <https://www.gov.br/economia/pt-br> > Acesso em: 06 fev. 2021.

____. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.363 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6363.pdf>> Acesso em: 21.05.2021.

____. Senado Federal – Secretaria-Geral da Mesa. Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março 2020. (Online). 2020. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/norma/31993957/publicacao/31994188> > Acesso em: 05 fev. 2021.

____. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. (Online). Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm > Acesso em: 05 de fev. 2021.

____. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. (Online). 2020b. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm >. Acesso em: 05 de fev. 2021.

____. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. (Online). 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm > Acesso em: 04 de fev. de 2021.

____. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Medida Provisória nº 936 de 2020. (Online). 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2020/Mpv/mpv936.htm >

Acesso em: 04 fev. de 2021.

____. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.467 de 13 julho de 2017. (Online). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm > Acesso em: 04 fev. de 2021.

CANDIDO, Bruna. Comentários sobre MP 927/2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80672/comentarios-sobre-mp-927-2020>> Acesso em: 20.07.2021.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Princípios de direito do trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos. São Paulo: Ed. LTR, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho, e Gabriela Neves DELGADO. As Normas Internacionais de Direitos Humanos e a Lei da Reforma Trabalhista no Brasil. Direito internacional do trabalho: aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção ao trabalhador. São Paulo. Ed. LTR, 2018.

DIAS, Edgar Santos Tavares; BARROS, Marina Glorigiano Tarricone de. FÉRIAS E 13º SALÁRIO – NOTA TÉCNICA SEI Nº 51520/2020/ME. Disponível em: <<http://www.qladvogados.com.br/informativo-ferias-e-13o-salario-nota-tecnica-sei-no-51520-2020-me/>> Acesso em: 18.07.2021.

DINIZ, Nathalie Pagni. A Pandemia de Covid-19 e as relações de trabalho no Brasil. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/nathalie-dinizcovid-19-relacoes-trabalho-brasil>>. Acesso em: 21 jul. 2021.

FELIX, Ynes da Silva. LIBERDADE SINDICAL NO BRASIL: (IN)JUSTIFICADA NÃO RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO 87 DA OIT. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/14617>> Acesso em: 25.07.2021.

FILHO, Rodolfo Pamplona; FERNANDES, Leandro. PANORAMA DAS ALTERAÇÕES TRABALHISTAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6821/4134>> Acesso em 23.07.2021.

Flávio, Cristina Ottoni; CALCINI Ricardo. Como ficam as relações de trabalho após a perda da vigência da MP 927. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/332274/como-ficam-as-relacoes-de-trabalho-apos-a-perda-da-vigencia-da-mp-927>> Acesso em: 22.07.2021.

GANASSOLI, Gabrielle. Análise da MP 927/2020 e a manutenção dos postos de trabalho dentro do cenário pandêmico. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/89032/analise-damp-927-2020-e-a-manutencao-dos-postos-de-trabalho-dentro-do-cenario-pandemico>> Acesso em: 20.07.2021.

JESUS FILHO, Felisberto Cerqueira de. Contrato de adesão - Panorama geral sobre o contrato de adesão. Histórico, A Revolução Industrial e o contrato de adesão, o Estado e o contrato de adesão. 2001. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/50/55/505/>>. Acesso em: 03.03.2021.

LOURENCINI, José Eduardo. Medidas provisórias no âmbito do direito do trabalho em tempos de covid-19. revista jus navigandi, issn 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6153, 06 de maio de 2020, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81763>. acesso em: 18 julho. 2021.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, v. 1, 2011.

MARTINEZ, Luciano; POSSÍDIO, Cynthia. O trabalho nos tempos do coronavírus. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 37ª edição. Atlas. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 43, 2013.

NAHAS, Tereza. Os impactos da reforma trabalhista. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/blog/os-impactos-da-reforma-trabalhista-a-opinio-dethereza-nahas.html>> Acesso em> 21.07.2021.

NAPOLEONI, C. Lições sobre o capítulo VI (inédito) de Marx. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1981.

NARDELLI, Ernane de Oliveira. MP 936/20: Benefício emergencial de preservação do emprego e da renda. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/323624/mp-936-20--beneficio-emergencial-de-preservacao-do-emprego-e-da-renda>> Acesso em 20.05.2021.

NUNES, Lethicia Domingues. Novidades trazidas pela Lei 14.020, de 6 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/330486/novidades-trazidas-pela-lei14020-de-6-de-julho-de-2020>. Acesso em 11 julho. 2021.

PINEL, M. F. L. Teletrabalho: o trabalho na era digital. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PORTO, Lorena Vasconcelos. MEDIDAS PROVISÓRIAS N. 927/2020 E 936/2020: NEGOCIAÇÃO COLETIVA E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, edição especial. 2020. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/55882> > Acesso em: 19.07.2021.

SARAIVA, Renato; TONASSI Rafael; Linhares Aryanna. Direito e Processo do Trabalho. Editora JusPodivm. 2020. 22ª edição.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2001

SANTOS, *Enoque Ribeiro*. Suposta Inconstitucionalidade Material das Medidas Provisórias nº 927/2020 e 936/2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/04/13/medidas-provisorias-927-936/>> Acesso em: 30.03.2021.

SANTOS, MARLY LIRA DOS. Direito do Trabalho. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55299/pandemia-e-o-direito-do-trabalho>> Acesso em: 22.07.2021.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 98 e nº 154 do ano de 1953. (Online). Disponível em: < https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm > Acesso em: 20 de maio de 2021.

VALTICOS, Nicolas. Uma relação complexa: Direito do Homem e Direitos Sindicais. In: Teixeira Filho, João de Lima (coord.). Relações Coletivas de Trabalho. São Paulo: LTr, 1989.

LEGITIMA DEFESA NA ATIVIDADE DO POLICIAL MILITAR DO AMAZONAS

ANDRÉ LUÍS MARQUES DAS CHAGAS:
Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: O presente trabalho objetiva esclarecer o instituto da legítima defesa na atuação policial, enfocando que, o ordenamento jurídico brasileiro admite o instituto da referida excludente de ilicitude a toda pessoa que se encontre na iminência de ser agredido de forma injusta. Foi esclarecido que o policial também faça jus a esse direito fundamental. Existem requisitos que devem ser preenchidos para a configuração da legítima defesa e conseqüentemente assegurar a proteção nos termos da lei. No decorrer do trabalho foi mostrado os conceitos da segurança pública na constituição federal brasileira de 1988, a tipificação da legítima defesa no código penal brasileiro, a legítima defesa para a doutrina brasileira, a legítima defesa e o *aberratio ictus*, a legítima defesa putativa, a legítima defesa no contexto da lei do pacote anticrimes, a atividade policial como atividade de risco e a aplicabilidade do instituto da legítima defesa e com isso mostrado que o policial militar é sujeito de direito do instituto da legítima defesa e que a autodefesa é necessária enquanto profissionais da segurança pública.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo Científico. Normatização. Legítima Defesa. Direito. Policial Militar. Constituição Federal Brasileira De 1988. Código Penal Brasileiro. *Aberratio Ictus*.

ABSTRACT: The present work aims to clarify the institute of self-defense in police action, focusing on that the Brazilian legal system admits the institute of the aforementioned exclusion of illegality to every person who is on the verge of being unfairly attacked. It was clarified that the police officer is also entitled to this fundamental right. There are requirements that must be met for the configuration of self-defense and consequently to ensure protection under the law. In the course of the work, the concepts of public security in the Brazilian federal constitution of 1988, the typification of the legitimate defense in the Brazilian penal code, the legitimate defense for the Brazilian doctrine, the legitimate defense and the *aberratio ictus*, the putative legitimate defense, the legitimate defense in the context of the anti-crime package law, police activity as a risky activity and the applicability of the self-defense institute and with that shown that the military police officer is a subject of law of the self-defense institute and that self-defense is necessary as professionals of public safety.

KEYWORDS: Scientific article. Standardization. Legitimate Defense. Right. Military police. Brazilian Federal Constitution 1988. Brazilian Penal Code. *Aberratio Ictus*.

1 INTRODUÇÃO

A atividade policial corriqueiramente é destacada nas redes sociais, sendo as vezes, o policial tido como herói e, as vezes tido como inimigo da sociedade e assim objeto de opiniões das mais diversas possíveis, e como consequência tendo sua imagem prejudicada, ainda que trabalhe dentro da legalidade, e, ainda que opere para proteger bem jurídico próprio e/ou alheio, ou seja, mesmo agindo em legítima defesa, as críticas tendenciosas dos diversos ramos da sociedade prevalecem nos meios de comunicação que são tendenciosos e sensacionalistas.

Entretanto, ainda que a maioria tenha em mente que a legítima defesa só se enquadra na autodefesa do cidadão comum, alguns, ainda se esquecem também que pode ser aplicado aos agentes de segurança pública. A escolha do tema, Legítima defesa na atividade do Policial Militar do Amazonas, partiu do interesse de mostrar as circunstâncias da atuação policial que se caracteriza como legítima defesa, o assunto trata dos elementos de analisar a garantia do direito de legítima defesa para o policial militar durante sua atuação na sociedade, de maneira que possa ser exposta a norma jurídica a qual protege a vida do policial militar na sua atividade de risco, Demonstrar o conceito da legítima defesa no regulamento brasileiro o qual protege o policial militar dos ataques orquestrados por criminosos, os quais são feitos manipulando a mente da população que com menor ou nenhum conhecimento da lei coloca-as contra aqueles que servem a sociedade no serviço de segurança pública. Verificar qual a diferença entre legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal no ordenamento jurídico do país para melhor compreensão do assunto no mundo acadêmico e explicar a atuação do policial militar e os tipos de legítima defesa presente no código penal brasileiro, assim como o que é excesso em legítima defesa e como a lei e a doutrina entende esse tipo penal.

Portanto, o presente artigo irá mostrar os conceitos da segurança pública na constituição federal brasileira de 1988, a tipificação da legítima defesa no código penal brasileiro, a legítima defesa para a doutrina brasileira, a legítima defesa e o *aberratio ictus*, a legítima defesa putativa, a legítima defesa no contexto da lei do pacote anticrimes, a atividade policial como atividade de risco e a aplicabilidade do instituto da legítima defesa e com isso mostrar que o policial militar é sujeito de direito do instituto da legítima defesa e que a autodefesa é necessária enquanto profissionais da segurança pública.

2 SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A Constituição da República federativa do Brasil de 1988 em seu capítulo III quando dispõe da segurança pública informa que é dever do Estado com a finalidade de preservar a ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Sendo as polícias militares um dos órgãos da segurança pública as quais cabem o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. Assim é transcrito a letra da carta magna:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - Polícia federal;

II - Polícia rodoviária federal;

III - Polícia ferroviária federal;

IV - Polícias civis;

V - Polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - Polícias penais federal, estaduais e distrital.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Com isso vamos observar o sentido dos termos das palavras do artigo 144 da constituição brasileira de 1988. Temos o termo de segurança pública que para Antônio Francisco de Souza (2009, p.300) remete:

A um estado que possibilita (viabiliza) o livre exercício dos direitos, liberdades e garantias consagrados na Constituição e na Lei. A segurança é, simultaneamente, um bem individual e coletivo, tal como a sociedade pertence a todos e a cada um.

Outro termo citado no artigo é que a segurança pública é um dever do Estado, ou seja, o estado que é o competente e responsável pela segurança pública não existe para o estado uma discricionariedade em atuar para garantir o livre exercício dos direitos e garantias definidos na constituição da república.

Desta forma, observa-se qual o fim que o constituinte dispôs sobre as policias militares para a sociedade brasileira, quando informa que aos policiais militares caberão o policiamento ostensivo e segundo o dicionário Michaelis: seria um policiamento visível, ou seja, o policiamento em que a sociedade pode observar que está acontecendo para assim preservar a ordem pública.

Conforto (1997) considera que segurança pública é um direito difuso em que os titulares são pessoas que não podem ser determinadas, mas são ligadas através de circunstâncias.

Souza (2008) dispõe que o Poder Constituinte Originário estabeleceu a segurança pública como valor supremo da sociedade brasileira ainda em seu preambulo, como podemos ver no texto abaixo:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a

solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Assim como foi disposto também no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quando trata dos direitos e garantias fundamentais onde disciplina sobre o direito a segurança conforme abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Tendo em vista o que foi dito o policial militar tem com fundamento da sua atuação, no dia a dia da sociedade brasileira, a carta magna sendo a principal norma que o país deve atender para guiar os órgãos públicos na sua atividade vinculada.

3 A TIPIFICAÇÃO DA LEGITIMA DEFESA NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Código penal veio para limitar o estado no seu poder punitivo e até mesmo o agente de segurança pública poderia ser réu do poder punitivo do estado, portanto, para assegurar o direito de defesa, não somente do policial militar, estabeleceu as excludentes de ilicitude para o cidadão brasileiro.

Diante da análise do que dispõe o código penal em seu artigo 23 inciso II, não haverá crime quando o agente pratica o fato em legítima defesa, ou seja, a legítima defesa é uma das excludentes de ilicitude prevista no ordenamento do país. Capez (2015) conceitua dizendo: “causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários”.

Para Masson (2016) “o Estado avocou para si a função jurisdicional proibindo as pessoas de exercerem a autotutela, impedindo-as de fazerem justiça pelas próprias mãos”. Entretanto, Masson fundamenta que a legítima defesa quando dispõe que, em relação ao Estado, Masson (2016) “Seus agentes não podem, contudo, estar presente simultaneamente em todos os lugares, razão pela qual o Estado autoriza os indivíduos a defenderem seus direitos em sua ausência”.

Assim, vale expor a redação do Código Penal Brasileiro:

Exclusão de ilicitude (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - Em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Vide ADPF 779)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Vide ADPF 779)

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vide ADPF 779)

É importante mencionar que os meios utilizados, para a aplicação do instituto, são necessários, porém, de maneira moderada, com o fim de proteger a pessoa de uma injusta agressão, a qual poderá estar ocorrendo ou estar em sua iminência de ocorrer, tanto para com a vida própria ou quanto, para com a vida de outrem. Segundo Nucci (2014), "É a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiros, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários". É observado que existem requisitos para ser utilizado esse dispositivo penal e citando Jesus, Damásio (1998), "agressão é conduta humana que ataca ou coloca em perigo bem jurídico". Portanto, somente condutas humanas permitiriam a aplicação do instituto de legítima defesa.

Como o estado não pode estar presente em todos os momentos e em todos os lugares para proteger a vida do cidadão daí surge o fundamento da legítima defesa, o qual permite que o indivíduo se defenda quando não houver outro meio. Desta forma, Capez (2015) ensina: "O Estado não tem condições de oferecer proteção aos cidadãos em todos os lugares e momentos. Logo, permite que se defendam quando não houver outro meio".

4 A LEGITIMA DEFESA PARA A DOCTRINA

No que diz respeito aos requisitos legais, a doutrina dispõe que a legítima defesa tem como cumulativos a agressão injusta, atual ou iminente, contra um direito próprio ou alheio, repulsa por meios necessários, uso moderado dos meios. Sendo que, para Damásio (2011) "a ausência de qualquer dos requisitos exclui a legítima defesa". Citando Masson (2016) "Esses requisitos podem ser divididos em dois blocos: Agressão (injusta, atual ou iminente e contra direito próprio ou alheio), Reação (emprego dos meios necessários e uso moderado de tais meios).

Quanto a ameaça a direito próprio ou alheio Damásio (2011) ensina: "a expressão "direito" deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo qualquer bem jurídico, como a vida, a

integridade física, a honra a liberdade e o patrimônio”, ou seja, o bem jurídico tutelado é amplo. Nesse sentido a legítima defesa pode proteger qualquer bem jurídico assim dispõe Masson (2016): “qualquer bem jurídico pode ser protegido pela legítima defesa, pertencente aquele que se defende ou a terceira pessoa”, ensina ainda Masson que o Código Penal amparado pelo princípio da solidariedade humana admite a legítima defesa de bens jurídicos alheios.

Capez (2015) leciona que “não legítima defesa de terceiro, a conduta pode dirigir-se contra o próprio terceiro defendido” e cita um exemplo: “alguém bate no suicida para impedir que ponha fim à própria vida”.

No tocante aos meios necessários, é aceito na doutrina que seja o meio menos lesivo dispostos ao agente quando ver o terceiro sofrendo a agressão. Para Damásio (2011) “Um meio que, à primeira vista, parece desnecessário, não será tal se as circunstâncias demonstrarem sua necessidade in concreto”. O valor do bem jurídico preservado dever ser igual ou superior ao sacrificado, sob pena de configurar excesso, Masson (2016), assim tem-se que a doutrina orienta pela proporcionalidade entre os bens jurídicos.

Caso seja verificado o excesso nesses meios necessários os requisitos da excludente de ilicitude deixam de existir e assim o agente responderá pelas lesões desnecessárias causadas ao bem jurídico do ofendido e dessa forma Capez (2015) conceitua o Excesso: “é a intensificação desnecessária de uma ação inicialmente justificada”.

Para Damásio (2016) o excesso pode ser doloso ou culposos, e surge quando a conduta do sujeito é imoderada. Caso o excesso seja doloso o sujeito irá responder pelo fato praticado durante o excesso a título de dolo. Entretanto, o excesso pode não ser doloso e nesse caso seria o resultado de um erro do agente. Assim, Damásio (2016) dispõe: “Então, cumpre distinguir se é escusável ou inescusável, se derivado de erro de tipo permissivo ou erro de proibição, com efeitos diversos”. Ainda, caso o excesso deriva de caso fortuito, subsiste a legítima defesa.

Há também para muitos doutrinadores outro requisito para a legítima defesa, que é chamado de animus defendi, ele é um elemento subjetivo. Nessa situação a vontade da defesa será elemento subjetivo da justificação e aquele que estiver praticando ato ilícito perde o direito a legítima defesa. Portanto, o instituto da legítima defesa vai depender do conhecimento da situação da agressão injusta e assim a necessária repulsa.

Damásio (2002) assim nos ensina:

A par dos requisitos de ordem objetiva, previstos no artigo 25 do Código Penal, a legítima defesa exige requisitos de ordem subjetiva: é preciso que o sujeito tenha conhecimento da situação de agressão injusta e da necessidade da repulsa. Assim, a repulsa da legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetiva conduzida pela vontade de defender-se

5 A LEGITIMA DEFESA E O ABERRATIO ICTUS

O termo "Aberratio ictus" etimologicamente vem do latim e significa "erro de alvo" ou "erro de golpe", no Direito, a palavra é utilizada para se referir a prática de um determinado delito resultado de um erro que é resultado de um acidente ou de falha na execução do crime, o agente atinge pessoa diversa da pretendida.

A legitima defesa e aberratio ictus segundo a doutrina é possível e ocorre quando se utilizando do recurso de legitima defesa ocorre o erro na execução. O Código Penal em seu artigo 73 informa que:

Erro na execução

Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

"Pode ocorrer que determinado agente, almejando repelir agressão injusta, agindo com animus defendi, acabe ferindo outra pessoa que não o seu agressor ou mesmo a ambos (agressor e terceira pessoa)" Greco (2015). Nesse caso o resultado do erro da execução (aberratio ictus) será amparado pela causa de justificação da legitima defesa e dessa forma ele não poderá responder criminalmente embora seja possível a responsabilização civil quanto ao terceiro inocente.

"Se repelindo uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, o agente atinge pessoa inocente, por erro no emprego dos meios de execução, subsiste em seu favor a legitima defesa", assim assegura Masson (2016), ele ainda cita como exemplo: "A" se defende de tiros de "B", revidando disparos de arma de fogo em sua direção. Acerta, todavia, "C", que nada tinha a ver com o incidente, matando-o.

6 A LEGITIMA DEFESA PUTATIVA

Outra hipótese de legítima defesa ocorre quando o agente pensando está defendendo-se, mas, acaba praticando um ataque injusto. Desta forma é formada a legítima defesa real contra legítima defesa putativa conforme ensina Capez (2015) e em suas palavras acrescenta: “Se é certo que ele não sabe estar cometendo uma agressão injusta contra inocente, é mais certo ainda que este não tem nada a ver com isso, podendo repelir o ataque injustificável”. O exemplo desse dispositivo seria quando um policial ao solicitar que um suspeito fique parado, mas, vê-lo colocando a mão no bolso e imagina que ele vai sacar uma arma. Pensando que vai ser atacado, atira em legítima defesa imaginária. Para Capez (2015) “quem recebe a agressão gratuita pode revidar em legítima defesa real”. A legítima defesa imaginária é a legítima defesa putativa, onde só existe na cabeça do agente. Assim é configurada como um ataque qualquer, uma agressão injusta.

Em outro momento Damásio (2011) cita que “há legítima defesa putativa quando o agente, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe encontrar-se em face de agressão injusta (artigo. 20, §1º, 1ª parte, e artigo 21). Nesse sentido, é disposto no Código Penal artigo 20 cita o erro sobre o elemento do tipo e em seu § 1º dispõe da discriminante putativa:

Erro sobre elementos do tipo (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Discriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

No caso da discriminante putativa o autor será isento de pena.

7 A LEGÍTIMA DEFESA NO CONTEXTO DA LEI DO PACOTE ANTICRIMES

Com a lei de n. 13.964/2019 a chamada Lei do Pacote Anticrimes, foi disposto o parágrafo único no artigo 25 do Código Penal que dispõe:

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Vide ADPF 779)

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vide ADPF 779)

Trata-se de uma ampliação do reconhecimento da legítima defesa somente em relação aos agentes policiais ou de segurança pública, buscando uma maior isenção da responsabilidade penal desses agentes, sendo que todos são iguais perante a lei.

No que se refere especificamente à legítima defesa, pode-se definir o instituto como uma hipótese de proteção individual de direito próprio ou de terceiro que se fundamenta em dois princípios: a proteção individual de bens jurídicos e a afirmação do direito em defesa da ordem jurídica, ou como afirma Juarez Cirino dos Santos: O princípio da proteção individual justifica ações típicas necessárias para defesa de bens jurídicos individuais contra agressões antijurídicas, atuais ou iminentes. O princípio da afirmação do direito justifica defesas necessárias para prevenir ou repelir o injusto e preservar a ordem jurídica, independentemente da existência de meios alternativos de proteção, porque o direito não precisa ceder ao injusto, nem o agredido precisa fugir do agressor – excetuados casos de agressões não dolosas, de lesões insignificantes, ou de ações de incapazes, próprias da legítima defesa com limitações ético-sociais.

Entende-se por agressão a ação humana violenta ou ameaçadora dirigida contra bens jurídicos do agredido ou de terceiros. O conceito de agressão relaciona-se com o conceito de conduta humana do direito penal, o que significa que aqueles movimentos corporais qualificados como ausência de conduta (ataques epiléticos, choques elétricos, convulsões etc.) não podem ser considerados agressão e, conseqüentemente, não são passíveis de ser repelidos sob a excludente da legítima defesa. Assim, por exemplo, se uma pessoa, ao ter um ataque epilético, lesiona bem jurídico de terceiro, este não pode repelir a agressão sob a justificativa da legítima defesa (conforme veremos adiante, tal situação poderá, eventualmente, caracterizar estado de necessidade). Entretanto, podem caracterizar agressões passíveis de ser repelidas por legítima defesa tanto as condutas comissivas como as omissivas, bem como as dolosas e as culposas.

O uso moderado dos meios necessários é a medida da legítima defesa. Existem, em verdade, dois elementos distintos: a escolha dos meios necessários para repelir a agressão injusta e o uso moderado desses meios. Esses elementos são regidos pelo princípio da proporcionalidade, isto é, a vítima da agressão deve defender-se de maneira proporcional à agressão injusta. No entanto, é preciso frisar que não se faz necessário – nem possível na maioria das vezes – observar uma proporção absolutamente rígida e inflexível entre a agressão injusta e a legítima defesa, pois, no caso concreto, o defendente somente poderá utilizar-se dos meios que estão à sua disposição e também não está obrigado a se submeter a nenhum risco. Claus Roxin explica esse ponto da seguinte forma: “Necessária é toda defesa idônea, que seja a mais benigna de várias defesas possíveis, e que não esteja vinculada ao risco imediato de sofrer um dano”.

No tocante à titularidade do bem jurídico, a legítima defesa está autorizada tanto para a defesa de direitos próprios – legítima defesa própria – quanto de terceiros – legítima defesa de

terceiros. Interessante observar que os bens jurídicos individuais, tais como a vida, o patrimônio, a saúde, a liberdade, a dignidade etc., são suscetíveis de legítima defesa.

Esse dispositivo se refere a uma agressão em direção a uma vítima a qual está privada da liberdade, permanecendo refém durante a realização do crime. Nesse contexto é fundamentado a previsão do dispositivo a qual no caso de defesa pelos agentes de segurança pública, amplia as possibilidades de justificativa, desde que usando meios moderados e necessários.

Durante os primeiros anos de vigência da Lei 13.964/2019, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem uniformizando a interpretação de seus dispositivos. Acórdãos sobre o Pacote Anticrime foram divulgados em seis edições do Informativo de Jurisprudência, publicação periódica produzida pela Secretaria de Jurisprudência do tribunal.

8 A ATIVIDADE POLICIAL COMO ATIVIDADE DE RISCO E A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA LEGITIMA DEFESA

Segundo o Fórum Nacional de Segurança Pública os profissionais de segurança pública e das instituições policiais são parte fundamental da democracia.

O Brasil tem quase 700 mil policiais civis, federais e militares na ativa e conhece muito pouco sobre quem são e o que pensam e/ou no que acreditam esses profissionais.

O Pacto Federativo do país dificulta bastante a produção nacional de dados e estudos, uma vez que não existe nenhum órgão inequivocamente responsável por produzir conhecimento sobre todas as instituições policiais. A relação entre União, Distrito Federal, estados e municípios na área da segurança pública é uma relação que gera não poucos ruídos e, por vezes, conflitos de competência e atribuições.

Nesse quadro de constantes incerteza e premidas pelo volume gigantesco de casos atendidos todos os anos, as polícias, sobretudo as Polícias Civil, Militar e Federal foram ganhando espaço no debate político nacional e, também, foram se transformando em corporações com considerável nível de autonomia operacional.

As polícias brasileiras gozam de grande discricionariedade para delimitar padrões operacionais de policiamento e são peça-chave para entendermos os riscos e o momento político-institucional do país.

Cientes dessa centralidade institucional e de todos os obstáculos para a modernização da segurança pública, pela qual medo, violência e crime sejam enfrentados a partir dos marcos constitucionais.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública realizou nova etapa do estudo sobre pautas ideológicas dos policiais nas redes sociais. O levantamento aproveitou o fato de que cada vez mais policiais manifestam-se publicamente nas redes sociais sobre diversos assuntos, com destaque para política e religião, para conhecer opiniões, sentimentos, visões de mundo e crenças que movem

tais profissionais. Um modelo de análise que permitisse tal mapeamento e, ao mesmo tempo, mensurasse a representatividade das manifestações nas redes sociais em relação ao efetivo total de policiais no Brasil.

A atuação policial diariamente encontra diversas ocorrências com gigantescas complexidades tendo como início uma simplória abordagem até a utilização do uso da força para coibir a prática de um ilícito penal. Um exemplo real pode ser analisado no caso em que o inquérito policial concluiu que PM que matou assaltante em hamburgueria de Porto Alegre, agiu em legítima defesa, testemunhas afirmaram que policial anunciou que era da Brigada Militar antes de atirar. O caso aconteceu no dia 07 de abril de 2022, no bairro de Cristal, em Porto Alegre conforme exposto no portal de notícias GZH segurança.

Na reportagem a delegada Luciana Smith, da 20ª Delegacia de Polícia explica que o policial agiu em legítima defesa de terceiros, pois os dois assaltantes ingressaram no estabelecimento, ambos armados, colocando armas na cabeça dos clientes e após o policial anunciar que era policial, os assaltantes não se renderam e conforme relato de testemunhas, efetuaram disparos contra o PM, porém a arma falhou.

Entretanto nem sempre o policial está na cena do crime ou é o primeiro a chegar na cena do crime, chegando por vezes após a consumação ou em com a ocorrência em andamento e ainda ter que desenvolver papel de conciliador ou até mesmo de psicólogo.

Dentro desse cenário conturbado estão os profissionais da segurança pública responsáveis por proteger a coletividade. Assim é determinada a missão da Polícia Militar do Amazonas "Preservar a Ordem Pública e o Meio Ambiente no Estado do Amazonas, mediante um Policiamento Ostensivo de Excelência".

E em relação ao processo penal para apuração de crime doloso contra a vida de civil cometido por militar o julgamento da causa é de competência da Justiça Criminal Comum, por meio da vara do Tribunal do Juri do local onde o crime foi praticado.

Dessarte, nos termos do art. 415, inciso IV, do Código de Processo Penal, o Juiz deverá absolvê-lo, desde logo, quando demonstrada causa de excludente do crime, temos como exemplo disso a legítima defesa, ela que elide antijuridicidade do delito.

Sendo que, essa absolvição sumaria, quando fundada na legítima defesa, somente é possível de ser decretada se a excludente restar comprovada. Assim o policial militar quando utilizando de meios moderados e necessários tanto para repelir disparos contra si por um criminoso, quanto para salvaguardar a vida de terceiro que posteriormente tenha sido feito de refém durante uma perseguição. Assim o fato de o policial ter atingido com um disparo um jovem inocente, caracterizando o *aberratio ictus*, não afasta a excludente de ilicitude da legítima defesa, por força do art. 73 do Código Penal Brasileiro.

Portanto, o instituto da Legítima Defesa é de suma importância na aplicação da atividade policial caso contrário o agente teria seu direito de defesa mitigado. Apesar da complexidade do instituto é necessária sua análise minuciosa, principalmente do disposto no parágrafo único do

artigo 25 do código penal onde, conforme já foi exposto, é registrado a legítima defesa para o agente de segurança pública conforme foi previsto com a lei 13.964/2019 a qual a imprensa chama de Pacote Anticrime.

9 CONCLUSÃO

Em meio a realização deste trabalho, ficou mostrado que o instituto da Legítima Defesa resultado de requisitos elencados na legislação penal brasileira e ainda da subjetividade a ser ensinada pela doutrina jurídica e aplicado pelo judiciário em nome do Estado Brasileiro. No primado trabalho apresentado foi tratado da Legítima Defesa na atuação policial, haja vista ainda existir questionamentos duvidosos que asseguram que o policial, quando de serviço ao reagir a uma agressão injusta e iminente praticara um excesso de poder, mas que na verdade ninguém tem o dever de matar nem de ferir, salvo na legítima defesa quando preenchido os requisitos e mesmo assim, não é um dever e sim um direito.

No decorrer do trabalho também foram expostas normas legais, como a segurança pública na constituição federal brasileira de 1988, a tipificação da legítima defesa no código penal brasileiro, a legítima defesa para a doutrina e ainda a atividade policial como atividade de risco e a aplicabilidade do instituto da legítima defesa, para responder o questionamento da problemática de quais os direitos do policial militar em relação a legítima defesa e se seria lícito a autodefesa dos profissionais de segurança pública enquanto trabalham como policiais militares.

Assim como foi mostrado a importância do profissional de segurança pública e todos os obstáculos para a modernização da segurança pública e o levantamento feito pelo fórum nacional de segurança pública que mostrou o fato de que cada vez mais policiais manifestam-se publicamente nas redes sociais sobre diversos assuntos, com destaque para política e religião, para conhecer opiniões, sentimentos, visões de mundo e crenças que movem tais profissionais. Um modelo de análise que permitisse tal mapeamento e, ao mesmo tempo, mensurasse a representatividade das manifestações nas redes sociais em relação ao efetivo total de policiais no Brasil.

Assim sendo, tanto a doutrina quanto a legislação brasileira asseguram os direitos dos policiais militares em utilizar o instituto da legítima defesa com atendimento aos seus diversos requisitos, portanto sendo lícito a atuação policial em responder a um ato ilícito com os meios necessários para que contenha o agressor.

10 REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 26/05/2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em: 26/05/2022

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito Penal**, volume 1, parte geral. 19. Ed. São Paulo. Saraiva, 2015

GALVAO, Fernando. **Legítima defesa por agente de segurança pública**. Observatório da Polícia Militar Estadual. Minas Gerais, 09/03/2020. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/03/09/legitima-defesa-por-agente-de-seguran%C3%A7a-p%C3%ABblica>>. Acessado em: 26/05/2022

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. Volume 1, parte geral. 17. Ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015.

GEN JURIDICO. **A legítima defesa na lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/06/02/legitima-defesa-pacote-anticrime/>>. Acessado em: 15/09/2022.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1, parte geral. 32. Ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**, volume 1, parte geral. 10. Ed. Rio de Janeiro. Método, 2016.

VIESSERI, Bruna. **Inquérito conclui que PM que matou assaltante em hamburgueria e Porto Alegre agiu em legítima defesa**. Gaúcha Zero Hora. Porto Alegre, 11/05/2022. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2022/05/inquerito-conclui-que-pm-que-matou-assaltante-em-hamburgueria-de-porto-alegre-agiu-em-legitima-defesa-cl30lzv57002e019i3f9rk0vj.html>>. Acessado em: 26/05/2022

FORUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Profissionais de Segurança Pública**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/politica-entre-os-policiais-militares-civis-e-federais-do-brasil/>. Acessado em: 15/10/2022

A TAXA SELIC E SUA INTERAÇÃO COM A INFLAÇÃO NO BRASIL

ALVARO EDUARDO DA SILVA: acadêmico da
Fundação Educacional de Fernandópolis - FEF

LUCAS MATEUS TOSTI

MATEUS RODRIGUES DA SILVA

(coautores)⁹⁵

DANIELA BORELI⁹⁶

(orientadora)

ROGERIO DE JESUS RIBEIRO⁹⁷

(coorientador)

Resumo: No Brasil, um dos principais métodos de controle inflacionário utilizado pelas autoridades na formulação da política monetária é a taxa de juros. Esse método se tornou ainda mais importante após junho de 1999, quando o Brasil adotou o sistema de metas inflacionárias que já era praticado na maioria dos países da América Latina, a partir de então, ficou claro o objetivo de alcançar as metas estabelecidas. A taxa Selic, por ser a taxa básica de juros, influencia todas as taxas de juros praticadas no país, como as taxas de empréstimos, financiamentos e das aplicações financeiras. A inflação, por sua vez, é o nome dado ao aumento contínuo e generalizado dos preços de produtos e serviços em um dado período, ela é calculada periodicamente e divulgada por diferentes índices de preços. Este trabalho foi elaborado a partir de estudos bibliográficos, tendo como principais fontes de informação os sites oficiais do governo, livros, artigos e revistas científicas que abordam sobre o assunto. Ao término deste trabalho foi possível identificar a relevância das decisões tomadas acerca da política econômica de um país, bem como, a relação intrínseca existente entre taxa de juros, crédito, consumo e inflação e seus impactos na economia e no cotidiano da sociedade de modo geral.

Palavras-chave: Política Econômica, Juros, Inflação.

Abstract: In Brazil, one of the main methods of controlling inflation used by the authorities in formulating monetary policy is the interest rate. This method became even more important after June 1999, when Brazil adopted the inflation targeting system that was already practiced in most Latin American countries. The Selic rate, as the basic interest rate, influences all interest rates practiced in the country, such as loan, financing and financial investment rates. Inflation, in turn, is the name given to the continuous and generalized increase in the prices of products and services in a given period, it is periodically calculated and disclosed by different price indices. This work was

95 Acadêmicos da Fundação Educacional de Fernandópolis - FEF

96 Contadora, Especialista em Gestão Empresarial e Consultoria, Mestre em Ciências Ambientais, Docente na FEF e Faculdade Futura de Votuporanga, graduanda em Direito na FEF.

97 Mestre em Engenharia de Produção – UNIARA, Graduando em Direito – FEF, Professor Universitário FEF.

elaborated from bibliographical studies, having as main sources of information the official government websites, books, articles and scientific magazines that approach the subject. At the end of this work, it was possible to identify the relevance of the decisions made about the economic policy of a country, as well as the intrinsic relationship between interest rates, credit, consumption and inflation and their impacts on the economy and the daily life of society in general.

Keywords: Economic Policy, Interest, Inflation.

Introdução

Para Fortuna (2005), a Taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia) é um termômetro do custo do dinheiro no Brasil, utilizada para controlar os juros na Economia Brasileira. O COPOM (Comitê de Política Monetária) toma iniciativas para manter sob controle a taxa Selic, pois é ela quem vai favorecer o aumento da disponibilidade ou a restrição do crédito as pessoas, impactando ainda na rentabilidade dos investimentos de renda fixa ou variável.

É de suma importância a definição da taxa de juros pelo Banco Central do Brasil, visto a capacidade que esse meio tem em influenciar o comportamento do nível de preços e a atividade da economia (Mendonça, 2005). De outra forma, Muniz et al (2012) descrevem que por meio da Selic o Banco Central controla o nível de preços e ajusta a demanda agregada. Ainda conforme Mendonça (2005), vale salientar que é através da Selic que as demais taxas, por mediação, são determinadas.

Nota-se que a elevação na taxa de Juros gera a diminuição do consumo e do investimento, mediante a isso ocorre a diminuição dos preços dos produtos causando assim a queda no índice inflacionário. Dessa forma a SELIC é utilizada pelo governo como mecanismo monetário para combater a inflação. (ASSAF NETO; LIMA, 2014)

Devido uma acelerada expansão do crédito, surgiu a Inflação no Brasil, Historiadores e Economistas relatam um grande avanço inflacionário no final do século XIX, o qual passou a ganhar destaque durante a década de 1980. (PIAZENTINI 1999)

Lopes e Rosseti (2001, p 303) destacam:

“[...] a inflação é caracterizada por um aumento no nível geral de preços. Mas para ser característica típica da inflação, o aumento precisa alcançar todas as camadas e conjuntos de fatores de produção e de bens e serviços finais movimentadas na economia. Por causa do efeito generalizado do aumento de preços, a elaboração de índices que servem como indicação da inflação”.

O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) elabora o IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo) e o INPC (Índice Nacional de Preços ao consumidor), sendo o IPCA uns dos mais relevantes, e que o governo federal julga ser o Índice Oficial. A diferença entre IPCA e INPC é que o IPCA leva em conta uma parcela maior da população, apontando a variação do custo de vida médio de uma família com renda mensal de 1 a 40 salários-mínimos, enquanto o

INPC verifica o custo médio de famílias com renda mensal de 1 a 5 salários-mínimos. (Portal IBGE, 2022)

Objetivo Geral

Esse trabalho tem por objetivo demonstrar por meio de uma revisão bibliográfica o que é a Taxa Selic e qual a sua relação com a oferta de crédito, consumo e inflação.

Objetivos Específicos

Os objetivos específicos deste trabalho são:

- Apresentar os conceitos gerais sobre Taxa Selic, Juros, Crédito e Inflação;
- Contextualizar a relação entre os conceitos apresentados e os reflexos na economia;

TAXA SELIC

O nome Selic é extraído da sigla do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia. Este sistema é uma infraestrutura do mercado financeiro administrada pelo Banco Central. Nesse sistema são transacionados títulos públicos federais e a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados nesse sistema refere-se a taxa Selic. (BRASIL 2022)

A Selic é a taxa básica de juros da economia, e é o instrumento de política monetária mais utilizado pelo BC (Banco Central) para controlar a inflação no país. Ela influencia todas as taxas de juros, como as taxas de juros dos empréstimos, dos financiamentos e das aplicações financeiras. (BRASIL 2022).

A taxa Selic se refere à taxa de juros trabalhada nas operações de empréstimos do cotidiano entre as instituições financeiras que utilizam títulos públicos federais como garantia. O Banco Central opera no mercado de títulos públicos para que a taxa Selic efetiva esteja em linha com a meta da Selic definida na reunião que ocorre no COPOM (Comitê de Política Monetária). (BRASIL 2022).

Os Títulos Públicos Federais, são títulos com promessas de pagamento emitidas pelo governo federal representado pelo Tesouro Nacional, isto é, quando o governo emite um título, o governo torna-se devedor e quem compra o título financia o governo. (TESOURO 2022)

Esses títulos são comprados através de um programa virtual em que os títulos do tesouro nacional são negociados diariamente e além do banco central, apenas algumas instituições financeiras têm autorização para negociar esses títulos. As mesmas utilizam dos títulos como forma de garantia para empréstimos interbancários, visto que por lei, ao final do dia, as instituições financeiras não podem ter caixa negativo, e por isso fazem empréstimos umas com as outras. (TESOURO 2022)

Para falar sobre esses títulos primeiro e necessário falar de como a Selic trabalha. Selic é a sigla para Sistema Especial de Liquidação e Custódia. A Selic está ligada aos juros dos títulos públicos que o governo oferece para quem os adquire, os títulos do Tesouro são certificados de dívida emitidos e vendidos pelo próprio governo através do Sistema Especial de Liquidação e Custódia e quem compra esses títulos ganha o direito de em um determinado período receber o valor do título de volta com o acréscimo de juros. (TESOURO 2022)

Segundo Souza 2022:

“É importante entender, entretanto, que a maioria dos títulos do tesouro é comprada por grandes instituições financeiras e isso acontece porque, por lei, toda instituição é obrigada a depositar uma parcela dos depósitos recebidos no dia em uma conta no Banco Central. Essa é uma forma de controlar a quantidade de dinheiro em circulação e evitar o aumento da inflação.”

De acordo com Gamboa, economista da ACSP (Associação Comercial de São Paulo), nem mesmo os economistas podem prever os valores da Selic, porém é possível fazer estimativas de acordo com indicadores econômicos, e acompanhando as declarações do Banco Central. E ainda de acordo John Maynard Keynes (1996, p.200):

“Quando uma mudança no noticiário afeta a opinião e as necessidades de cada um de forma precisamente idêntica, a taxa de juros (tal como é indicada pelos preços de títulos e dívidas) se ajustará imediatamente à nova situação sem necessidade de quaisquer transações de mercado”.

INFLAÇÃO

Inflação é o aumento dos preços dos produtos e serviços, ela resulta na diminuição do poder de compra da moeda, esse índice é medido por vários índices de preços, porém o IPCA ‘Índice de Preços ao Consumidor Amplo’, é o utilizado pelo sistema de metas para inflação. (BRASIL 2022).

O IBGE produz mais dois relevantes índices de preços, o IPCA, que o governo federal leva em conta ser o Índice Oficial, e o INPC. Ambos buscam medir a variação de preços de uma cesta de produtos e serviços consumida pela população, os resultados apontam e compram os preços de um mês para o outro (IBGE.GOV). Essa Cesta é definida pela Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), do IBGE, que por sua vez busca averiguar o que a população em geral consome e quando esses produtos consomem de suas rendas: arroz, feijão, passagem de ônibus, material escolar, etc (IBGE 2022).

Várias vertentes podem causar a Inflação, como por exemplo pressões de demanda, pressão de custos, inércia inflacionaria e expectativas de inflação, e por sua vez também causa serias consequências, por desestimular o investimento e dessa forma prejudicando o crescimento econômico. Os preços ficam instáveis causando ineficiências na economia. As pessoas físicas e jurídicas perdem a ideia de preços relativos e não conseguem distinguir se algo está barato ou

caro. É notório que a inflação afeta particularmente a camada menos favorecidas da população, visto que não possuem recursos para se defender da variação dos preços. (BRASIL 2022).

A elevação da Inflação também causa o aumento da dívida pública, devido ao fato de que a taxa de juros da dívida pública tem que compensar não só o efeito da inflação, mas também precisa cobrir um prêmio de risco para compensar incertezas associadas com a inflação mais alta. (BRASIL 2022).

Por que a deflação seria indesejável? O Banco Central trabalha para manter a inflação baixa, não para que os preços declinem a ideia de que os preços cobrados sejam o menos voláteis possível ao longo do tempo, com inflação baixa e previsível, é importante para a perspectiva de todos. Por mais intrigante que possa parecer, preços em queda, podem ser prejudiciais para o bom andamento da economia. Um comerciante pode sofrer prejuízo se ganhar menos no futuro, pelo estoque que fez hoje. As família e empreendimento poderão adiar decisões de consumo e investimento se esperarem que os preços serão mais baixos amanhã, fazendo com que a economia seja desaquecida. (BRASIL 2022).

Quando J. M. Keynes escreveu seu artigo "Consequências sociais da desvalorização do valor da moeda na sociedade 2000", defendeu que a inflação era um fenômeno que impactava as classes sociais de diferentes formas e que se ocorresse um aumento dos preços na mesma dimensão para todos os produtos da economia, se observaria apenas uma variação nominal dos preços. Mas com isso não acontece na prática, sempre que a economia passa por um processo inflacionário, também aumenta a concentração de renda.

Na realidade econômica do Brasil, o regime de metas de inflação foi implementado seguindo as características e particularidades do país macroeconômicas do país em meados de 1999, no que diz respeito à escolha das metas, dos intervalos de variação e do índice que mediria a inflação. (CARRARA; CORREA 2012).

A política monetária do país foi alocada levando em conta a inflação medida pelo IPCA (Índices de Preços ao Consumidor Amplo) cheio. E para que se pudesse flexibilizar a estratégia monetária adotada, foram definidos também intervalos de tolerância para a inflação. (MENDONÇA, 2007).

É notório e válido o argumento de que o Banco Central, utiliza a taxa Selic, como principal instrumento para controle da inflação. Por outro lado, existe uma parte relevante da Inflação, medida pelo IPCA que não é impactada pela Selic, visto que os preços administrados, são em sua grande parte regidos por contratos, e dependem de autorização previa do governo ou de algum órgão do poder público, e ainda, observam a inflação passada medida por IGP (Índice Geral de Preços), bem como, possuem um peso de 28,7% do IPCA em sua composição. (MENDONÇA 2007).

Importante ressaltar ainda que cada variável que compõem os preços administrados possui políticas de reajuste particulares, o que resulta na influência de outros preços livres ou administrados. Uma característica desses itens que compõem os preços administrados é que eles

possuem baixa sensibilidade a oferta e demanda, como por exemplo contas de energia e telefone. Ademais observa-se particularidade inercial nos preços administrados, uma vez que observam a variação passada dos índices de preços. (HELDER FERREIRA 2007)

Metodologia

A pesquisa bibliográfica é a observância de obras publicadas sobre a teoria que irá direcionar o trabalho científico, o que necessita de uma análise e interpretação criteriosa sobre cada ideia, reunindo analisando e comparando ideias. (SOUZA 2021)

Para o desenvolvimento deste trabalho foram utilizados materiais provenientes de diversos meios de informação, tais como: livros, revistas, artigos científicos e portais oficiais de informação de órgãos de governo na Internet.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

É importante entender a relação entre a Taxa Selic e a Inflação, pois ambas estão diretamente ligadas entre si e a economia nacional, e uma das funções como a principal citada aqui é ajudar a conter a inflação, mantendo-a equilibrada.

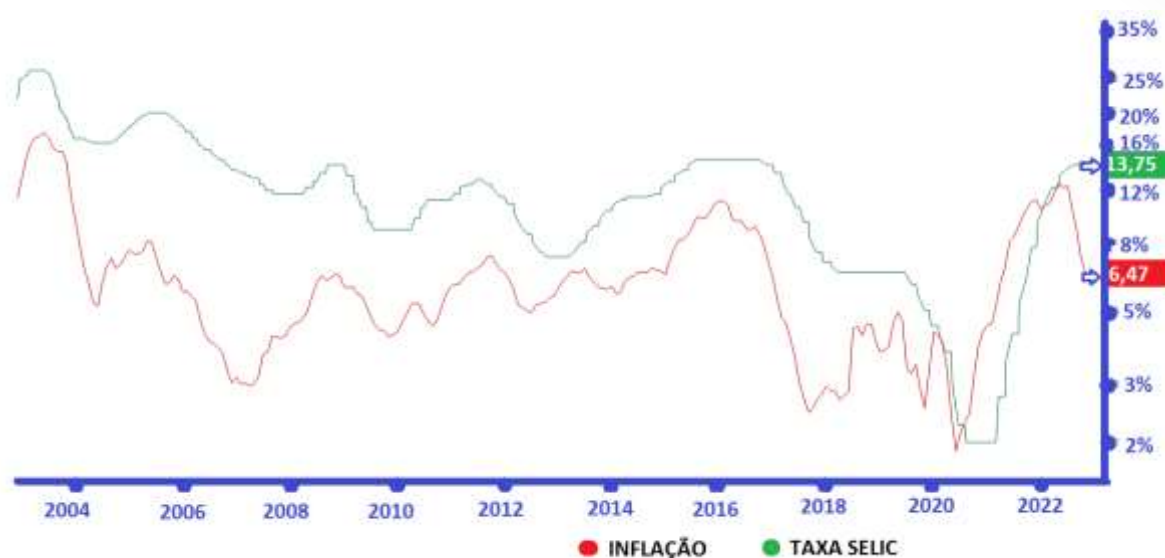
Partindo de início da operação onde se define a taxa Selic pelo COPOM (Comitê de Política Monetária), que afeta diretamente os títulos públicos emitidos pelo governo e adquiridos pelas instituições financeiras, para fins de garantia nos empréstimos interbancários. Essa taxa é repassada ao consumidor seja por meio de empréstimos e financiamentos, ou para aqueles que se permitem investir e “tirar proveito” em momentos em que a taxa é elevada.

Sendo assim, o governo tem em mãos uma ferramenta de suma importância, capaz de afetar fortemente a inflação e conseqüentemente a economia do país, colocando mais dinheiro em circulação com a redução da taxa, aquecendo assim a economia, ou retirando dinheiro de circulação através da alta da taxa, que torna menos atrativo tomar créditos das instituições financeiras, e se torna viável adquirir investimentos que estejam atrelados à taxa Selic, contraindo a economia do país. Apesar das lacunas que possam existir, que acabam por si só reduzindo a eficácia da ferramenta, como é o caso dos preços administrados por contratos, que podem ou não depender de órgãos do Poder Público, e são pouco sensíveis a oferta e demanda.

A Inflação não pode ser estabelecida por algum órgão, visto que é resultante de uma variação contínua e generalizada dos preços de produtos e serviços. Sendo assim a Taxa Selic, é uma ferramenta de política monetária do governo para controlar a inflação. Por exemplo em um caso em que o IPCA está alto, o Copom aumenta a Selic. Assim o acesso ao dinheiro se torna mais caro, o que diminui o consumo e conseqüentemente a inflação.

Na figura 1 é possível observar a movimentação da Taxa Selic, em relação as oscilações da Inflação.

Figura 1 Interação da taxa Selic e inflação



Fonte: Adaptado do Portal do Tesouro Nacional (2022)

Na figura 1, é possível observar a interação da Inflação com a Taxa Selic, fica claro a reação da referida taxa após a oscilação da Inflação, mas o que isso quer dizer? A Selic varia de acordo com a movimentação dos preços e serviços, é após uma reação de mercado que é definido se a taxa aumenta ou diminui. Observando como exemplo na figura 1 no começo do ano de 2020, depois de uma significativa queda, a Selic que também vinha declinando, passou a subir junto com a Inflação, buscando conter esse crescimento repentino, que dentre outros fatores, se deu pela Pandemia Covid-19, e causou grande choque ao mercado Brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse trabalho foi trazer de maneira simples e pratica a respeito da taxa Selic, e sua influência na Inflação do país, e dessa forma, buscou-se ponderar a relação entre ambas.

Se a taxa Selic diminui, o crédito se torna mais acessível através dos juros baixos, dessa forma mais dinheiro é aplicado no mercado e a inflação tende a subir. Por outro lado, se a Selic sobe, os juros ficam mais altos tornando mais difícil o acesso ao crédito e menos dinheiro a disposição da população, sendo assim a tendência é baixar a inflação.

Um exemplo prático para maior clareza; quando o governo deseja estimular a Economia, ele torna o dinheiro mais acessível, baixando a Taxa Base de Juros (Selic), dessa forma os empréstimos e financiamentos se tornam na maioria das vezes mais vantajosos, dessa forma a população consegue maior poder de compra devido ao vantajoso acesso ao crédito, isso faz com que a Inflação aumente devido a forte demanda. O aumento da Inflação faz com que a Selic também aumente, como forma de tornar mais caro o acesso ao crédito e dessa forma, tirar dinheiro de circulação, tornando mais vantajoso os investimentos do Tesouro Selic, que passa a pagar mais juros, ou seja, ao invés de ser viável tomar empréstimos ou financiamentos, passa-se a ser mais

atraente “emprestar” dinheiro ao tesouro, aplicando dinheiro em seus investimentos. Dessa forma o consumo tende a diminuir visto que está difícil o acesso ao dinheiro, gerando assim a contenção do avanço da inflação.

Após a observância da Taxa Selic como ferramenta, e o impacto que possui na Inflação, pode-se assim dizer que esse recurso tem suma importância no país, e na vida de cada cidadão, visto que está sempre se movimentando em favor do bom andamento da Economia Brasileira, buscando sempre controlar a prática de taxaço e também os preços praticados pelos ofertantes, observando o desenvolvimento da inflação e buscando sempre influenciá-la, da melhor maneira de acordo com cada momento, impulsionando o consumo ou retraindo-o, alocando, ou retirando dinheiro do mercado, tornando-o mais acessível ou mais restrito. É nítido o impacto da Selic no cotidiano das pessoas, apesar de ser tão pouco conhecida, pode afetar diretamente os planos e projeções feitas por cada pessoa, assim como também causa grandes impactos no poder de compra, visto que interfere diretamente nos preços praticados pelo mercado.

Observa-se então que aquele que possui um breve conhecimento a respeito da Taxa Selic e também da Inflação do país, pode aproveitar de oportunidades criadas pela movimentação da taxa, como por exemplo a remuneração dos títulos públicos, e também se preparar mediante situações de alta na taxa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA A. C. S.; LEITE, K. V. B. Aspectos Políticos e Teóricos da Relação entre Taxa de Juros, Inflação e Déficit Público, 2009.

ASSAF NETO, Alexandre; LIMA, Fabiano Guasti. Curso de administração financeira. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br> >. Acesso em 19 novembro de 2022

BRASIL. Definição e histórico. **Central do Banco do Brasil**. Acesso em: 15 de julho de 2022. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fhtmls%2Fcopom_normas%2Fa-hist.asp%3Fidpai%3Dcopom

BRASIL. **Metas para a inflação. Central do Banco do Brasil**. Acesso em: 15 de julho de 2022. Disponível em: [bcb.gov.br/controleinflacao/metainflacao](http://www.bcb.gov.br/controleinflacao/metainflacao).

CARRARA, A. F.; CORREA, A.L. O regime de metas de inflação no Brasil: uma análise empírica do IPCA, 2012.

FORTUNA, E. Mercado Financeiro: produtos e serviços. 16. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

GONZAGA TAVARES, Ronnie; TAPAJÓS TAVARES, Marcia Fernanda. Títulos públicos federais e suas formas de precificação. Part.3 Cap2 Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::::9:P9_ID_PUBLICACAO_ANEXO:4710

IBGE. <https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php>. Acesso em 19 de novembro de 2022

IBGE. Inflação. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php>. Acesso em 19 de novembro de 2022

IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo. Acesso em 21 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo.html?=&t=destaques>

MENDONÇA, H. F. Metas para inflação e taxa de juros no Brasil: uma análise do efeito dos preços livres e administrados, 2007. Acesso em 15 de novembro de 2022

MENDONÇA, H.F.; DEZORDI, L. L. e CURADO, M. L. A determinação da taxa de juros em uma economia sob metas para inflação: o caso brasileiro. Porto Alegre, 2005. Acesso em 10 de novembro de 2022

MENDONÇA, H.F.; DEZORDI, L. L. e CURADO, M. L. A determinação da taxa de juros em uma economia sob metas para inflação: o caso brasileiro. Porto Alegre, 2005. Acesso em 15 de novembro de 2022

MENDONÇA, Helder Ferreira. **Metas para inflação e taxa de juros no Brasil: uma análise do efeito dos preços livres e administrados**. Acesso em 21 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/hJrTMVCbfr7fVsJRSt6frpf/?lang=pt>

MODENESI, A. (2008), Efeito convenção e inércia na taxa selic: uma estimativa da função de reação do BCB (2007-2007)., in 'I Encontro Internacional da Associação Keynesiana Brasileira'.

SOUSA, Angélica Silva; OLIVEIRA, Guilherme Saramago; ALVES, Laís Hilário "A PESQUISA BIBLIOGRAFICA: PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS". Acesso em: 21 de novembro de 2022. Disponível em <https://revistas.fucamp.edu.br/index.php/cadernos/article/view/2336>

SOUZA, Sara. Selic: **o que é essa taxa e como ela impacta as suas finanças**. Acesso em 21 de novembro de 2022. Disponível em: <https://revistacapitaleconomico.com.br/selic-o-que-e-essa-taxa-e-como-ela-impacta-as-suas-financas>.

SOUZA, Silvio. **Selic é elevada para 11,75%; quais os impactos para o mercado?** FDR. Acesso em: 16 de Julho de 2022. Disponível em: <https://fdr.com.br/2022/03/17/selic-e-elevada-para-1175-quais-os-impactos-para-o-mercado/>

TAXA SELIC: Acesso em; 21 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxaselic>

Taxas de juros básicas – Histórico Acesso em: 21 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/historicotaxasjuros>

VIEIRA, Heleno Vieira; Política econômica brasileira no final do século XIX. Acesso em 26 de Novembro de 2022. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/3423/formacao3-7.pdf>

A REFORMA PSIQUIÁTRICA E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM HOSPITAIS PSIQUIÁTRICOS

LAINA DA SILVA E SILVA:
Graduanda do Curso de Direito
do Centro Universitário
FAMETRO.

MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO OLIVEIRA DE SOUZA

(Orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem como tema: a reforma psiquiátrica e a violação dos direitos humanos em hospitais psiquiátricos. Com os objetivos de: Analisar a evolução dos tratamentos dos doentes mentais e a violação dos direitos humanos em hospitais psiquiátricos; demonstrar para a sociedade o rastreamento do tratamento dos profissionais acerca dos doentes mentais, bem como os efeitos da anuência da Lei Antimanicomial como requisito para melhores práticas de cuidados humanos em visão às garantias fundamentais dos doentes mentais; verificar casos concretos que melhor possam elucidar todo o contexto abordado, tais como a Lei congruente para mostrar como é aplicada a jurisprudência diante o exposto fático; e explicar através de doutrinas os métodos que mais funcionam como direitos humanos, visando sempre a coletividade bem como estruturação de como deve ser zelado um hospital psiquiátrico conforme presumo das obrigações administrativas citadas na Lei nº 10.216/2001, abordagem de pesquisa stricto sensu que limitam a ferramenta de pesquisa e intensifica o foco acerca do tema e delimitação do mesmo. O problema da pesquisa é: Como assegurar os direitos humanos e garantias fundamentais às pessoas com transtornos mentais nos hospitais psiquiátricos?. É necessário frisar pelo respeito ao paciente que possui doença mental, pois, são seres humanos que possuem também a capacidade de externar seus sentimentos e vontades, mesmo que seja de modo adverso do comum. A pesquisa é do tipo bibliográfica, de fontes primárias e secundárias, além de documentação oficial.

Palavras-chave: Reforma Psiquiátrica. Direitos Humanos. Violação.

ABSTRACT: The present research has as its theme: the psychiatric reform and the violation of human rights in psychiatric hospitals. With the objectives of: Analyzing the evolution of treatments for the mentally ill and the violation of human rights in psychiatric hospitals; demonstrate to society the screening of professionals' treatment of the mentally ill, as well as the effects of the approval of the Anti-Asylum Law as a requirement for better human care practices in view of the fundamental guarantees of the mentally ill; verify concrete cases that can better elucidate the entire context addressed, such as the congruent Law to show how jurisprudence is applied in view of the factual exposure; and explain through doctrines the methods that work best as human rights, always aiming at the community as well as structuring how a psychiatric hospital should be taken care of, as I assume from the administrative obligations mentioned in Law nº 10.216/2001, stricto sensu

research approach that limit the research tool and intensifies the focus on the theme and its delimitation. The research problem is: How to ensure human rights and fundamental guarantees to people with mental disorders in psychiatric hospitals?. It is necessary to emphasize the respect for the patient who has a mental illness, because they are human beings who also have the ability to express their feelings and desires, even if it is in an adverse way than usual. The research is of the bibliographical type, of primary and secondary sources, in addition to official documentation.

Keywords: Psychiatric Reform. Human rights. Violation.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A OPERATIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. 1.1 As garantias fundamentais dos Direitos Humanos. 1.2 Os princípios básicos dos Direitos Humanos. 1.3 A manifestação dos Direitos Humanos no Brasil. 2. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM HOSPITAIS PSIQUIÁTRICOS. 2.1 Análise do caso Damiano Ximenes Lopes vs. Brasil. 2.2 Anuência do Decreto nº 678 de 06 de abril de 1992. 2.3 Benefícios da reforma psiquiátrica. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema: a reforma psiquiátrica e a violação dos direitos humanos em hospitais psiquiátricos. Com os objetivos de: Analisar a evolução dos tratamentos dos doentes mentais e a violação dos direitos humanos em hospitais psiquiátricos, Demonstrar para a sociedade o rastreamento do tratamento dos profissionais acerca dos doentes mentais, bem como os efeitos da anuência da Lei Antimanicomial como requisito para melhores práticas de cuidados humanos em visão às garantias fundamentais dos doentes mentais; Verificar casos concretos que melhor possam elucidar todo o contexto abordado, tais como a Lei congruente para mostrar como é aplicada a jurisprudência diante o exposto fático; e Explicar através de doutrinas os métodos que mais funcionam como direitos humanos, visando sempre a coletividade bem como estruturação de como deve ser zelado um hospital psiquiátrico conforme presumo das obrigações administrativas citadas na Lei nº 10.216, abordagem de pesquisa *stricto sensu* que limitam a ferramenta de pesquisa e intensifica o foco acerca do tema e delimitação do mesmo.

O problema da pesquisa é: Como assegurar os direitos humanos e garantias fundamentais às pessoas com transtornos mentais nos hospitais psiquiátricos?.

A abordagem é enfática aos princípios intrínsecos, que se originou através de ideais acerca de conhecimentos específicos da área exposta. A racionalização do tema surgiu mediante pesquisa acadêmica diante de diversas esferas dos direitos humanos, bem como o estudo das causas minoritárias que sofrem com desrespeitos em grande parte do direito, incluindo aquele que deve ser de total tutela e garantia aos menos favorecido como os transtornados mentais.

No rumo contemporâneo os casos concretos são evidentes e prosperados através de situações em grande massa desde meados de 1970, onde cria-se uma linha cronológica de diversas evoluções de violações dos direitos humanos às pessoas com transtornos mentais até a atualidade. Atribuições a serem feitas visam pela fundamentação da equidade no sistema brasileiro de tratamento aos doentes mentais, buscando sempre as evoluções das garantias fundamentais provenientes dos direitos humanos, da legislação vigente e dos efeitos da Constituição Federal de 1988, juntamente com tratados internacionais que garantem e presumem de forma direta a participação de argumentos direcionados a princípios que norteiam além da priorização da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 já exprimia as garantias fundamentais aos cidadão independente de sua categoria psíquica, posteriormente, veio a ser citada a reforma da Lei nº 10.216/2001, que teve como grande evolução em parte definida como reflexo do caso de Ximenes Lopes vs. Brasil, onde tornou-se grande exemplificação do desenvolvimento do assunto, funciona como o fato concreto que atrelou-se a reforma da Lei nº 10.216/2001 antimanicomial, um grande marco às garantias do portador de transtornos mentais, a lei segue o fato; mesmo diante dos artigos pertinentes na Constituição Federal foi necessário objetivar essa lei para que houvessem melhorias, definindo assim manicômio um termo ultrapassado e referenciado como um local destinado a tortura e isolamento do portador de doença mental, nesse progresso houve mais atenção quanto ao tratamento destinado a essas pessoas, com a anuência da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi perceptível o marco realizado através do caso.

Na contemporaneidade tais direitos adquiridos pela Lei citada foram esmorecendo, em algumas partes do Brasil a reforma pode ser vista como fator realmente positivo, já em outras partes bem negativo, pois direcionam um tratamento intrínseco sem definição do que realmente deve ser proposto, uma vez que os números de hospitais psiquiátricos são ainda pequenos face a quantidade de pessoas necessitadas para tais cuidados da psique humana.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagem, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões etc.).

1. A OPERATIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

A priori deve salientar os tramites necessário para entender a desenvoltura de princípios básicos constitucionais. Dentre eles as ramificações das garantias fundamentais do ser humano. Como expressa Emerson Malheiros (2016, p. 31), que torna fisiológico mediante ao seu termo usado: "É um dever social a aplicação concreta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana porque ela é o núcleo axiológico do direito contemporâneo nacional.

A fixação desse conceito exprime a ideia de dever social a aplicação não somente da norma, mas, do direito líquido e certo garantido a todos mediante a Constituição Federal, bem

como um intuito de ideia confederada a uma norma anterior que expressa ao juízo contemporâneo que o meio social caracteriza pessoas para demandar de forma intrínseca os efeitos do direito atributivo ao caso concreto.

Nesse contexto, Malheiros (2016, p. 33) menciona que:

O dever existe porque o princípio e o núcleo axiológico do direito contemporâneo nacional, o núcleo exegético do ordenamento jurídico brasileiro, o núcleo essencial de irradiação dos direitos humanos e o fundamento da República Federativa do Brasil. Trata-se de uma restrição ao poder político supremo de um Estado, pois, apesar de sua personalidade independente e autoridade plena, sua atuação esbarra na condição humana. O parâmetro de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é o art.6º, CF, pois deve ser observado o cumprimento dos direitos sociais ali estabelecidos.

Em constante singularidade a Constituição Federal Brasileira de 1988 é literalmente o fortuito para agregar essa particularidade em exprimir a ideia de razão ao inserir no ordenamento brasileiro a menção de dignidade da pessoa humana bem como a influência do Direitos Humanos em vigor para diversas situações que possam surgir.

1.1 As garantias fundamentais dos direitos humanos

Para atenuar melhor, é necessário a reavalia dos direitos e garantias fundamentais inseridos na constituição que regem o *factum* diante do caso concreto em concordância com tratados internacionais que intensificam essa modalidade do direito aplicando suma importância no ordenamento jurídico para o cumprimento de sentenças favoráveis para casos que violam determinada norma vigente como citadas anteriormente.

É viável seguir a linha das dimensões de direitos humanos, que prosperam a ideologia de atribuir paz, direito dos povos e todo o juízo relacionado a melhorias, onde nessas dimensões é possível avaliar o princípio da complementaridade, que exala que os direitos humanos não devem ser interpretados de forma segregada, mas sim, precisa de uma legislação já em vigor no Estado para que surja juntamente garantindo a completa proteção a raça humana.

Malheiros (2016, p. 43) ainda acrescenta que: “Os direitos humanos não devem jamais ser interpretados isoladamente, mas de maneira conjunta com outros direitos, de modo que a sua presença venha complementar o ordenamento jurídico vigente para a plena proteção da espécie humana”.

Nos direitos humanos não há inviolabilidade, ou seja, não compactua para a ideia de descumprimento do regimento que vigora os principais efeitos para a dignidade da pessoa humana. No Brasil além da Constituição Federal de 1988, surgem alguns efeitos como a ratificação de alguns tratados que ajudam a intensificar a norma legislativa e vigor, um dos mais importante surgem que é a ratificação do Brasil com a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1992, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, diante o Estado se submete a coercitiva da CIDH em casos extremos de desligamento dos direitos humanos, bem como a violação destes.

No caso de Damião Ximenes Lopes, em 1999, onde ele era paciente de um hospital psiquiátrico, mas morreu em consequências de maus tratos realizados pelos profissionais da saúde. A família dele tentou todo tipo de recurso na Justiça comum, não obtendo retorno, impetrou uma petição para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde esta, configurou a primeira punição ao Brasil pela violabilidade de garantias fundamentais, e principalmente pelo direito à vida que foi cessado em decorrência dos maus tratos.

Após essa ocorrência foi possível identificar o princípio da complementaridade dos direitos humanos, o tratado que fora ratificado e serviu como meio punitivo para inoperância dos direitos humanos no Estado, também acrescentou à norma revisões do conteúdo formal, ou seja, surgiu um novo egresso na Lei Antimanicomial nº 10.216 de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Os direitos humanos na atual Constituição brasileira contribuem nas relações internacionais, pois orienta o Estado, cuja normas são dotadas de eficiência (LASCALA, 2011, p. 98).

Vale ressaltar que essa proteção dos direitos humanos em nível internacional, principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, tem contribuído para a disseminação de ações protetivas e respeito pela dignidade da pessoa humana.

1.2 Os princípios básicos dos direitos humanos

Com a Segunda Guerra Mundial a degradação humana em relação aos direitos humanos, ganhou notoriedade, pois, destaca-se nesse período as atrocidades humanas cometidas pelo domínio de Hitler de forma cruel.

Com o fim da guerra, a humanidade percebeu que os direitos humanos precisavam ser reconstruídos, em que o direito e moral deveriam ser reconectados como formas éticas de solução de conflitos, pois, defendia-se que parte das violações ocorridas poderiam ter sido prevenida se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse (BUERGENTHAL *apud* PIOVESAN, 2011, p. 175).

Em 1945, criaram a Organização das Nações Unidas (ONU), em que o processo de internacionalização dos Direitos Humanos começou a ser estruturado, de modo que o princípio da

dignidade da pessoa humana começou a ganhar destaque e respeito junto à comunidade internacional.

No fim da guerra, o mundo estava dividido em capitalismo e comunismo e, por isso, as sociedades suplantaram um período para que as liberdades individuais fossem limitadas, em prol de se alcançar posteriormente, uma sociedade igualitária (CASADO FILHO, 2012, p. 50).

Há de se destacar que até o início do século passado, os direitos individuais e políticos eram estendidos somente à determinados grupos de pessoas que detinham algum poder estatal ou alguma forma de privilégio econômico.

No período pós-guerra e com a luta pela reconstrução dos direitos humanos, um dos primeiros reconhecimentos foi de que o ser humano tem direito a ter direitos (LAFER, 1988).

Assim, o maior dos direitos passa a ser, na terminologia de Hannah Arendt, o "direito a ter direitos". Há, neste cenário, um reencontro com os ideais kantianos de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua, resgatando a visão de que os seres racionais devem existir como fim em si mesmo e jamais como meio, a ser arbitrariamente usado para um propósito específico, separando, definitivamente, as pessoas dos objetos, visto que aquelas possuem valor intrínseco, são únicas, insubstituíveis e dotadas de dignidade, dispendo de verdadeira liberdade e autonomia, merecendo, assim, serem vistas como sujeitos de direito internacional, e não mais "objetos de direito", a fim de que possam, dentro da concepção de autonomia, tomar suas próprias escolhas, defender seus próprios ideais e ver garantidos seus direitos (ALBUQUERQUE, 2015, p. 16).

Com isso, houve uma necessidade de uma ação mais eficaz para proteção dos direitos humanos, que impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, em que o ser humano já não era mais visto como um objeto, mas sim como um indivíduo dotado de direito internacional.

Acerca do surgimento deste novo fenômeno que é a Proteção Internacional dos Direitos Humanos, afirma Brownlie (2007, p. 588):

"Os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial e a preocupação em prevenir a repetição de catástrofes associadas às políticas internas das Potências do Eixo levaram a uma preocupação crescente jurídica e social dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais", fazendo emergir na sociedade internacional uma preocupação na codificação desses direitos em nível interno e internacional. Alertando sobre o perigo da não codificação destes direitos, que "sem esta positivação jurídica, os' direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até por vezes, mera retórica política".

Com a Segunda Guerra Mundial, muitos países tiveram suas economias atingidas pelo conflito e, com o fim, tiveram que reconstruir, intensificando assim, os processos de aglutinação e integração entre as nações.

O sistema jurídico brasileiro possui como núcleo principal os direitos fundamentais, em que a busca por sua efetividade se apresenta como um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito.

A doutrina brasileira apresenta diversos significados do termo “direitos fundamentais”. Destaca-se que para Sarlet (2007, p. 37) também são conhecidos como “direitos humanos, ou, direito do homem, direito subjetivo público, liberdade publica, direitos individuais, liberdades fundamentais ou ainda, os direitos humanos fundamentais”.

Embora os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” sejam utilizados como sinônimos, pode-se distinguir da seguinte forma, que segundo o doutrinador Canotilho (2004, p. 393) assim dispõe: “os direitos humanos não possuem limitações, enquanto, os direitos fundamentais, são instituídos por meio da constituição, ou seja, são limitados no espaço e no tempo”.

Portanto, enquanto os direitos humanos possuem um caráter global, aqueles que foram construídos ao longo dos anos pelos e para os seres humanos, e, os direitos caracterizados fundamentais são justamente as garantias e atribuições que estão previstas no texto constitucional.

Moraes (2008, p.19), apresenta que “a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular”.

De acordo com Bobbio (2005, p. 120), tendo como base os estudos realizados por Kant, os direitos humanos compreendem o direito à vida e o direito de liberdade que, apenas encontraria limites apenas pela liberdade dos demais indivíduos.

1.3 A manifestação dos direitos humanos no Brasil

O núcleo do conceito de direitos humanos encontra-se no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, dignidade esta, expressa em um sistema que exerce uma função orientadora sobre a ordem jurídica, porquanto estabelece o bom e o justo para o homem. No entanto, tanto os direitos humanos quanto os fundamentais têm a pessoa humana como destinatária da sua proteção.

Dallari (2014, p. 53), comentou a expressão “direitos humanos”, citando que: “Uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana e que esses direitos são

considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”.

Direitos humanos trata-se de um ramo de direito, que são inerentes ao ser humano, e por isso assegura a proteção do homem e, pela própria expressão, podem ser entendidos como direitos universais, dos quais todos os homens titulares de tais direitos, independente da condição em que se encontrem, ou da localidade em que vivam, ou até mesmo do período histórico em que estejam inseridos.

Dessa forma, Bobbio (2005, p. 25) ainda acrescenta que os direitos humanos: são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

As normas que definem direitos e garantias fundamentais são aplicadas de forma imediata, como prevê o artigo 5º, §1º da atual Constituição, demonstrando assim, a imperatividade dessas normas, o que significa, que independem de outras normas para terem efetividade (BRASIL, 1988).

Todo brasileiro que se sentir ofendido em relação aos direitos humanos, pode denunciá-lo à Comissão Interamericana. Tal possibilidade pode ser praticada pelo fato do Brasil ser membro da Organização dos Estados Americanos que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, alegando o princípio do esgotamento dos recursos internos.

O referido princípio, é constantemente alegado quando a falha na proteção aos direitos humanos é identificada perante às Organizações Internacionais, quer sejam por recomendações ou por sentenças condenatórias, cujo cumprimento de decisões internacionais é denominado como cooperação jurídica internacional.

2. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM HOSPITAIS PSIQUIÁTRICOS

Para compreender sobre a violação dos direitos humanos em hospitais psiquiátricos, destacaremos a seguir o Caso de Damião Ximenes Lopes que ganhou relevância para compreender a organização atual da saúde mental, o qual se revela como um episódio da história do judiciário brasileiro em que demonstrou a demora em se fazer justiça diante de um tratamento precário do sistema psiquiátrico no país.

2.1 Análise do caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil

A história deste homem diagnosticado como doente mental, ocorreu em 4 de outubro de 1999, na instituição psiquiátrica chamada de Casa de Repouso Guararapes, no município de Sobral, Ceará.

Nessa época, a contenção de Damião ocorreu como era de praxe durante os atendimentos deste tipo de situação. À época tinha 30 anos, e fora submetido “à contenção física, amarrado com as mãos para trás e a necropsia, posteriormente, revelou que seu corpo foi alvo de vários golpes, apresentando escoriações, equimoses em muitos locais”. Posteriormente, recebeu a orientação para uso de alguns remédios por um médico da casa, o qual nem mesmo realizou exames no Damião, sendo encontrado morto após duas horas (JUNIOR; DAVID, 2020, p. 1).

Inicialmente, os seus familiares registraram a ocorrência na delegacia de polícia e peticionaram na Justiça do Estado do Ceará requerendo uma reparação por danos materiais e morais. Ocorreu, contudo, uma denúncia no Âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por espancamento de psiquiátrico, e, em 2004, o caso fora encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil, por ter se passado quase 7 anos que não ter tido resposta do Judiciário, por não observar os direitos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), sendo condenado a reparar os danos que foram causados ao mesmo.

Damião apresentava transtornos mentais, sendo este o motivo que sua família o internou. Após 4 dias de internado, sua mãe foi visitá-lo, porém, o encontrou em condições degradantes, vestidos em frangalhos, com as mãos amarradas para trás, com diversas manchas roxas pelo corpo e sangramento pelo nariz (BORGES, 2009, p. 45).

Nesse contexto, Rosato e Correia (2011, p. 99) menciona um trecho da Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Ele [Damião] veio até ela [mãe] caindo e com as mãos amarradas atrás, sangrando pelo nariz, com a cabeça toda inchada e com os olhos quase fechados, vindo a cair a seus pés, todo sujo, machucado e com cheiro de excrementos e urina. Que ele caiu a seus pés dizendo: polícia, polícia, polícia, e que ela não sabia o que fazer e que pedia que o desamarrassem. Que ele estava cheio de manchas roxas pelo corpo e com a cabeça tão inchada que nem parecia ele.

O Brasil chegou a recorrer da sentença em reconheceu parcialmente a sua responsabilidade internacional por violação dos direitos à vida (art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos) e integridade física (art. 5º) de Damião. Porém, o país negou o reconhecimento quanto a violação à integridade psíquica dos familiares da vítima e tampouco o direito à reparação dos danos materiais e morais.

Vale destacar que o processo de Damião tinha como mérito o tratamento cruel e degradante que fora prestado aos pacientes de doença mental no país, predominantemente estigmatizado pelo modelo manicomial, de caráter segregativo e violento.

Assim sendo, destaca-se os apontamentos realizados pelo perito proposto pela Comissão, Eric Rosenthal, acerca do tratamento dispensado às pessoas portadoras de transtornos mentais:

As pessoas com deficiência mental estão sujeitas a discriminação e fortes estigmas, constituindo um grupo vulnerável a violações de direitos humanos a nível global. Quatro relatores das Nações Unidas constataram que as pessoas com deficiências mentais sofrem as mais perversas formas de discriminação, assim como difíceis condições de vida, se comparados a qualquer outro grupo vulnerável da sociedade. As práticas violatórias dos direitos de pessoas com deficiências mentais seguem padrões similares em todo o mundo. Essas pessoas são arbitrariamente e desnecessariamente segregadas da sociedade em instituições psiquiátricas, onde se encontram sujeitas a tratamento desumano e degradante ou a tortura. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 11).

Nesse sentido, para obter mais esclarecimentos quanto a morte de Damião, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006, p. 9) ouviu o depoimento de Milton Freire Pereira, ex-paciente de hospitais psiquiátricos e agora reabilitado fora dos hospitais, o qual relatou que:

...se circunscreve na cultura de mortificação existente com relação às pessoas que padecem de doenças mentais. Existe uma crença de que não se pode curar a doença mental, o que é consequência da segregação, clausura, violência e ausência de vínculos sociais a que são submetidas aquelas pessoas. A atenção de saúde mental no Estado mudou muito com implementação dos serviços substitutivos do modelo do hospital psiquiátrico. No atual modelo existe participação multidisciplinar de profissionais como psicólogos, assistentes sociais e terapeutas ocupacionais. Entretanto, a hegemonia do modelo manicomial centrado nos hospitais ainda permanece. Esse modelo continua matando, escravizando e evitando para sempre, às pessoas que necessitam de atenção de saúde mental, a participação no seu próprio tratamento, sem possibilidade de reabilitar-se. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 9).

Com o objetivo de esclarecer em sede de análise do processo e da situação da morte, foi ouvida a Lídia Dias Costa, médica psiquiátrica, que em seu depoimento informou que a contenção violenta era uma prática comum dentro do hospital referido, assim como as marcas encontradas pelo corpo de Damião, configurando-se assim, com um tratamento desumano que era oferecido (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 18).

É notório a violência e degradação humana que Damião e os outros pacientes eram submetidos, configurando-se uma violência social, retratada pela posição de desigualdade que o mesmo se encontrava em relação aos seus agressores.

Vale frisar que em suas considerações, a Corte (2006, p. 2) acrescentou que:

Os fatos deste caso se veem agravados pela situação de vulnerabilidade em que se encontram as pessoas portadoras de deficiência mental, bem como pela especial obrigação do Estado de oferecer proteção às pessoas que se encontram sob o cuidado de centros de saúde que integram o Sistema Único de Saúde do Estado.

Em relação à condição de deficiência mental que Damião Ximenes era vítima, a Corte (2007, p. 30) enfatiza que é necessário que o Estado proponha adoção de medidas positivas, que desempenhe funções que protejam as necessidades particulares de cada indivíduo, atentando a sua condição pessoa.

Dentre as responsabilidades imputadas ao Brasil, destaca-se: violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento de Damião Ximenes Lopes. A Corte ainda determinou que fossem pagas indenizações pelos danos materiais e morais sofridos pela vítima e pelos familiares, além das custas processuais no âmbito interno e internacional custeadas, e, ainda determinou a adoção de várias medidas:

6. O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença. [...] 8. O Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta Sentença, nos termos do parágrafo 250 da presente Sentença. [...] 12. Supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído este caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto nesta Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento. (CORTE INTERAMEICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 84).

Assim, a responsabilidade do Brasil restou clara e evidente.

2.2 Anuência do Decreto nº 678 de 06 de abril de 1992

O Decreto nº 678 de 06 de abril de 1992, promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). De acordo com Gomes (2010, p. 18), a Convenção Americana foi assinada em 22 de novembro de 1969, tendo sido aprovada no Brasil no ano de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro daquele ano.

Nesse contexto, conforme já mencionado, em relação ao caso de Damião, o Estado brasileiro foi acusado de violar os direitos previstos nos artigos 4 (direito à vida), 6 (à integridade pessoal), 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) do Pacto de San José da Costa Rica.

Com o objetivo de compreender a significação da Convenção, tem-se que a mesma possui 82 artigos e tem como base os dois primeiros. De modo que se divide em duas partes, versando a parte I sobre os direitos civis e políticos similares aos constantes no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e a parte II sobre os métodos para alcançar a proteção dos direitos dispostos na parte I (MAZZUOLI, 2019, p. 146).

A Convenção Americana é relevante para os Direitos Humanos pois, estabelece mecanismos de proteção e monitoramento, integrada por dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos e da Convenção Americana, cuja função é promover a proteção dos direitos humanos contidos na Convenção. Cabe à Comissão elaborar recomendações aos Estados-partes que integram a Convenção Americana, dispondo sobre a adoção de medidas adequadas em prol da defesa desses direitos, assim como realizar estudos e relatórios que se fizerem necessários (PIOVESAN, 2011, p. 315).

Em relação a Corte Interamericana, destaca-se que apresenta duas funções principais no sistema interamericano. A primeira é de natureza contenciosa, ou seja, a Corte analisa se os membros daquele sistema estão cumprindo ou não o que foi disposto na Convenção. A segunda tem natureza consultiva, é uma análise interpretativa feita pela Corte da Convenção e de Tratados, mas sem envolver litígios (PIOVESAN, 2011, p. 323).

Segundo Mazzuoli (2019, p. 150), “[...] uma vez admitida a denúncia ou queixa, poderá a Comissão abrir um procedimento interno de ‘processamento’ do Estado ou, em última análise, demandá-lo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

No entanto, ressalta-se que apesar de possuir uma competência meramente consultiva, a Comissão poderá (caso não sejam adotadas pelo Estado-parte as medidas recomendadas) remeter

a reclamação para ser apreciada pela Corte Interamericana, que é o órgão jurisdicional desse sistema.

Em análise da competência da Corte, Piovesan (2011, p.327), menciona que:

A Corte tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu a violação, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A Corte pode ainda condenar o Estado a pagar um justa compensação à vítima.

O Brasil, sob análise do referido caso, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992 e aceitou a jurisdição contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998.

Tem-se que a Corte, no exercício de sua competência contenciosa profere sentenças definitivas e inapeláveis (art. 67), uma vez proferida, a Corte não pode mais voltar atrás na sua decisão, “ou seja, as sentenças da Corte são obrigatórias (a título de coisa julgada) para os estados que reconheceram a sua competência em matéria contenciosa” (MAZZUOLI, 2019, p. 155).

E ainda, ressalta-se que quando é reconhecida pela Corte a ocorrência de violação de direitos humanos dispostos na Convenção, “[...] exige a imediata reparação do dano e impõe, se for o caso, o pagamento de justa indenização à parte lesada.” (MAZZUOLI, 2019, p. 156).

2.3 Benefícios da reforma psiquiátrica

A Corte estabeleceu ao Estado brasileiro uma sentença que promovesse a criação de políticas internas que contribuísse para a consistência de programas de capacitação dos profissionais que trabalham com pessoas portadoras de doença mental, seja ele de caráter público ou privado (SENTENÇA. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2006, p. 84).

Conforme relatório desenvolvido por meio do Projeto da Casoteca Latino-Americana de Direito e Política Pública (2007), verifica-se que além de responsabilizar internacionalmente o Estado brasileiro pela violação dos direitos já mencionados anteriormente, a sentença proferida pela Corte Interamericana, datada em 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas), analisou o desrespeito dos direitos humanos de pessoa com doença mental, e ressaltou a importância de respeitar, proteger, regulamentar e fiscalizar tais direitos (PAIXÃO; FRISSE; SILVA, 2007, p. 14-15).

Nesse contexto, é necessário frisar pelo respeito ao paciente que possui doença mental, pois, são seres humanos que possuem também a capacidade de externar seus sentimentos e vontades, mesmo que seja de modo adverso do comum. E nesse sentido, a Corte estabeleceu o reconhecimento ao respeito livre-arbítrio do doente mental quanto ao tratamento psiquiátrico.

Segundo Ramos (2018, p. 827-828):

O caso Damião Ximenes Lopes demonstrou a necessidade de promoção dos direitos das pessoas com transtornos mentais. Cabe ao estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família.

Assim sendo, é notório que a decisão da Corte Interamericana sobre o caso fez ressurgir a discussão de maus-tratos aos pacientes portadores de transtornos mentais.

Nessa perspectiva, o Estado brasileiro estabeleceu a Lei nº 10.216/2001, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, que dispõe acerca da proteção e os direitos básicos dos portadores de doença mental e redireciona o modelo assistencial em saúde mental no Brasil, destacando o artigo 2º, ao qual dispõe que:

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

- I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
- II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
- IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
- V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
- VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

A promulgação desta lei se revelou como um grande avanço, pois, estabeleceu que o acompanhamento em regime de internação nas unidades de tratamento psiquiátrico, seja ele voluntário, involuntário ou compulsório, deverá ser prestado em estabelecimento adequado, com tratamento psiquiátrico apropriado, ofertando assistência integral, incluindo serviços médicos, assistência social, psicológicos e outros (BRASIL, 2001).

Apesar da referida previsão, a prática ainda restou muito distante do que fora projetado pelo legislador, pois, se visualizava na prática lugares inaptos, cuja finalidade era diversa da disposta em lei, resultando em um ambiente de abandono dos doentes mentais. A referida lei oportunizou ainda, a possibilidade de tratamento alternativo a internação em Hospitais de Custódia e tratamento psiquiátrico, compreendidos em Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), em Serviços Residenciais Terapêuticos, Centro de Convivência, entre outros, reduzindo deste modo, ou comportamento agressivo de alguns infratores, em razão da utilização de tratamentos respeitosos e adequados (BRASIL, 2001).

Além do mais, apesar da referida lei tenha previsto boas alternativas, na prática, a política de saúde mental quando se trata de infrator portador de doença mental não é abarcada pela Lei de Execução Penal e Código Penal, pois, consideram que são ultrapassados ante a forma como se aplica a medida de segurança, ou seja, para crimes com reclusão usa-se a internação e para os crimes de detenção o tratamento ambulatorial. Assim, características pessoais e o tipo de doença não são fatores que acompanham a escolha do tratamento, mas sim o crime em questão (BARROS, 2010, p. 41).

A Lei 10.216/01 para amenizar o problema da Lei de Execução Penal estabelece que a internação será aplicada quando os recursos extra hospitalares não forem suficientes e com laudo médico que demonstre os motivos. Isso significa dizer que, a internação compulsória deve ser vista como última alternativa, "a verdade é que o controle e tratamento do doente mental que comete crime não podem estar a cargo do direito penal, já que se trata de uma questão atinente à saúde pública" (BRASIL, 2001).

No entanto, cabe frisar que o portador de transtorno mental também é um ser humano, e que faz jus ao disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, ressaltando que "não há sucesso médico-terapêutico sem afeto, cultura, história da doença, escuta do sofrimento, subjetividade". Além do mais, a referida lei também veda "a internação em instituições de características asilares e, nesse ponto, enterra definitivamente o malfadado modelo "jurídico-terapêutico-punitivo-prisional", dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátricos". O que se vê

na prática é que embora a lei denomine de Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, não passam de “verdadeiras prisões e de hospital e tratamento nada têm” (DELGADO, 2010, p. 25).

No entanto, esse cenário revela outra questão, que é que em relação aos presos provisórios, em sua maioria acabam dividindo espaço com os sentenciados por medida de segurança. Isso porque, “ao apresentarem qualquer distúrbio de comportamento são para lá encaminhados e não retornam para o sistema penal de origem o que prejudica o tratamento daqueles que possuem graves doenças mentais”. No entanto, deve-se compreender que a reforma psiquiátrica, juntamente com o sistema penal devem ter como objetivo a inclusão social, bem como a cidadania dos que possuem doenças mentais. Assim sendo, “não basta que o sistema penal atue sozinho, é preciso que receba auxílio de outras políticas sociais condicionando ao doente mental infrator meios para viver fora do manicômio judiciário” (CARDOSO, 2012, p. 90).

CONCLUSÃO

No início do século XXI foi promulgada a Lei n. 10.216 de 2001, a qual previa a extinção de forma progressiva dos manicômios e sua substituição por outros meios assistenciais que oferecesse apoio e tratamento a todos que possuem um transtorno mental. A lei ainda regulamentou a internação psiquiátrica e dispôs sobre os direitos fundamentais inerentes a pessoas diagnosticadas com transtorno mental.

Sua criação se configura como um grande avanço na Reforma psiquiátrica, no entanto, a mobilização do Estado e sociedade sobre esse contexto devem ser ininterruptos, pois, deve ser oferecido a essas pessoas um tratamento que os respeitem como seres humanos, cidadãos com direitos, em que sua dignidade, liberdade e autonomia devem ser protegidas.

Reinseri-los na sociedade é um grande desafio, pois, a realidade demonstra duas fases, por um lado o massacre da realidade de como são vistos e tratados pela sociedade e, por outro a busca por um tratamento digno e eficaz.

Nesse sentido, com o intuito de lembrar sobre acontecimentos históricos que instigam o debate e análise da violação de direitos humanos em hospitais psiquiátricos, a pesquisa destacou o caso de Damião Ximenes Lopes, um homem que sofria de transtorno mental, mas, teve seus direitos brutalmente violados, expondo um cenário comum vivido por uma maioria que busca tratamento psiquiátrico.

Assim sendo, concluiu-se que as instituições psiquiátricas não oferecem, em sua maioria, o tratamento adequado, tanto em relação a instalação, quanto a vivência, ocasionando a estas vidas a perda da dignidade e do autorreconhecimento. A luta pela efetivação dos direitos dos internos é diária.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Isadora. **O ser humano como sujeito de direito internacional: a importância da implementação do *jus standi in judicio* da vítima perante a corte interamericana para a efetiva proteção dos direitos humanos.** 2015. Disponível em: [http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7392/Isadora%20Albuquerque 4468090 assignsubmission file TCC%20ISADORA%20ALBUQUERQUE.pdf?sequence=1](http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7392/Isadora%20Albuquerque%204468090%20assignsubmission%20file%20TCC%20ISADORA%20ALBUQUERQUE.pdf?sequence=1). Acesso em 12 nov. 2022.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **Aplicação da reforma psiquiátrica e da política de saúde mental ao louco infrator.** Revista Jurídica Consulex, v. 14, n.320, p. 41-42, maio. 2010.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política.** 17ª ed. Brasília, DF, Editora Universidade de Brasília, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.216 de 06 de abril de 2001.** Lei nº 10.216 de 06 de abril de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 14 Nov. 2022.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público.** Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

BORGES, Nadine. **Damião Ximenes: primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Revan, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARDOSO, Danilo Almeida; PINHEIRO, Jorge Augusto de Medeiros. **Medida de Segurança: ressocialização e dignidade da pessoa humana.** Curitiba: Juruá, 2012.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos Humanos e Fundamentais.** Coleção Saberes do Direito, vl. 57, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença caso Ximenes Lopes vs. Brasil.** 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos e cidadania.** 12. ed. São Paulo: Moderna, 2014.

DELGADO, Paulo. **O espírito da Lei nº10.216/01.** Revista Jurídica Consulex. v.14, n.320, p. 25, maio. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Comentários a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica.** 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JUNIOR, Dorival Fagundes Cotrim; DAVID, Gabriela de Oliveira. **Hospitais Psiquiátricos e os Direitos Humanos: Uma Relação Complicada.** 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/hospitais-psiquiatricos-e-os-direitos-humanos-uma-relacao-complicada/>. Acesso em 22 nov. 2022.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. **Metodologia do trabalho científico.** São Paulo: Atlas, 2014.

LASCALA, Maria Carolina Florentino. **A relativização da soberania em prol dos direitos humanos.** Revista de Direito Público, Londrina, V. 6, N. 2, P. 87-102, AGO/SET. 2011.

LASCALA, Maria Carolina Florentino. **A relativização da soberania em prol dos direitos humanos.** Revista de Direito Público, Londrina, V. 6, N. 2, P. 87-102, AGO/SET. 2011.

MALHEIROS, Emerson. **Curso de Direitos humanos.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019.

MORAES Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PAIXÃO, C.; FRISSE, G.; SILVA, J. L. P. D. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil - Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Relato e Reconstrução Jurisprudencial. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva. 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 9.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROSATO, Cassia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** SUR Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 8, n. 15, 2011. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_05.htm. Acesso em 22 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CRIMES AMBIENTAIS: A PERÍCIA AMBIENTAL COMO FERRAMENTA DE INVESTIGAÇÃO

CARLOS EDUARDO TAVARES OROSCO:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: Compreendendo os danos sociais, econômicos e ambientais causados pela exploração descontrolada e insustentável dos recursos naturais, o mundo estabelece regras de convívio entre homem e o ambiente natural, de modo que cada país define suas regras de convivência e suas interpretações de crime ambiental. Neste sentido, aqui no Brasil, a perícia ambiental passa a ser compreendida como uma ferramenta importante para que se reduza ou que se controle o excesso de exploração insustentável ao meio ambiente, servindo ainda como uma prova cabal para os processos judiciais que envolvem este tipo de crime. Frente ao exposto, o presente trabalho focou seu objetivo geral compreender a atuação e os procedimentos dos peritos judiciais em caso de acidente ou tragédia ambiental. Considerando os objetivos propostos para o presente projeto, os procedimentos metodológicos definem-se por uma pesquisa qualitativa, aplicada e descritiva, utilizando-se do procedimento de uma pesquisa bibliográfica, realizada a partir do levantamento de referências publicadas em fontes digitais ou impressas, como livros; artigos científicos; teses e dissertações, além de sites oficiais do Governo ou de instituições privadas ou não governamentais. A partir da revisão de literatura realizada foi possível observar que a perícia ambiental é um importante prova para se determinar a culpabilidade de crimes ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: crime ambiental, perícia ambiental, direito ambiental.

ABSTRACT: Understanding the social, economic, and environmental damage caused by the uncontrolled and unsustainable exploitation of natural resources, the world establishes rules for coexistence between man and the natural environment, so that each country defines its rules of coexistence and its interpretations of environmental crime. In this sense, here in Brazil, environmental expertise, comes to be understood, as a crucial tool to reduce or control the excess of unsustainable exploitation of the environment, also serving as a clear proof for the legal proceedings that involve this type of crime. In view of the above, the present work focused on its general objective to understand

1 INTRODUÇÃO

A se considerar a importância do ambiente natural para o equilíbrio social, econômico e ambiental do planeta, faz-se cada vez mais que os recursos da natureza sejam protegidos por Lei, de modo que as crescentes crises climáticas possam ser enfim controladas, evitando-se assim o comprometimento das populações animais (incluindo as populações humanas), vegetais, fúngicas, microbiológicas (GARRIDO; RODRIGUES, 2017). Para os autores *loc. cit.*, este controle do equilíbrio ecossistêmico confere às gerações futuras condições básicas de desenvolvimento e crescimento econômico e social.

Frente ao exposto, entende-se como papel primordial da perícia ambiental prover a segurança de que os padrões de exploração ambiental sejam respeitados e conduzidos dentro de um princípio sustentável, de modo que sujeitos que praticam excessos na exploração dos recursos

ambientais possam ser punidos e, com isso, a sociedade como um todo possa ser beneficiada a partir de uma conscientização sustentável (SILVA, 2018). Assim, de acordo com o autor *loc. cit.* cabe a esta perícia ambiental cumprir os requisitos estabelecidos para a segurança ambiental, evitando assim a impunidade sobre o dano ambiental ocorrido ou em risco de ocorrer.

Considerando tais colocações teóricas utilizadas para a delimitação do tema deste trabalho, o presente artigo fora construído a partir do seguinte postulado: como a perícia ambiental pode ser usada como ferramenta de investigação no ambiente degradado?

A partir deste postulado, se estabeleceu como hipótese do trabalho o fato de que ao lidar com os danos ambientais, descobre-se que o comportamento e a atitude das pessoas, por se tornarem parte influente do sistema, trazem a tendência oposta de manter o equilíbrio do meio ambiente.

Pensando no exposto, traçou-se como objetivo geral deste trabalho compreender a atuação e os procedimentos dos peritos judiciais em caso de acidente ou tragédia ambiental. Este objetivo geral se limita pelos específicos: [i] demonstrar como é as características dos danos ambientais; [ii] analisar as instâncias da perícia ambiental; [iii] verificar a importância da perícia ambiental utilizado em processos judiciais.

Considerando os objetivos propostos para o presente projeto, os procedimentos metodológicos definem-se por uma pesquisa qualitativa, aplicada e descritiva, utilizando-se do procedimento de uma pesquisa bibliográfica, realizada a partir do levantamento de referências publicadas em fontes digitais ou impressas, como livros; artigos científicos; teses e dissertações, além de sites oficiais do Governo ou de instituições privadas ou não governamentais. A busca pelo material bibliográfico materializou-se no *Google Acadêmico* e no *Scielo*, utilizando como descritores a combinação de termos como crime ambiental, perícia ambiental, direito ambiental.

Para critério de inclusão são considerados aqueles publicados em periódicos nacionais ou internacionais, com publicação ocorrida entre os anos de 2012 até 2022, salvaguardando as publicações mais antigas de clássicos tradicionalmente utilizados pela área de direito ambiental, para conceituação de um dado termo ou aplicação do mesmo, bem como para exemplificação de Legislações que versam sobre o tema. Ainda como critérios de inclusão considera-se apenas artigos; anais de eventos; capítulos de livros; ou livros completos cuja obra apresenta claramente a data de publicação e que estejam dentro da delimitação proposta do tema.

Já no que versa o critério de exclusão, desconsidera-se os artigos; os anais de eventos; os capítulos de livros; ou os livros cuja abordagem teórica esteja incompleta ou cuja data de publicação seja esta claramente explicitada, uma vez que não é possível confirmar a delimitação do tema e a inclusão destas produções no lapso temporal estabelecido como critério de inclusão.

Ainda como critério de exclusão foram desconsideradas as publicações cujo lapso temporal de publicação esteja fora do período de 10 últimos anos (de 2012 a 2022) estabelecido para pesquisa, desde que esses não sejam clássicos que versam o tema. A adoção desta exclusão é

pautada na necessidade de se abordar trabalhos cada vez mais atuais, haja vista a dinâmica da ciência que se mostra cada vez mais veloz nos campos das publicações.

Tomando por base tal apresentação temática e metodológica, compreende-se a importância de se pensar no ambiente natural tanto por intermédio de conotações ecológicas, como pelo viés social, econômico e jurídico, de modo que as paisagens natural e artificial possam enfim compartilhar um contexto único, permitindo a exploração dos recursos naturais por parte dos homens, mas também a manutenção, a preservação e a conservação deles, para as gerações futuras. Assim, considerando tais considerações autorais, compreende-se que o estudo e o entendimento dos conceitos e dos procedimentos técnicos que envolvem o combate aos danos ambientais é fundamental para se garantir qualidade de vida presente e futura. Com isso, o presente artigo se justifica, pois se entende que, de acordo com a atual legislação brasileira, o trabalho do especialista em meio ambiente está se tornando cada vez mais um profissional exigido no processo judicial.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O presente referencial teórico será apresentado partir de um contexto teórico, conforme observado na seção de metodologia desta pesquisa, de modo eu seja possível compreender não apenas os conceitos que norteiam este estudo, como também o perfil econômico e de desenvolvimento do Brasil que versam sobre as estratégias jurídicas para a garantir da preservação de espécies e conservação de fragmentos, possibilitando, desta maneira, o desenvolvimento e o impulsionamento do pensamento sustentável em território nacional.

2.1 Dano ambiental

Considerado uma mercadoria pelos seres humanos, o ambiente natural foi incluído nos ordenamentos jurídicos, de modo que fosse salvaguardada as compreensões atuais sobre a necessidade de se estabelecer proteção dos recursos finitos disponibilizados pela natureza (RAMBUSCH; BENDER, 2011). Neste sentido, os autores *loc. cit.* ressalta que o planeta Terra atravessa uma grave crise climática, decorrente de um comportamento indiscriminado e irrelevante dos seres humanos sobre os recursos naturais, observados como mercadorias naturais por tais sujeitos, e que pode afetar diretamente o bem-estar da população humana, em função de um desequilíbrio ecossistêmico.

Neste sentido, Garrido e Rodrigues (2017) alertam para o fato de que o crescimento econômico desde sempre esteve atrelado à degradação do ambiente natural, mas que a partir do advento industrial e tecnológico este consumo descontrolado dos recursos naturais tomou uma proporção ainda maior. De acordo com os autores *loc. cit.*, com a chegada da primeira Revolução Industrial no século XVIII, quando o mundo passou a priorizar uma produção exacerbado das mercadorias exclusivamente para fins econômicos, a visão da natureza como uma mera mercadoria passou a se difundir rapidamente pelas sociedades modernas. Ainda de acordo com os mesmos autores, à época, a compreensão da finitude de muitos recursos parecia bastante remota, tanto pela sua composição natural da época, como pela compreensão de mundo e de sociedade que se predominava.

Neste sentido, ainda de acordo com Garrido e Rodrigues (2017), o homem passou explorar massivamente os recursos naturais, levando a um quadro atual de desespero ambiental, em que tal uso não apenas é o responsável pela finitude de muitos recursos, como também passa a ser citado como um dos fatores que contribui para o desequilíbrio climático que tanto preocupa os cientistas e os ambientalistas. Os autores *loc. cit.* ainda mencionam o uso irrestrito do combustível fóssil (primeiro carvão, depois petróleo) para o desenvolvimento econômico, social, e industrial das populações como uma pressão negativa sobre os recursos naturais (GARRIDO; RODRIGUES, 2017).

Moreira *et al.* (2022) corroboram com tal compreensão ao alertarem sobre os impactos que práticas socioeconômicas atuais trazem para o ambiente natural:

No decorrer do estudo, observou-se que a ação do homem no ambiente não é recente, desde o começo das práticas relacionadas à agricultura, já eram evidentes a relação do homem com a natureza visando consumo para sua sobrevivência. Dessa forma, as ações antrópicas evoluídas que se tornaram excessivas e prejudiciais ao meio ambiente ao longo dos anos, ocasionaram o aquecimento global e suas graves consequências ao planeta Terra (MOREIRA *et al.*, 2022, p. 26).

Frente ao exposto, o dano ambiental em si manifesta-se como fato físico, podendo também estar relacionado com os fatos jurídicos considerados na norma e seu incumprimento, sendo que o dano somente poderá ser considerado quando a conduta for avaliada como ilegal no respectivo ordenamento jurídico (SILVA, 2018). Para o autor *loc. cit.* deve haver uma regra para impedir uma atividade ou proteger um bem ecológico, sendo que o ato de incorporar eventos ao texto normativo será sempre influenciado pela atitude pessoal do intérprete (SILVA, 2018).

Magalhães Filho *et al.* (2021) destacam que o uso indevido da terra pode gerar sérios danos ambientais, que podem causar não apenas o desequilíbrio ecossistêmico como podem reduzir a qualidade de vida dos seres humanos, levando, inclusive a uma curva de extinção da espécie que pode ser irreversível mesmo com todos os avanços científicos e tecnológicos sobre a proteção e perpetuação da humanidade. Neste sentido, de acordo com os autores *loc. cit.*, é compreensível que o relevo tenha estabelecido pisos para uma população fixa, desenvolvido suas atividades, e obtido o valor econômico e social que lhes é dado a partir daí.

Ainda de acordo com Magalhães Filho *et al.* (2021) a evolução desta integração entre homem e ambiente natural pode trazer tanto benefícios como riscos para a perpetuação da espécie sendo que sua estabilidade também vem de sua convergência evolutiva e sua possível interferência de outros componentes ambientais ou do comportamento humano. Ferreira e De Chagas (2015) destacam para o fato de que ainda que os problemas ambientais sejam coletivos, os danos ambientais podem ter caráter tanto individual como coletivamente.

Ainda de acordo com Ferreira e De Chagas (2015), um exemplo desta relação coletiva e individual entre danos e problemas ambientais é facilmente explicada quando há, a partir de um dado dano ambiental, o prejuízo de um grupo de pessoas com patrimônio ou moral. Neste caso,

de acordo com os autores *loc. cit.* o sistema Legal prevê danos pessoais e a terceiros, sendo o comportamento individual ambiental muito menos comum do que o comportamento coletivo.

Neste sentido, Cabreira *et al.* (2019) o problema do desenvolvimento social é peculiar às sociedades de risco, diante da necessidade de reconstruir novos modelos (não para negar os modelos tradicionais, mas para lhes dar novos contornos) para que o direito possa responder com segurança e eficácia à sociedade emergente- Política- necessidades econômicas, tendo em vista a dignidade humana e uma assistência não afetada pelo meio ambiente.

Nesta direção de pensamento, Behrens (2015) discutir a assistência jurídica ambiental não compreende apenas o combate à época destruição, mas inclui as possibilidades e as necessidades da expansão de um pensamento sustentável que venha reger a organização social e a racionalização da utilização dos recursos naturais, salvaguardando o futuro da humanidade. Ainda segundo o autor *loc. cit.*, o desequilíbrio ecossistêmico sobre o qual tanto se fala e o qual a humanidade percebe através do próprio aquecimento global, é uma condição multifatorial que não envolve apenas a variável homem, mas também o próprio dinamismo terrestre que inclui desde o aumento e redução da temperatura global, até a extinção natural e artificial de espécies. Ainda de acordo com o mesmo autor, o meio ambiente é uma combinação de subsídios naturais, artificiais e culturais, e fornece várias formas de desenvolvimento pacífico da vida.

Nesta direção de pensamento, Galarraga (2019) corrobora com o supracitado compreendendo as mudanças ambientais como um processo evolutivo estabelecido por fatores naturais e antrópicos. De acordo com o autor *loc. cit.* o avanço tecnológico e o desenvolvimento cultural exacerbaram tanto contribuem positivamente para o controle das ações destrutivas ao ambiente natural, como exacerbam os danos ambientais colhidos por cada geração.

Para Moreira *et al.* (2022), justamente por esse conjunto de fatores que envolve um dado dano ambiental, avaliar a sua extensão e seu real impacto para a população humana pode ser uma tarefa bem difícil, já que os impactos gerados são resultado tanto do dinamismo natural como da evolução cultural antrópica. Segundo os autores *loc. cit.*, ao passo que se compreende tal associação e fatores naturais e artificiais na promoção de um dano ambiental, novas discussões Legais e de relações sociais passam a ser construídas.

Neste sentido, Botteon (2016) alerta para o fato de que o aquecimento global; a extinção de espécies; e a perda de habitats naturais mostram claramente que este problema se torna cada vez mais sério. Segundo o autor *loc. cit.*, na imensa maioria dos casos, os impactos ambientais, quando considerados agudos, estão relacionados às emissões no prazo, como acidentes e vazamentos subsequentes, enquanto os impactos crônicos estão relacionados às emissões contínuas de óleo, que são causadas por quebras, escoamento urbano (escoamento) causado e outros incidentes semelhantes.

Considerando tal exposto, Pereira (2017) alerta para o fato de que uma vez que há a demanda sobre um dado recurso, os problemas ambientais permanecem por gerações, sendo necessário, para se combater os danos ambientais potencialmente letais para a humanidade, a mudança de paradigmas sociais e de padrões culturais. De acordo com o autor *loc. cit.*, estes

consumos e contínuos desastres ambientais têm promovido a revisão dos parâmetros seguidos no passado.

Vale aqui ressaltar que ao longo do tempo, seja em países desenvolvidos ou em desenvolvimento, o desenvolvimento desordenado dos recursos naturais e a poluição ambiental são suas características, sendo natural que em muitos casos seja impossível repor seus recursos renováveis ao seu uso (LINS *et al.*, 2021). De acordo com os autores *loc. cit.*, a velocidade não restaura os meios afetados. Isso não se refere ao desenvolvimento de recursos naturais não renováveis. Ainda segundo os mesmos autores, esta situação acaba por levar a situações de conflito, que se devem à restrição de bens ambientais e ao aumento da concentração populacional, e têm resultado em processos judiciais cada vez mais complexos envolvendo questões ambientais.

2.2 Perícia Ambiental

Com o advento da globalização, os recursos naturais passaram a ser largamente explorados, a fim de se atender as necessidades sociais, econômicas e culturais, resultando em uma intensa degradação ambiental que, como consequência, trouxe uma série de riscos para a humanidade (RAMBUSCH; BENDER, 2011). Compreendendo este processo, em 1998 o país aprovou a Lei nº, 9.605 de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), que dispõe sobre as sanções dadas a sujeitos que assumem condutas lesivas ao ambiente natural (BRASIL, 1998). Segundo o autor *loc. cit.*, os efeitos de poluentes ou outras circunstâncias específicas podem causar danos ambientais a animais, plantas, gestão ambiental, planejamento urbano e patrimônio cultural, portanto, o objeto de pesquisa é amplo.

A aprovação da referida Lei só foi possível devida promulgação da Lei de Processo Civil Público em 1985, que possibilitou o aumento de ocorrências sobre os conflitos ambientais nos tribunais, tanto em número como em complexidade técnica (BRASIL, 1985). Interpretando o referido documento, compreende-se ser cada vez maior a necessidade de o Judiciário absorver e resolver os conflitos apresentados. Neste sentido, Garrido e Rodrigues (2017) destacam que:

Os esforços para proteger o meio ambiente e resolver esses conflitos costumam resultar em elevados custos ambientais e sociais. Por isso, nos últimos anos, é necessária a construção de teorias, princípios, métodos e ferramentas inovadores no campo jurídico e no campo do direito. Vários campos do conhecimento relacionadas às questões ambientais (GARRIDO; RODRIGUES, 2017, p. 14).

Neste sentido, Silva (2018) destaca que no decorrer do processo de proteção do meio ambiente, o contencioso cível público ambiental inter-relaciona-se com a perícia ambiental voltada para a solução dos problemas ambientais, motivando-os a agir nesse sentido para punir os causadores de danos ambientais e providenciar indenizações ou reparos de escopos. Para Magalhães Filho *et al.* (2021), a expertise ambiental é definida como um procedimento metódico previamente planejado que fornece resultados consistentes ao final do trabalho e é reconhecido pela comunidade científica.

Assim, as atividades de investigação de danos ambientais devem ser realizadas de forma técnica e independente, não devendo haver interferência ou interferência das partes no processo (MAGALHÃES FILHO *et al.*, 2021). De acordo com os autores *loc. cit.* já que seu objetivo básico é provar, buscar as informações necessárias para responder de forma técnica e justa às questões levantadas pelas partes.

Ainda segundo Magalhães Filho *et al.* (2021), de um modo geral, as principais atividades do conhecimento profissional ambiental incluem: pesquisa de documentos; inspeção de locais de atividades; amostragem de locais; análise e teste; análise e discussão de resultados; conclusões; respostas a perguntas e; preparação de relatórios de especialistas.

2.2.1 Atividade da perícia e seus efeitos

A atuação dos especialistas em meio ambiente está vinculada à legislação ambiental, que regulamenta a proteção ambiental nos níveis federal, estadual e municipal no âmbito da nova disciplina jurídica do Direito Ambiental (NEGRA; NEGRA, 2002). De acordo com os autores *loc. cit.* a expertise ambiental é uma expertise importante no Brasil, e relativamente nova, que se desenvolveu muito nos últimos anos, principalmente devido ao aprimoramento da legislação ambiental, que está cada vez mais voltada para a proteção do "meio ambiente" dos ativos jurídicos.

Neste sentido, para Ferreira e De Chagas (2015), esse modelo de especialista inclui atividades profissionais relacionadas aos interesses sociais, de natureza complexa e ainda em estágio inicial de estrutura, exceto por exames, pesquisas e pesquisas que subsidiem seu desenvolvimento em direito, teoria, tecnologia e metodologia. Cabreira *et al.* (2019) alertam que os esforços para proteger o meio ambiente e resolver muitos conflitos muitas vezes acarreta altos custos ambientais e sociais, e nos últimos anos tem sido necessário construir teorias, princípios, métodos e ferramentas inovadores.

Na área jurídica e em diversas áreas do conhecimento relacionadas às questões ambientais (CABREIRA *et al.*, 2019). Segundo os autores *loc. cit.* nesse processo, existe a expertise ambiental, que é uma expertise extraordinária, relativamente nova no Brasil, mas que se desenvolveu nos últimos anos, principalmente em função de melhorias na legislação ambiental. Portanto, ainda de acordo com os mesmos autores, na realização de levantamentos ambientais, como em outros levantamentos, é necessária a presença de técnicos que tenham comprovado sua capacidade profissional e possuam conhecimentos técnico-científicos profissionais para verificar a autenticidade dos fatos relatados.

2.3 A importância da perícia ambiental para os processos judiciais

Considerando o exposto até o presente momento aqui neste artigo, observa-se que o processo de produção industrial contém elementos deletérios ao ambiente natural, produzindo uma balança desigual entre o lucro das grandes empresas e a qualidade de vida da maior parcela da população (BEHRENS, 2015). Neste sentido, o autor *loc. cit.*, destaca para o fato de que tais prejuízos colhidos pela natureza precisam ser reparados pelos seus poluidores, a fim de se garantir que o recurso explorado venha existir o suficiente para que as populações futuras possam usar.

Desta maneira, questões classificadas para fornecer evidência especializada em ações ou medidas envolvendo intervenções ou implementações ou omissões que podem mudar ou são realmente prejudiciais ao meio ambiente, geralmente parecem dolorosas, para estabelecer uma avaliação amplamente complexa que viola os procedimentos atuais das regras normativas (GALARRAGA, 2019).

É neste cenário que, segundo Galarraga (2019), a perícia ambiental passa a ser discutida. De acordo com o autor *loc. cit.*, esta perícia é, portanto, uma evidência utilizada em processos judiciais, estando sujeita às disposições do Código de Processo Civil (CPC). Ainda segundo os mesmos autores, a perícia ambiental tem a mesma prática forense que uma perícia criminal, mas cumpre requisitos específicos decorrentes da questão ambiental.

Para Soares, Oliveira e Figueiredo (2017) ainda que esta espécie de perícia atenda às necessidades específicas da preservação e da conservação dos ambientes naturais, há uma dificuldade notória em se dimensionar o dano causado por um dado prejuízo:

A título de exemplificação, apresenta-se o questionamento: como avaliar o dano ocasionado pela perda de uma espécie animal ou vegetal? Daí a importância da perícia ambiental ser realizada por profissionais especializados e legalmente habilitados junto aos respectivos conselhos de classe profissional. Dependendo da complexidade do caso investigado, faz-se necessário que a perícia ambiental seja realizada por equipe técnica multidisciplinar (SOARES; OLIVEIRA; FIGUEIREDO, 2017, p. 29).

De acordo com o CPC, todas as partes envolvidas no processo são responsáveis por nomear assistentes técnicos e fazer perguntas claramente respondidas por especialistas. Para Soares, Oliveira e Figueiredo (2017) as perguntas devem ser formuladas de acordo com cada caso, respeitando suas características de forma personalizada, e levantadas por profissionais qualificados, pois os advogados conhecem a ordem lógica em que são formuladas, mas não entendem certas características do assunto e terminologia específica, que pode ser danos a um dos componentes.

Um especialista ambiental é uma pessoa selecionada pelo juiz e de sua confiança. Ele é responsável por coletar todos os dados possíveis sobre a causa, escala e natureza dos danos ambientais, para os quais pode (ou mesmo deve) contar com a ajuda de uma equipe multidisciplinar que escolher e confiar. Mais uma vez, isso se deve ao tamanho ou à limitação dos danos ambientais, pois tais tarefas requerem conhecimento profissional, difícil de ser realizado com apenas uma pessoa (BOTTEON, 2016, p. 15).

De acordo com Ribaski (2021), sob o olhar da Legislação, tanto a perícia como a avaliação ambiental deverão compor um relatório completo, que sirva de subsídios para decisões judiciais, portanto, devem ser transformados em documentos substantivos, planos, esboços, fotos,

orçamentos, relatórios de análise e qualquer declaração de materiais que reflita a situação da pesquisa.

Pereira (2017) destaca que o referido relatório deverá apresentar uma arquitetura de fácil compreensão e interpretação, de modo que facilite a análise técnica por parte do magistrado competente. Assim, de acordo com o autor *loc. cit.*, se o problema não for explicado em detalhes conforme exigido, o corpo principal do relatório deve ser formado, primeiro para demonstrar efetivamente o objetivo esperado de conhecimento profissional e, em seguida, para responder à pergunta especificamente, ao invés de nunca o fazer.

Semelhante a outros tipos de especialização, a especialização ambiental deve ser contratada por técnicos com capacidade profissional comprovada e conhecimento técnico e científico profissional para determinar a complexidade da verdade (LINS *et al.*, 2021). Para os autores *loc. cit.*, se o processo não fornecer elementos suficientes para esclarecer o registro que conduz a um julgamento justo, uma das partes ou o juiz pode iniciar a perícia.

Assim, ainda de acordo com Lins *et al.* (2021) o objetivo dos especialistas é sempre buscar evidências substantivas com base nos dados científicos obtidos em procedimentos de análise, esclarecer dúvidas no processo por meio de investigação, medição e avaliação de dados, e gerar relatórios coesos e diretamente conclusivos.

Ribaski (2021) ressalta que a expertise ambiental se tornou parte fundamental dessas novas eras, onde a dinâmica e a velocidade das mudanças sociais contemporâneas promoveram o rápido processo de transformação ambiental devido ao comportamento humano, levando à aceleração e agravamento do meio ambiente. Para Lins *et al.* (2021), o desequilíbrio, redução ou mesmo desaparecimento de espécies e ecossistemas. Sobre este assunto, De Castro e Maders (2012) destacam que:

Em levantamentos ambientais, todos os danos ao meio ambiente, como solo, lençóis freáticos, animais, plantas, paisagem, saúde, cultura etc., devem ser investigados e quantificados. A abrangência dessa avaliação exige conhecimento técnico em diferentes áreas, o que é difícil para um único profissional alcançar. Portanto, a complexidade da perícia ambiental requer uma abordagem multidisciplinar, que a distingue da perícia judicial tradicional (DE CASTRO; MADERS, 2012, p. 44).

Neste sentido, é comum que equipes multidisciplinares se juntem a outros profissionais das mais diversas profissões para participarem das ações de equipes técnicas que requerem formação em áreas afins (RAMBUSCH; BENDER, 2011).

Ainda de acordo com o CPC, os peritos que prestarem informações falsas de forma deliberada ou por negligência serão responsáveis pelos danos causados pelas partes, não podendo atuar em outras áreas profissionais no prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, independentemente de outras disposições da lei (BRASIL, 2015). Para este autor *loc. cit.*, quanto às sanções, o juiz deve comunicar os factos às respectivas instituições profissionais, a fim de tomar as medidas que considere convenientes.

O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado para atuar em outras perícias no prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, independentemente das demais sanções previstas em lei, devendo o juiz comunicar o fato ao respectivo órgão de classe para adoção das medidas que entender cabíveis (BRASIL, 2015, art. 158).

Neste sentido, Garrido e Rodrigues (2017) alertam para o fato de que os recursos têm uma função auxiliar nos Tribunais, podendo fornecer dados na fase de orientação do procedimento, utilizados para formar provas a serem utilizadas pelo magistrado, capaz de proferir o seu julgamento com fundamentação adequada.

Ainda segundo Garrido e Rodrigues (2017) isso torna a função de tomada de decisões do laudo pericial. Neste sentido, de acordo com o relatado pelos autores *loc. cit.* os relatórios de especialistas devem ser claros, objetivos, razoáveis e conclusivos. Ainda para os mesmos autores, é necessário coletar todos os dados e elementos que os especialistas considerem importantes e que possam efetivamente facilitar a condenação do juiz.

Sendo assim, finaliza-se o presente artigo compreendendo que é necessário enfatizar que a destruição do meio ambiente é cada vez mais vista como objeto de pesquisa da perícia ambiental, que envolve seus aspectos não biológicos, biológicos e socioeconômicos, incluindo atividades naturais e humanas.

3 CONCLUSÃO

Retomando o objetivo geral traçado para este artigo, que versou sobre demonstrar como a perícia judicial com foco em acidente ou tragédia ambiental é o meio eficaz para solucionar crimes ambientais, vale destacar que devido a globalização e a necessidade constante de recursos o meio ambiente foi a principal vítima das necessidades humanas, logo para combater crimes que afetam todo o ecossistema natural, único e raro no mundo, demanda investimentos e pessoal qualificado para esse tipo de serviço que é o meio para comprovar a existência de danos ambientais que minam a existência desses ecossistemas extremamente ricos em recursos naturais que são atualmente alvos de exploração ilegal afetando comunidades, animais e a natureza.

Em meio a exploração ilegal, tornou-se necessário a construção de uma legislação própria para investigar, punir responsáveis e preservar o meio ambiente em movimentos cada vez mais importantes, devido à alta exploração ambiental. O perito judicial com ênfase no meio ambiente é o meio para que seja possível positivar toda uma legislação ambiental, sendo ele quem irá exercer atividades de comprovada capacidade profissional para verificar autenticidade de falos alegados voltadas para a solução dos problemas ambientais, logo com embasamento técnico é possível encontrar a veracidade que será apresentada em juízo e por fim chegará a uma decisão justa.

Por fim vale salientar que compreender a atuação e os procedimentos dos peritos judiciais em caso de acidente ou tragédia ambiental, pode-se dizer que o mesmo fora atendido já que foi

possível concluir que os laudos periciais são, muitas vezes, a única estratégia palpável que um magistrado possui para julgar crimes ambientais, haja vista a dificuldade de se materializar as provas para esta espécie devido aspectos únicos que rondam a matéria.

4 REFERÊNCIAS

BEHRENS, C. D.. A responsabilidade do inquérito civil na tutela do meio ambiente. **Revista Destaques Acadêmicos**, v. 7, n. 2, 2015.

BOTTEON, V. W.. Perspectivas de Uso de Insetos Bioindicadores Ambientais em Trabalhos Periciais. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**, v. 5, n. 4, p. 383-401, 2016.

BRASIL, Planalto Central. **Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Brasil: Presidência da República. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso 04 de nov. de 2022.

BRASIL, Planalto Central. **Lei nº. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasil: Casa Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso 04 de nov. de 2022.

CABREIRA, B. D. *et al.* O inquérito civil como ferramenta para a proteção ambiental. **Plataforma de Submissão de Trabalhos e Anais de Eventos da Unicruz**, 2019.

DE CASTRO, H. S.; MADERS, G. R. Promotoria do Meio Ambiente de Macapá: dos instrumentos jurídicos às ações de responsabilidade social e proteção ambiental. **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, n. 2, p. 177-187, 2012.

FERREIRA, G. H. C; DE CHAGAS, Área de Doença. Gestão ambiental. **Londrina, PR: Editora e Distribuidora Educacional SA**, 2015.

GALARRAGA, V. F. **Estudo da dimensão ambiental no curso de Agronomia: estudo de caso**. 2019. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pelotas.

GARRIDO, R. G; RODRIGUES, E. L. Contribuições da biologia molecular para a proteção animal e a investigação dos crimes contra a fauna. **Semioses**, v. 11, n. 4, p. 32-38, 2017.

LINS, E. A. M. *et al.* Métodos de Valoração Ambiental Aplicável ao Derramamento de Petróleo no Litoral Pernambucano, Brasil. **Revista Ibero-Americana de Ciências Ambientais**, v. 12, n. 6, 2021.

MADEIRA FILHO, W.; NOGUEIRA, R. P.. Atuação do ministério público e da sociedade civil organizada no acompanhamento e propositura das ações civis públicas ambientais no município de Niterói-RJ. **Âmbito Jurídico**, v. 10, n. 40, 2007.

MAGALHÃES FILHO, F. J. C. *et al.* Geotecnologias aplicadas na defesa do meio ambiente em municípios da Rota de Integração Latino-Americana: a atuação do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul via Centro Integrado de Proteção e Pesquisa Ambiental, Brasil. **Interações (Campo Grande)**, v. 22, p. 5-18, 2021.

MARCONI, M.A.; LAKATOS, E. M. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, G.A.; PINTO, R.L. **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos**. São Paulo: Atlas, 2001.

NEGRA, C. A.; NEGRA, E. M.. Perícia contábil ambiental. **Revista Contabilidade & Informação, Ijuí, Unijuí**, v. 5, n. 12, p. 45-51, 2002.

PEREIRA, B. B. M.. Uso de Geointeligência como ferramenta de investigação, pela Polícia Federal, nos crimes de desmatamento. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 8, n. 1, p. 63-98, 2017.

RAMBUSCH, F.; BENDER, S.. A competência da Polícia Militar Ambiental de Santa Catarina para realizar exame pericial ambiental no processo penal. **Revista Ordem Pública**, v. 4, n. 1/2, p. 55-75, 2011.

RIBASKI, N. G. **Perícia e avaliação ambiental: um olhar pela legislação**. Curitiba: Reflexão Acadêmica, 2021.

SILVA, K. V.. Auditoria ambiental: vantagens e desvantagens. **Meio Ambiente e Sustentabilidade**, v. 13, n. 7, 2018.

SOARES, A. F. S.; OLIVEIRA, F. A. R.; FIGUEIREDO, H. L. A perícia no novo CPC. **Direito Izabela Hendrix**, v. 19, n. 19, p. 27-40, 2017.

MOREIRA, A. T. R. *et al.* O impacto da ação antrópica no meio ambiente: aquecimento global. **Revista Educação em Foco**, v. 14, s/n, 2022.

O USO EXCESSIVO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NA CENTRAL DE INQUÉRITOS DE TERESINA- PIAUÍ NO ANO DE 2021 FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

ARIAN LIMA MONTE:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

WEBSON DOS SANTOS SOUZA⁹⁸

(autor)

Juliano de Oliveira Leonel⁹⁹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por base analisar as medidas cautelares pessoais diante dos princípios constitucionais da Presunção de Inocência e da Liberdade dentro da Central de Inquéritos da cidade de Teresina - Piauí, no ano de 2021. Possuindo como parâmetro a instrumentalidade constitucional, as garantias constitucionais existentes, assim como os requisitos e cabimento das medidas em estudo, e analisando a banalização da natureza jurídica estudada pelo senso teórico científico e legal desta. O estudo foi desenvolvido através de revisão bibliográfica, em livros, códigos, periódicos sobre o tema. Procedendo assim sobre o processo penal e suas garantias insculpidas na Constituição Federal de 1988. Ulteriormente, trata-se das medidas cautelares pessoais no processo criminal, marcando suas distinções de espécies e a ainda os seus pressupostos com fulcro nos institutos legais do Código de Processo Penal, doutrinas e jurisprudências.

Palavras-chave: Medidas Cautelares. Excesso. Antecipação da Pena

Sumário: 1. Introdução – 2. Instrumentalidade Constitucional; 2.1. Processo Penal enquanto Proteção das Garantias Individuais; 2.2. Presunção de Inocência; 2.3. Direito À Liberdade Pessoal. 3. Das Medidas Cautelares; 3.1. Prisão Preventiva; 3.1.1. Garantia da Ordem Pública; 3.1.2. Conveniência da Instrução Criminal; 3.1.3. Assegurar a aplicação da lei penal; 3.1.4. Condições de Admissibilidade; 3.1.5. Duração da Prisão Preventiva; 3.1.6. Caráter Excepcional da Prisão Preventiva; 3.1.7. Revogação e Relaxamento da Prisão Preventiva; 3.2. Prisão Temporária; 3.2.1. Cabimento; 3.2.2. Procedimento e Duração; 3.3. Medidas Cautelares Diversas da Prisão. 4. O uso em excesso

⁹⁸ Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

⁹⁹ Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, Mestre em Direito Universidade Católica de Brasília - DF, Professor Universitário do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA) e do Centro Universitário Uninovafapi. Defensor Público do Estado do Piauí.

das medidas cautelares pessoais na central de inquérito de Teresina – Piauí no ano de 2021. 5. Conclusão. 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, inicia-se com o problema de pesquisa que se volta a entender a existência ou não do excesso da aplicação das medidas cautelares pessoais, na Central de Inquéritos de Teresina- Piauí, no ano de 2021 frente as garantias constitucionais, em específico ao Princípio da Presunção de Inocência e da Liberdade Pessoal do acusado.

Ademais, desenvolve uma pesquisa quantitativa, bibliográfica narrativa com abordagem indutiva, ou seja, é aquela realizada por um processo mental que parte de dados particulares suficientemente constatados, e tem como objetivo levar conclusões com conteúdo mais amplo que as premissas nas quais se baseiam (LAKATOS; MARCONI, 2017).

Objetiva-se no presente artigo em uma perspectiva mais ampla, demonstrar ao leitor que as medidas cautelares pessoais são medidas de caráter excepcional, podendo o Estado se valer a fim de garantir a máxima efetividade do desenvolvimento do processo penal, ou seja, são medidas que são aplicadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não podendo ser decretadas como uma forma de antecipação da pena.

Ademais, outro objetivo a ser alcançado é o reconhecimento da ponderação da aplicação do poder punitivo do Estado, no que tange a aplicação das prisões, assim como demonstrar que ele possui obrigações de garantir direitos constitucionais ao acusado para atuar no polo passivo de uma ação criminal, qual seja, um conjunto de garantias mínimas que é indispensável para a ocorrência da estabilidade processual criminal.

Diante do exposto, para se chegar aos objetivo requeridos, a presente pesquisa desenvolve-se sobre os seguintes conteúdos: Instrumentalidade Constitucional, destacando o Processo Penal Enquanto Proteção das Garantias Individuais do acusado, assim como o Princípio da Presunção de Inocência em suas dimensões teóricas, o Direito à Liberdade Pessoal do acusado como garantia ao comparecimento do acusado em juízo e as modalidades de Medidas Cautelares adotadas pelo ordenamento processual penal brasileiro, apresentando os seus pressupostos legais e teóricos para a sua decretação.

2 INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL

Partindo da ideia teórica do garantismo proposto por Ferrajoli (2002) o processo se consubstancia como um instrumento que deve atuar com racionalidade e certeza na proteção de direitos e garantias individuais frente ao poder de punição do estado, devendo se relacionar com

o direito material que é considerado irracional e incerto a fim de garantir o máximo direito à liberdade individual.

Para Nicollitt (2006) processo garantista deriva da Constituição Federal e tem em sua essência uma garantia fundamental, qual seja um modelo de direito que é movido por um normativismo constitucional crítico fundado na valorização dos direitos fundamentais.

Desse modo, a instrumentalidade constitucional é o pressuposto de existência do processo penal, portanto, o processo é um instrumento em que o Estado deve se valer para a efetivação do seu poder punitivo, desde que observadas as garantias individuais processuais, como uma forma de limitação ao poder de punir estatal (LOPES JÚNIOR, 2022).

Dessa forma, entende-se que não existe um poder de punição do Estado, sem um devido processo legal. Como leciona Ferrajoli (2002) "*Nulla culpa sine iudicio*", ou seja, não há culpa sem processo, logo o poder de punição estatal fica consubstanciado ao chamado princípio da jurisdicionalidade no sentido lato ou estrito.

Assim, a instrumentalidade constitucional está devidamente ligada com a função jurisdicional, já que a jurisdição possui um papel garantista de direitos e liberdades individuais constitucionais dentro do processo criminal, isto porque é a constituição que estabelece paradigmas para a existência de direitos garantistas condicionados ao processo penal.

Nesse sentido, Lopes Júnior (2022) entende que a Constituição Federal é o meio de construção e fundamento da existência do processo penal democrático, isto é, o pressuposto fundamental de legitimidade do processo penal, para a máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais ao indivíduo.

Ainda, destaca-se as palavras de Lopes Júnior (2022, p. 104) ao advertir que:

a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais e de limitação do poder punitivo. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional de limitação do poder e maximização dos direitos fundamentais.

Desse modo, se o processo enquanto instrumento de função constitucional, deve ser visto como um mecanismo a serviço de um da realização de um projeto democrático, logo, tem a finalidade de assegurar direito e garantias fundamentais no processo, em especial, o direito à liberdade individual das partes no processo (PRADO, 2003, apud LOPES JÚNIOR, 2022).

Ademais, Rosa (2004) adverte que o processo enquanto instrumento, é o caminho para se chegar ao poder punitivo do estado, todavia, não pode ser considerado como um mecanismo de assegurar a segurança pública ou defesa social, haja vista, que não pode ser considerada como fim em si mesmo, posto que a existência é consubstanciada em uma constituição-garantidora e liberal, logo deve ser um mecanismo de proteção de direitos fundamentais.

Portanto, o processo como instrumento a pretensão criminal, tem o papel de concretização da pena, como o devido respeito aos valores e garantias individuais constitucionais indispensáveis a consecução criminal, não devendo se subverter a um único plano jurídico, mas também social garantidor na busca da justiça.

2.1 Processo Penal enquanto Proteção das Garantias Individuais

No Estado democrático de direito, a efetividade dos direitos fundamentais legalmente garantidos, depende da observância a nossa Magna Carta de 1988, que dita paradigmas fundamentais de atuação do processo penal, logo o processo seria o mecanismo para se chegar à materialidade da aplicação da pena, ao transgressor de um ilícito tipificado no direito material.

Entretanto, o mestre Lopes Júnior (2022, p. 57) preleciona que:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o *respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade*, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena.

Desse modo, o processo não pode ser considerado apenas como o instrumento ao *jus puniendi*, isto é, o poder de punir do Estado. Pois trata-se de um processo nascido de fundamentos constitucionais, logo deve ser considerado como mecanismo de proteção as garantias constitucionais processuais, ou seja, deve preservar direitos fundamentais.

Tratando do processo como modelo garantista, Ferrajoli (2002) leciona que o processo não serve para tutelar a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, os cidadãos que foram injustiçados individualmente pelo estado soberano, dito como culpados sem a devida produção de provas, ou seja, sem devida comprovação da verdade.

Ao discorrer sobre o assunto no artigo "Princípios Básicos do Proteção do Acusado no Processo Penal", Grandra (2012, p. 5) explica que "a própria noção de estado democrático de direito e de proteção aos direitos individuais está integralmente ligada à premissa de que o processo deve

garantir o mínimo de proteção ao cidadão, mesmo que este seja suspeito ou mesmo acusado de um crime”.

Nesse sentido adverte Lopes Júnior (2022, p. 140), que:

Diante do cenário de risco total em que o processo penal se insere, mais do que nunca devemos lutar por um sistema de garantias mínimas. Não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim assumir os riscos e definir uma pauta de garantias formais das quais não podemos abrir mão.

Desse modo, o processo é o instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais, logo, deve definir um sistema de garantias mínimas e necessárias para a máxima efetivação da tutela jurisdicional criminal, visto que em vigor possui a função de restringir a atuação do estado no que tange ao seu poder punitivo.

Além disso, conforme dispõe a Constituição Federal, nos termos do art. 5º, LIV, todo processo em si, deve observar o princípio do devido processo legal, regra princípio fundamental, que serve como um mecanismo de defesa as garantias individuais, agindo tanto sobre as vertentes matérias, como também em âmbito formal, ou seja, na defesa das garantias individuais durante a tramitação do processo, como: Presunção de Inocência, Produção Provas de maneira mais ampla, defesa técnica entre outras garantias (BRASIL, 1988).

Ademais, tratando da teoria acerca das garantias constitucionais, Silva (1994) distingue essas garantias em duas formas, quais sejam: garantias gerais e garantias constitucionais. A primeira é destinada a proteção da eficácia social de direitos que assegurem a sua própria existência real, enquanto a segunda seria as regras de procedimento e determinações que a própria Constituição tutela a sua observância, como por exemplo, o processo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais.

Assim, em que pese aos atos aplicados no processo penal, devem ocorrer em respeito as garantias individuais, para que o processo objetive o seu fim de instrumentalizar a imposição da execução da pena, tornando-se dessa forma, processo enquanto garantias individuais, ora, essencial a se chegar na fase de cumprimento do direito material (LOPES JÚNIOR, 2022).

Ainda assim, discorrendo sobre o garantismo processual Ferrajoli (2002) admite a existência de uma relação mútua entre as garantias penais e processuais, as garantias processuais, seria as normas que disciplina a jurisdição, ditas também como “instrumental” e as penas, seria as de natureza substancial, mas que no entanto, as duas devem respeitar as garantias individuais, na qual, são necessárias para assegurar a não arbitrariedade do juízo, possuindo dessa forma, a garantia recíproca da efetivação da tutela jurisdicional penal.

Portanto, o processo enquanto proteção, é um “garantidor” das garantias constitucionais no procedimento criminal, a fim de se chegar à finalidade justa da pena, dessa forma, não deve o

processo se desvirtuar dessas garantias, que são primordiais no almejo da segurança jurídica processual e para manter a igualdade das partes no processo.

2.2 Presunção de Inocência

Partindo da ideia teórica científica de que o processo penal dentro do Estado democrático de direito é considerado garantidor de princípios e regras (garantias individuais) constitucionais que assegura ampla efetividade da tutela jurisdicional, é nítido o estudo no presente artigo, do princípio basilar do processo penal, o princípio constitucional da presunção de inocência.

Desse modo, conforme determina a Constituição Federal, nos termos do art. 5º, LVII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o princípio da inocência, é um princípio fundamental para o processo penal, considerado como o termômetro integrante de uma constituição democrática de direito, que está inteiramente ligada aos valores humanos contidos na Magna Carta de 1988, garantindo-se a todos a plena igualdade de garantias individuais no processo penal (LOPES JÚNIOR, 2022).

Para Streck (2020) a presunção de inocência como princípio, deve ser considerada um verdadeiro fundamento epistemológico do processo penal, jamais podendo admitir que qualquer interpretação venha a fugir do texto literal da constituição, em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Goldschmidt (1935) trata do processo penal como um verdadeiro termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, inserindo a presunção de inocência como ponto de maior tensão, assim pode-se observar o próprio processo penal em seu âmago e autoritário e inquisitivo, partindo desse pressuposto, a constituição conflita com o processo penal, pois pleiteia a presunção de inocência até o trânsito.

Nesse sentido, Rosa (2004) discorre sobre o princípio da presunção de inocência defendendo que o princípio é fundamental para evitar prisão anteriores a decisão de mérito, em que caso seja

violado, seria considerado radicalmente ilegítimo, e logo também corromperia todas outras garantias fundamentais penais e processuais.

Ao discorrer da presunção de inocência e da liberdade do imputado em sua magistral obra “Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal” Ferrajoli (2002, p. 439) preleciona que:

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição - exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Tese T63) - postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.

Dessa forma, na visão do autor, a presunção de inocência está relacionada a busca da verdade, visto que ninguém pode ser considerado culpado até está provado por sentença condenatória transitado em julgado, atualmente tal princípio é considerado constitucionalmente uma cláusula pétrea, considerado com uma garantia para a efetividade de um processo justo que deve preservar direitos fundamentais, em específico o princípio da liberdade individual.

Por sua vez, Lopes Júnior (2022, p. 198) insere a presunção de inocência como regra de tratamento:

(...) é um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: Interna ao processo e Exterior a ele. Internamente, é a imposição – ao juiz – de tratar o acusado efetivamente como inocente até que sobrevenha eventual sentença penal condenatória transitada em julgado. Na dimensão Externa ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e estigmatização (precoce) do réu.

Desse modo, o princípio da presunção de inocência como regra de tratamento, é o direito de considera o indivíduo acusado inocente, devendo sobretudo ser ampliada essa inocência tanto a imposição do Estado - juiz (interna ao processo) como para assegurar o regresso (externa ao processo) do réu que venha conseqüentemente sobre uma prisão transitado em julgado.

Nessa esteira, Morais (2010) entende que o princípio da presunção de inocência como regra de tratamento, trata-se de uma garantia ao cidadão acusado ou mesmo o particular que está sendo submetido a uma investigação processual penal ou parte em um processo-crime, de ser

considerado inocente até que haja a devida certeza jurídica, construída através do processo criminal.

Portanto, a presunção de inocência seria o mecanismo garantista fundamental a se chegar uma finalidade penal justa e eficiente, sendo certamente o princípio basilar no processo penal, que visa sempre proteger o acusado de medidas punitivas estatais desnecessárias no curso do processo penal, que possa violar garantias fundamentais, como por exemplo a violação ao direito à Liberdade do acusado.

2.3 Direito à Liberdade Pessoal

A Constituição Federal de 1988 expressa princípios que são limitadores da atuação do poder de punição do estado, estabelecendo fundamentos garantistas ao processo penal de como atuar como instrumento para o alcance da materialidade da pena, assim como também instrumento de proteção as garantias individuais as partes no processo criminal.

Desse modo conforme dispõe a Carta Magna de 1988, nos termos do art. 5º, *caput*, à todos é garantido o direito à liberdade de maneira inviolável. De todo modo, a própria Constituição relativiza o direito à liberdade individual ao determinar que só vai haver privação do direito de liberdade se cumpridas todas as formalidades do devido processo legal (BRASIL, 1988).

Assim, se o processo penal é garantidor de garantias fundamentais, como a presunção de inocência, logo é também garantidor do direito à liberdade (*status libertatis*), que é a regra, sendo a exceção a prisão que somente pode ser decretada se for justificada por uma sentença penal transitado em julgado (GIACOMOLLI, 2014)

Tratando da privação de liberdade e dos direitos e garantias fundamentais, Zaffaroni (2006) preleciona que diante do poder de punição do estado, caminha o direito à liberdade, devendo o estado reconhecê-lo não só como um direito, mas como uma regra constitucional que só poderá ser limitada mediante a concretização de várias garantias, que serve como freio ao poder punitivo soberano.

Desse modo, como regra constitucional deve prevalecer o princípio da liberdade individual, no entanto, o estado poderá relativizar o direito de liberdade, em razão de condutas humanas típico, ilícito e culpável que venha a atingir bens ou direitos juridicamente protegidos, todavia, para ocorrer a privação do direito de liberdade, deve o estado se valer de um devido processo legal constitucional que assegure um mínimo necessário de garantias fundamentais ao acusado, em respeito à igualdade e dignidade humana.

Além disso, o Pacto de San José de 1969 também relativiza o direito à liberdade atribuindo competência as constituições políticas dos estados. Todavia, observa-se que no art. 7º, item 5 da

Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) o direito à liberdade está preservado como uma garantia individual ao processo, que é o comparecimento do indivíduo acusado em juízo.

Por conseguinte, Tavares (2003 apud LOPES JÚNIOR 2022, p. 52) preleciona ainda que:

A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Desse modo, o entendimento do autor revela que entre o poder de intervenção do estado e o direito à liberdade é necessário entender que a garantia a liberdade não está condicionada a qualquer tipo de legitimação, em decorrência de que o seu exercício evidente está intimamente ligado ao próprio direito à vida.

Portanto, não é o direito à liberdade que necessita de legitimação e sim o poder de punição do estado, que deve respeitar a fim de restringir o direito constitucional a liberdade, as garantias individuais condicionadas ao processo, em específico o Princípio da Presunção de Inocência.

3 DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Antes de entender uso das medidas cautelares pessoais, é certo definir a princípio que o ordenamento processual criminal constitucional, admite dos tipos de prisão, a prisão-pena, chamada de *carcer ad poenam* estabelecida após um devido processo legal transitado em julgado e a prisão cautelar, também chamada de prisão-processo ou *ad custodiam* que pode ocorrer antes ou durante o percurso processual criminal por decisão fundamentada do juiz (TÁVORA; ALENCAR, 2014).

Assim, as medidas cautelares pessoais ou prisão processual, são providências estatais que visam garantir a efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, são medida que durante o curso das atividades de investigação e antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, são aplicadas a fim de tutelar o próprio processo, não podendo serem usadas como instrumento de segurança pública ou finalidade de pena (LOPES JÚNIOR, 2022).

Nesse mesmo sentido teórico jurídico, Barroso et al. (2022) entendi que a prisão cautelar pessoal, consiste na medida instrumental que retira o direito à liberdade da pessoa antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cujo objetivo fim é o de assegurar a eficiência das investigações e da ação penal.

Para Parcelli (2017) toda e qualquer prisão deve ser pautada em necessidade ou indisponibilidade da providência, assim a medida cautelar surge como a necessidade de preservação da efetividade do processo como requisito fundamental de validade para justificar a

excepcionalidade do princípio da presunção de inocência, logo deve ser auferida em decisão fundamentada conforme dispõe a Legislação Processual Penal.

Dessa forma, ordena o Código de Processo Penal promulgado em 1941, nos termos do art. 282, que as medidas cautelares devem ser aplicadas em necessidade para aplicação de lei penal, investigação ou a instrução criminal e nos casos determinados legalmente, para evitar práticas de infração penal.

Portanto, resta de forma patente, que as medidas cautelares pessoais consistem em prisões de natureza instrumental que durante as investigações ou antes de ser proferida sentença condenatória ou até mesmo para assegurar futura aplicação do direito penal recaem sobre a pessoa do processo, com a finalidade de garantir máxima efetividade jurisdicional.

3.1 Prisão Preventiva

As Prisões Preventivas são modalidades de medidas cautelares que podem ser decretadas no curso da investigação preliminar ou do processo, ou ainda após a decretação da sentença penal que seja recorrível, a fim de garantir a ordem pública, a conveniência da instrução processual criminal ou ainda assegurar a aplicação da lei penal (LOPES JÚNIOR, 2022).

Para Reis et al. (2022) consiste em uma modalidade de prisão processual decretada pelo juiz de direito de maneira fundamentada, quando certamente presentes os pressupostos de aplicação, quais sejam: *Fumus Commisi Delicti* e *Periculum Libertatis*, em que se pressupõe a coexistência entre tais requisitos.

Segundo Távora e Alencar (2014) o pressuposto de *Fumus Commisi Delicti* compreender a constatação probatória da infração penal e do infrator, quais sejam, a prova da existência do crime, que é a materialidade delitiva provada e os indícios de autoria, que é a prova robusta de ser o agente autor do delito.

Nesse sentido, Lopes Júnior (2022, p. 205) adverte que:

O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.

Desse modo, para que haja a aplicação da medida processual preventiva é necessário a materialização de provas devidamente robusta do crime e que haja indícios suficientes que se faz

crer que o agente é autor da infração penal, para que haja evidentemente um mínimo de segurança na aplicação na prisão- processo preventiva.

No entanto, é necessário também o que dispõe o art.312 do Código de Processo Penal que prevê os pressupostos de fundamentação da prisão preventiva para Garantia da Ordem Pública, Conveniência de Instrução Criminal e a Garantia de futura Aplicação da Lei Penal. Que segundo Lopes Júnior (2022, p. 212) é o "*periculum libertatis* que é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP".

Portanto, a prisão preventiva é uma prisão cautelar, utilizada como um instrumento pelo juiz antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, sempre que for necessária e adequada, para garantir a investigação, instrução processual e aplicação futuramente da lei penal, desde que presente os requisitos teórico legais, *fumus boni iuris e o periculum libertatis*.

3.1.1 Garantia da Ordem Pública

A decretação da prisão preventiva como fundamentação de ordem pública, deve ser considerada como uma garantia a tranquilidade social ou a paz social, posto que se o indivíduo estiver em um estado de liberdade, pode vir conseqüentemente a praticar novas infrações penais que vem a perturbar a ordem pública (RANGEL, 2015).

Para Capez (2014) a prisão preventiva como garantia de ordem pública tem a finalidade de impedir que o acusado, estando em liberdade volte a delinquir, não podendo o Estado - juiz aguardar o final do processo, para retirá-lo do convívio social, denominando assim o chamado pressuposto *periculum libertatis*.

No entanto, Lopes Júnior (2022, p.212) adverte que a Garantia de Ordem Pública:

(...) por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante, destinado à crítica. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer [...]. Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de "clamor público", de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua "tranquilidade". Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a "gravidade" ou "brutalidade" do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à "credibilidade das instituições" como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que, se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade.

O autor Nicollitt (2006, p. 51) adverte que "a prisão para garantia da ordem pública é inconstitucional, por ser decretada no curso do processo, sem que tenha natureza cautelar".

Podendo observar que a justificativa para encarcerar o acusado antecipadamente e inconstitucional e de certa forma, inquisitorial, uma vez que os juristas se utilizam dela para justificar suas arbitrariedades no curso do processo penal.

Desse modo, a decretação da prisão preventiva por ordem pública, é causa mais flexível em relação a necessidade da prisão, vistos que a ordem pública por ter um conceito muito vago, que pode ser interpretada ou visualizada por vários fatores que pode criar reflexos negativos a sua aplicabilidade, como por exemplo, a decretação de prisão preventiva com fundamento de ordem pública com finalidade de pena.

3.1.2 Conveniência da Instrução Criminal

A conveniência de Instrução Criminal, como fundamento de decretação da prisão preventiva é empregada quando ocorrer risco efetivo na instrução do processo, por ser um termo amplo relacionado a discricionariedade, é pautada pelo caráter da excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, que serve para garantir que não ocorra risco na coleta de provas ou ao normal desenvolvimento do processo, causada pela liberdade do imputado (LOPES JÚNIOR, 2022).

Portanto, a conveniência de instrução criminal, poderá ser decretada quando o imputado posto em liberdade, ameaça ou mesmo interfira ou até mesmo forja as provas do processo criminal, a fim de se beneficiar em juízo, causando dessa forma risco a coletas de provas que venha a ser indispensável ao andamento do processo e certamente a verdade real buscada.

3.1.3 Assegurar Aplicação da Lei Penal

A Prisão Preventiva poderá também ser decretada com fundamento de Garantia a Aplicabilidade do Direito Material, a fim de evitar que o imputado venha a fugir, tornando assim, ineficaz a sentença penal condenatória, por ocorrer a impossibilidade de aplicação da pena cominada ao agente, ou seja, busca tutelar a fuga do imputado, buscando dessa forma a eficiência da sentença condenatória criminal (LOPES JÚNIOR, 2022).

Segundo Reis et al. (2022) tal fundamento se baseia na existência de indícios de fuga ou evasão do imputado, para furta-se do cumprimento da pena no caso de houver condenação transitada em julgado, isto é, busca tutelar a máxima eficiência do direito material resolvido justamente por todos os seus procedimentos formais até a chegada ao resultado querido.

No entanto, para Ferrajoli (2002) a fuga está diante do medo da prisão preventiva, logo se for aplicada de forma proporcional e justa, não há o que temer o estado para o cumprimento de uma futura aplicação do seu poder punitivo, visto que o soberano estado, é dotado de mecanismo legais de relativização do direito fundamentais, tal como a liberdade.

Portanto, o fundamento da prisão preventiva quanto a garantir a aplicação da lei penal, assegura a utilidade do processo penal, qual seja, promover o poder punitivo do estado, aplicando após seguido todo o procedimento legal, a sanção-pena devida ao imputado considerado autor de um ilícito penal proferido por uma sentença penal condenatória.

3.1.4 Condições de Admissibilidade

Conforme dispõe o art. 313 do Código de Processo Penal para que haja a decretação da prisão preventiva é necessária ainda que o aplicador do direito observe outros pressupostos que são denominados teoricamente de Condições de Admissibilidade da Prisões Preventivas, quais sejam: Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; se o réu ostentar condenação anterior definitiva por outro crime doloso no prazo de 5 (cinco) anos da reincidência e ainda, se o crime envolver violência doméstica ou familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa deficiente, quando tiver que necessariamente assegurar o cumprimento de medidas protetivas de urgência (BRASIL, 1941).

3.1.5 Duração da Prisão Preventiva

Segundo Lopes Júnior (2022) a Prisão Preventiva não possui um prazo de duração determinado, e estará em vigor até que se extingue à perigosidade fundante de sua decretação, ou seja, até que se cesse a condição de existência adotada para a sua aplicação, podendo, entretanto, que haja a possibilidade de uma revisão por meio de pedido fundamentado de revogação, para uma possível concessão de Liberdade Provisória do imputado.

Ainda assim, conforme dispõe art. 316 do Código de Processo Penal, parágrafo único, a prisão preventiva possui um prazo de 90 (noventa) dias para a revisão da necessidade de sua manutenção, ou seja, um prazo de averiguação para demonstrar se ainda à existência da necessidade de condição da decretação da medida, mediante uma decisão fundamentada e de ofício, sob pena de se tornar a prisão ilegal (BRASIL, 1941).

Ainda assim, é importante colocar conforme dispõe o art. 311 do Código de Processo penal que a prisão preventiva somente poderá ser aplicada ou decretada mediante pedido fundamentado do Ministério Público, do Querelante ou Assistente, ou por Representação da Autoridade Policial, jamais de Ofício pelo Juiz, diferente do que ocorre com a conversão (BRASIL, 1941).

Portanto a prisão preventiva não tem duração legalmente prevista no ordenamento jurídico, devendo permanecer até quando existir a sua condição necessária de existência, ou seja, a prisão preventiva deve respeitar os Princípios da Razoabilidade, Provisoriedade, Necessidade e Adequação, por outro lado, a norma processual penal determinou um prazo de 90 (noventa) dias de revisão dessa necessidade, a fim de que se possa extinguir ou mesmo revogar a medida cautelar preventiva.

3.1.6 Caráter Excepcional das Prisões Preventivas

A Carta Magna, promulgada em 1988 estabelece de forma expressa o caráter excepcional da prisão preventiva, determinando nos termos do art. 5º, LXI, LXVI que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 1988).

Desse modo, a Constituição Federal ditou aspectos gerais para determinar a excepcionalidade das prisões como uma forma de garantir ao mais amplo direito fundamental à liberdade, criando a possibilidade de frear o poder de punição do estado e garantir direitos fundamentais descritos no seu texto, como a dignidade humana.

Tratando perspectiva teórica, Barroso et al. (2022, p. 284) preleciona que:

Para que seja decretada a prisão preventiva, necessário observar o preenchimento de pressupostos indicados pelo legislador. Primeiramente você precisa saber que a prisão é a exceção, sendo assim, somente será decretada prisão cautelar quando as demais possibilidades de medida cautelar diversas da prisão não forem suficientes, conforme determina o art. 282, § 6º, do CPP.

Nesse sentido, leciona o mestre Lopes Júnior (2022) que a prisão preventiva deve ser a última medida cautelar a ser decretada, ou seja, é a medida extrema, excepcional de modo que só deve ser aplicada se outra medida diversa não for cabível ou mesmo suficiente para tal fim, de modo que a sua aplicação depende da necessidade e adequação a condição concreta.

Desse modo, a princípio deverá preferencialmente a aplicação de outras medidas cautelares, deixando a medida preventiva para casos de maior complexidade ou gravidade cujas suas circunstâncias sejam indicativas de risco ao desenvolvimento do processo ou de reiteração criminosa, somente sendo cabível quando inadequadas ou descumpridas outras medidas cautelares impostas (OLIVEIRA, 2017).

Portanto, a prisão preventiva é evidentemente uma medida de caráter Excepcional, em que detém a sua organização na Lei Processual Penal e em Princípios fundantes, como: Taxatividade, Adequação, Proporcionalidade, que permite a sua aplicação a fim de garantir a investigação, o processo ou até mesmo a sentença penal recorrível.

3.1.7 Revogação e Relaxamento da prisão preventiva

Conforme se depreende a Constituição Federal nos termos do art. 5º, inciso LXV qualquer tipo de prisão que seja considerada ilegal, deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente, ou seja, deve ser restabelecido o direito fundamental do acusado à liberdade, que está em restrição (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, o art. 316 do Código de Processo Penal determina que prisão preventiva poderá ser revogada de ofício pelo juiz ou até mesmo a pedido das partes, se no decorrer da investigação ou mesmo do processo, verificar a falta de motivo que a ela subsista, bem como também pode decretá-la, se sobrevierem razões justificáveis para a sua decretação (BRASIL, 1941).

Dessa forma, Reis et al. (2022, p. 1.224) leciona que:

(...) atualmente, o juiz pode revogar a prisão preventiva de ofício, mas não pode decretá-la inicialmente sem requerimento das partes ou representação da autoridade policial. Caso, porém, tenha revogado uma prisão preventiva, poderá decretá-la novamente de ofício, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Assim, o juiz pode revogar a medida preventiva de ofício se não mais existir razão para a sua existência, no entanto, não poderá de ofício decretá-la sem que as partes pleiteiem a autoridade competente sua decretação, mas caso tenha a autoridade revogado, poderá decretar novamente de ofício se existir necessidade que possa justifica-la.

Nesse sentido, Lopes Júnior (2022) adverte que a revogação da medida preventiva deve ocorrer quando não mais existir motivos necessários à sua subsistência, ou seja, quando desaparecer os pressupostos descrito no art. 312 do Código de Processo Penal, que justificativa a restrição do imputado, devendo assim o juiz revogá-la e imediatamente conceder o direito à liberdade provisória do imputado.

No entanto, conforme adverte Tornaghi (1995) não é preciso que o juiz reconheça fatos novos ou qualquer outro elemento de prova, já que um reexame dos fatos seria suficiente para que o magistrado possa revogar a prisão preventiva, podendo também voltar atrás se convencido de que a prisão pode ser dispensada.

No que trata o relaxamento, ocorre quando sobrevier algum tipo de ilegalidade, ou ainda por não possuir os requisitos para a sua aplicação, ou seja, quando o magistrado observar que os pressupostos e condições necessárias não estejam presentes, devendo o juiz após verificada a irregularidade formal, conceder a liberdade (LOPES JÚNIOR, 2022).

Portanto, a prisão preventiva deverá ser revogada quando não existir mais condição de existência que justificou sua aplicação, devendo o juiz, quando verificado o desaparecimento de tal necessidade, conceder a revogação. Assim como também, poderá relaxar tal medida, quando sobrevir ilegalidade ou falta de requisitos indispensáveis para a sua decretação.

3.2 Prisão Temporária

A Prisão Temporária é uma espécie de medida cautelar que somente poderá ser decretada de forma fundamentada pela autoridade competente na fase de investigação preliminar, logo, possui como finalidade primordial, garantir a eficácia das investigações de determinados crimes (BARROSO et al., 2022).

Segundo Lopes Júnior (2022) a Prisão Temporária está prevista pela Lei nº 7.960 e foi criada logo após a Constituição Federal atendendo à grande pressão da polícia judiciária brasileira, cuja finalidade necessária é garantir a investigação e a coleta dos elementos probatórios buscados pela autoridade policial.

Nesse sentido, Nucci (2020) entende que a prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar cuja, finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave, que está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir legalmente, a antiga prisão de averiguação.

No entanto, segundo Machado (2014) a prisão temporária não pode ser usada como finalidade de contenção pura e simples do indiciado, nem para garantir que a pena seja efetivamente aplicada, sendo óbvio, que por ser uma modalidade de prisão de natureza cautelar, tal como as demais em geral, não pode servir como punição de indiciados e suspeitos.

Portanto, a prisão temporária é uma espécie de medida cautelar com previsão legal na citada lei, cuja finalidade principal é tutelar e auxiliar a investigação do inquérito policial, devendo para tanto, o aplicador do direito (juiz) observar alguns parâmetros, ou seja, alguns pressupostos, requisitos de admissibilidade e até mesmo a duração para que seja considerada legalmente.

3.2.1 Cabimento

Desse modo, conforme o art. 1º da Lei nº 7.960 as prisões temporárias serão cabíveis, quando: necessário as investigações policiais; quando o acusado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao estabelecimento de sua identidade e quando houver razões fundadas, de acordo com qualquer prova na legislação penal admitida, de autoria ou participação do acusado nos crimes do rol taxativo descritos nas alíneas do citado artigo (BRASIL, 1989).

No entanto, Lopes Júnior (2022) fixa entendimento com base no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 3.360 que o cabimento de decretação da Prisão Temporária, autoriza-se quando presentes requisitos cumulativamente, quais sejam: ser a prisão imprescindível para a investigação do inquérito policial, constatadas por elementos concretos e não meras conjunturas; houver fundamentadas razões de autoria ou participação indiciado no crimes descritos no rol taxativo do art. 1º, III, da mencionada

lei das prisões temporárias; for a autoria e participação nos crimes expresso da mencionada lei, fundamentados em fatos contemporâneos que justifique a medida; a medida seja adequada ao caso concreto do crime, as circunstâncias e condições do indiciado e ainda quando a imposição de outra medida cautelar diversa, não seja suficiente.

Portanto, a prisão temporária cautelar só terá seu cabimento legalmente decretado, quando presentes cumulativamente aos requisitos determinados no art. 1º I, III, da lei das prisões temporárias somada com a justificativa em fatos novos ou contemporâneos de autoria e participação dos crimes descritos em lei, ainda com a necessidade e adequação a medida e gravidade do crime e por fim quando as cautelares diversas, não for considerada suficiente.

3.2.2 Procedimento e Duração

Conforme determina o art.2º (parte final) da Lei nº 7.960, a prisão temporária tem uma duração de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual prazo em caso de extrema e comprovada necessidade e ainda em se tratando de crime hediondo, o prazo será de 30 (trinta) dias prorrogáveis por igual duração, ou seja, a prisão pendurar pelo prazo de 60 dias, em relação aos crimes hediondos.

Contudo, segundo Lopes Júnior (2022) tais prazos não impedem que o juiz possa conceder a liberdade do imputado antes de encerrado os prazos descritos, desde que verificada que não exista mais a necessidade da custódia, posto que sua decretação já cumpriu a sua finalidade principal, que é a de tutelar o interesse da investigação policial.

Assim, no tocante ao procedimento, conforme o art. 2º *caput* e § 2º da citada lei das prisões temporárias, as medidas temporárias não poderão ser decretas de ofício pelo magistrado, e sim por meio de Requerimento do Ministério Público ou Representação da Autoridade Policial, devendo os autos conclusos serem proferidos pelo juiz no prazo de 24 (vinte e quatro) horas para que seja proferida ou indeferida.

Portanto, as Prisões Temporárias são modalidades de medidas processuais de duração e procedimento determinados em lei, cuja à possibilidade de pedido de prorrogação quanto ao prazo, desde que comprovado a extrema necessidade, entretanto, o juiz pode conceder a liberdade do agente antes mesmo de extinto o prazo legal, se comprovado que a prisão já esgotou seu propósito, qual seja, a proteção da investigação policial.

3.3 Medidas Cautelares Diversas

As Medidas Cautelares Diversas, são medidas alternativas das prisões, inovadas pela Lei nº 12.403 ora, lei que alterou significativa o rol das medidas cautelares no ordenamento processual Brasileiro, dando um rol taxativo previsto nos art. 319 e 320, de medidas diversas que podem ser utilizadas pelos juízes, a fim de restringir certos comportamentos do agente.

Para Lopes Júnior (2022) é uma inovação da reforma de 2011 que introduziu ao ordenamento processual Brasileiro uma “Polimorfologia Cautelar”, ou seja, medidas cautelares alternativas da prisão, que devem priorizar a natureza substitutiva, isto é, devem reservar a prisão preventiva como o último instrumento a ser utilizado entre as medidas cautelares.

Nesse mesmo sentido, Nucci (2020) leciona que se trata do cerne da reforma processual introduzidas pela Lei nº 12.403, que tem por finalidade de evitar os males da segregação provisória, por meio do encarceramento de indivíduos acusados, que, ao final da instrução, podem ser absolvidos ou condenados a penas íntimas, desde que, que seja aplicada em observância a necessidade e adequabilidade.

Assim, conforme o artigo 319 do Código de Processo Penal se contempla os incisos das variadas medidas cautelares diversas, em que os juízes podem se utilizar, quais sejam: (I) o comparecimento em Juízo, ou seja, o juiz competente pode designará condições e prazos para que o agente informe as atividades que ele esteja fazendo, para assim comprovar que é merecedor de continuar em liberdade (BRASIL, 1941).

O inciso (II) dá possibilidade do juiz aplicar medida diversa de proibir que o indivíduo tenha acesso ou frequência de determinados locais que contém relação com o fato, ou ainda para evitar o acontecimento de outras infrações penais, assim como também no inciso (III) permite a proibição do indivíduo a manter contato com determinadas pessoas que tenham relação com o fato ocorrido (BRASIL, 1941).

Ademais, o inciso (IV) admite aplicação de medida que vede a ausência do agente da comarca quando a sua permanência seja necessária ou conveniente para o processo, assim como também o inciso (V) traz o recolhimento domiciliar do indivíduo, nos dias em que ele tenha folga, caso possua trabalho fixo e nos períodos noturnos (BRASIL, 1941).

O inciso (VI) possibilita a aplicação de medida diversa para a suspensão do investigado no exercício de função pública ou de atividades com natureza financeira caso haja o justo receio de uma prática infracional penal ou ainda pelo o inciso (VII) quando a possibilidade de internação provisória nos casos de crimes com prática violenta e com presença de grave ameaça, desde que peritos concluírem que o suspeito é inimputável ou semi-imputável, e caso haja risco que possa vir a cometer novamente a infração (BRASIL, 1941).

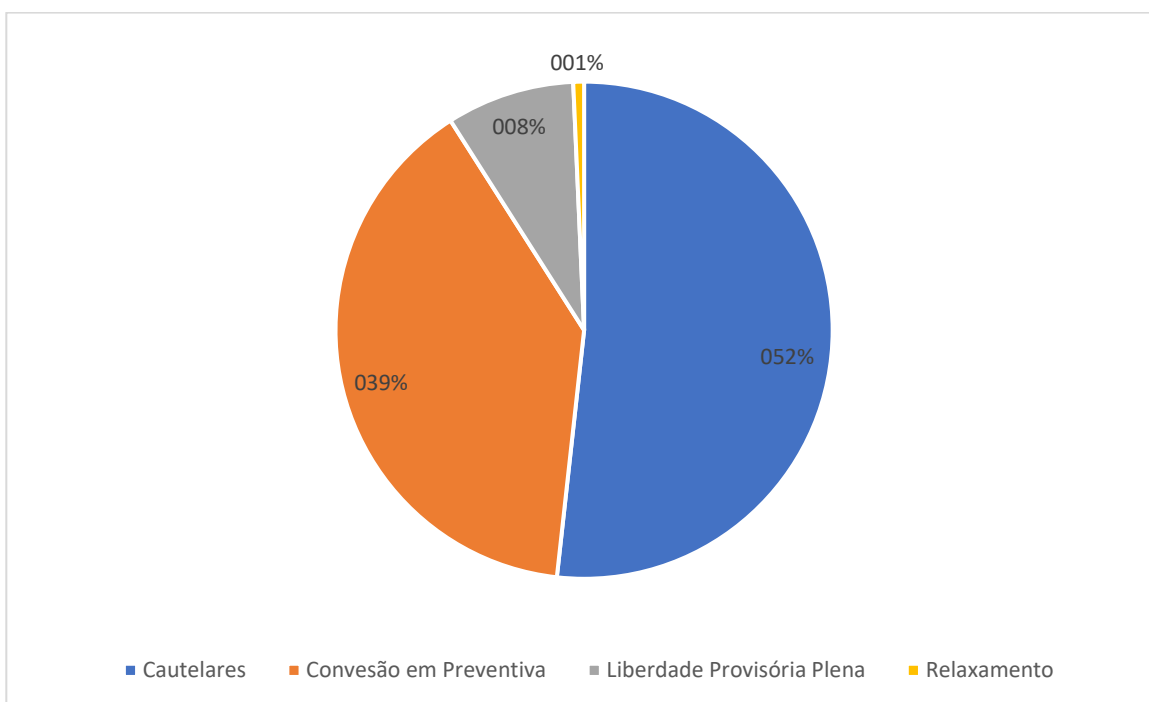
Por fim, o inciso (VIII) autoriza a decretação de medida diversa para pagamento de fiança, desde que admitas legalmente, assim como também poderá aplicá-la (IX) para monitorar eletronicamente o agente, ou seja, medida essa em que o juiz ordena que coloque uma tornozeleira de monitoramento no acusado, ficando aquele supervisionado, evitando que ele seja posto em cárcere (BRASIL, 1941).

Portanto, as Medidas Cautelares Diversas, são medidas alternativas determinadas no Código de Processo Penal que podem ser aplicadas para substituir uma medida mais extrema, ou seja, a privação da liberdade (Prisão Preventiva) com certas finalidades previstas em lei, a fim de garantir o direito constitucional a liberdade.

4 O USO EM EXCESSO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAS NA CENTRAL DE INQUÉRITO DE TERESINA PIAUÍ NO ANO DE 2021

E notável que os juízes tendem a decretarem muitas medidas cautelares e até mesmo prisões preventivas para os acusados nas audiências de custódia, uma vez que, buscam de certa forma dá uma “resposta” para a sociedade em geral, e nesse caso, não se atentam em observar que, na grande maioria dos casos uma medida cautelar diversa da prisão caberia perfeitamente, e assim, diminuiria os excessos de prisões preventivas e medidas cautelares mais inquisitiva, e os processos correriam perfeitamente, sem nenhum prejuízo.

Por meios de dados quantitativos fornecidos pela Central de Inquérito de Teresina – Piauí sobre as audiências de custódia realizadas no ano de 2021, pode-se observar a aplicabilidade em excesso das medidas cautelares pessoais. Com um total de três mil setecentas e uma audiências de custodias realizadas no decorrer dos doze meses do ano de 2021, nessas audiências de custodias cerca de 51,75% das prisões foram convertidas em Cautelares, 39,22% tiveram conversão em Prisões Preventivas, 8,33% das prisões tiveram Liberdade Provisória Plena concedida e apenas 0,70% foram relaxadas (Central de Inquérito de Teresina – PI).



(Fonte: Central de Inquérito de Teresina-PI, 2021)

O gráfico demonstra o excesso do uso das medidas cautelares e também a conversão em prisão preventiva, em comparação com a liberdade provisória e os relaxamentos de prisão, pois isso é mais cômodo para os tribunais, uma vez que a sociedade em sua maioria, só acredita que a justiça fez o “correto” quando veem os acusados presos. Assim a justiça mostra para a sociedade que se foi feito a tão esperada justiça, e que na grande maioria dos casos, foi-se utilizado uma medida cautelar mais pesada, quando uma medida cautelar diversa supriria a necessidade processual.

Ainda é possível perceber que os juízes preferem decretar cautelares e/ou prisões preventivas em comparação a liberdade provisória, e como se tratasse de um costume já enraizado nos tribunais, ficando os juízes acomodados a decretarem esses excessos, tendo como justificativa na sua maioria a busca pela maior segurança da sociedade.

Em regra, as medidas cautelares têm como principal objetivo, evitar o risco de prisão do acusado e sendo dever dos magistrados aplicá-las apenas para garantir a instrumentalidade do real desenvolvimento do processo, tratando a todos indistintamente como inocente, e garantir o mais amplo direito à liberdade pessoal do acusado, podendo os magistrados utilizarem as medidas cautelares de forma excepcionais. Desse modo, fica claro que na prática, os juízes estão utilizando a exceção no lugar da regra, incorrendo dessa forma em uma antecipação penal.

Os juízes estão utilizando a busca pela ordem pública como justificativa para cometerem arbitrariedades com os suspeitos de terem cometido algum ilícito penal, e dessa forma, os magistrados não podem, só com essa justificativa, manter um suspeito preso, de forma a se utilizar dessa prerrogativa para antecipar a pena.

Ficando cada vez mais claro que os magistrados estão confortáveis em decretar qualquer medida cautelar ou mesmo uma prisão preventiva, pois para a sociedade comum na sua maioria seria o mais correto. Entretanto, é necessário entender se a decretação da medida cautelar está sendo usada nas suas formalidades originais, já que se percebe os danos, da sua não aplicação devida.

Portanto, fica claro que todas as formalidades legais para a decretação das medidas cautelares (em específico a modalidade de prisão preventiva), não estão sendo devidamente respeitadas. Assim, essas inobservâncias a formalidade vêm causando grande violação as garantias individuais fundamentais, que são primordiais na aplicabilidade das medidas cautelares no processo criminal, cuja sua existência vem da Constituição Federal que tem como fundamento basilar a garantia da dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da presente pesquisa teórica e quantitativa, que se deu partir de doutrinas e com a coletas de dados sobre a aplicação das medidas cautelares pessoais na Central de Inquérito de Teresina no ano de 2021, pode-se notar que a uma grande utilização das medidas cautelares em comparação as liberdades provisórias e ainda mais com os relaxamentos de prisão que foram protocolados.

Assim, quando não for possível a utilização de quaisquer medidas cautelares, deve o juiz, decretar a liberdade do acusado, visto que ele não traz nenhum risco para o saudável andamento do processo e assim não traz nenhum prejuízo para tal. Mas ficou comprovado que na prática os magistrados não estão utilizando, pois pela busca da ordem pública e/ou da ordem econômica, os juízes preferem de certa ultrapassar por cima das “regras” e utilizar todo modo, qualquer medida cautelar que possa satisfazer a sociedade, mesmo que isso seja de certa forma muito autoritário para um país democrático e com uma constituição que se diz cidadã.

Ademais, fica nítido que os magistrados estão fazendo o contrário daquilo que as medidas cautelares foram criadas, uma vez que, elas têm como base a liberdade do acusado, seguindo o que preceitua a Constituição Federal de 1988, todos são inocentes até o trânsito em julgado a sentença condenatória.

Portanto, é nítido que as medidas cautelares deveriam ser uma tutela para efetividade processual, só que na prática judiciária teresinense, estão sendo utilizadas como uma forma de antecipação da pena, e fazendo com que sejam violadas garantias constitucionais fundamentais que estão condicionadas aos sujeitos no processo, como o princípio da presunção de inocência e o direito a responder um processo criminal em liberdade.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, D.; MARQUES, F.; TASOKO, M.; JUNIOR, M. A. A.; PAIVA, R.; CALDEIRA, S. **Prática Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

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

_____. **Decreto nº 678, de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 17 ago. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

_____. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre Prisão Temporária. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.360 MC/DF.** Define Critérios para Decretação de Prisão Temporária. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Rclte: Partido Social Liberal- PSL. Intdo: Presidente da República. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. julgamento: 11/02/2022. Sessão Virtual de 04/02/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em: 19 out. 2022.

_____. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.** Regula o acesso a informações relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e das outras providencias. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 19 out. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e a Convenção de Direitos Humanos "Pacto de São José da Costa Rica".** São Paulo: Atlas, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal.** Barcelona, Bosch, 1935. Disponível em: https://www.academia.edu/36424219/Problemas_jur%C3%ADdicos_y_pol%C3%ADticos_del_proceso_penal. Acesso em 23 nov. 2022.

GRANDRA, Thiago Grazziane. **Princípios Básicos de Proteção do Acusado no Processo Penal.** Biblioteca digital do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2012. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/8456>. Acesso em 15 nov. 2022.

LAKATOS, E. M.; MARKONI, M. A. **Fundamentos de metodologia da pesquisa científica.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Mauricio Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NICOLLITT, André Luiz. **As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REIS, A. C. A.; LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como Bricolage de Significantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. **Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Antiterror**. Florianópolis, Habitus, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte, Letramento, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9 ed. Salvador: JusPodiun, 2014.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 9 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2006.

CONTABILIDADE RURAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA PEQUENOS PRODUTORES RURAIS EM UMA CIDADE DO INTERIOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

IZABELLI MARIA DA SILVA:

Graduanda em Ciências Contábeis na Fundação Educacional de Fernandópolis - SP;

EDUARDO VINICIUS COIADO

VITOR APARECIDO COIADO

(coautores) ¹⁰⁰

DANIELA BORELI^{100.1}

(Orientadora)

ROGÉRIO DE JESUS RIBEIRO ^{100.2}

(Coorientador)

RESUMO: Este estudo tem por objetivo, demonstrar o conhecimento de produtores rurais quanto a importância da contabilidade aplicada em seu negócio. Foi realizado a aplicação de uma pesquisa de campo, para o levantamento de informações, com o intuito de demonstrar através de dados concretos, o nível de conhecimento por parte dos produtores, quanto ao tema apresentado, a fim de demonstrar os pontos que precisam ser melhorados, como é realizado o controle das movimentações dentro da propriedade, e o quão importante eles consideram a contabilidade dentro do seu negócio.

Palavras-chaves: Contabilidade Rural. Agronegócio. Produtores rurais.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate the knowledge of rural producers regarding the importance of accounting applied in their business. The application of a field research was carried out, for the collection of information, in order to demonstrate through concrete data, the level of knowledge on the part of the producers, regarding the presented theme, in order to demonstrate the points that need to be improved. , how the control of movements within the property is carried out, and how important they consider accounting within their business.

Keywords: Rural Accounting. Agribusiness. Farmers.

¹⁰⁰ Graduandos em Ciências Contábeis na Fundação Educacional de Fernandópolis - SP;

^{100.1} Contadora; Especialista em Gestão Empresarial e Consultoria; Mestre em Ciências Ambientais, Docente na Fundação Educacional de Fernandópolis e Faculdade Futura de Votuporanga, Graduanda em Direito na Fundação Educacional de Fernandópolis.

^{100.2} Mestre em Engenharia de Produção (UNIARA), Graduando em Direito na Fundação Educacional de Fernandópolis, Professor universitário na Fundação Educacional de Fernandópolis.

1 - INTRODUÇÃO

A contabilidade tem uma história tão antiga quanto as civilizações do mundo. Desde o início as pessoas se preocupavam em proteger e aumentar a sua lucratividade e posse de bens. De acordo com Zanluca e Zanluca (2013), a origem da contabilidade está ligada a necessidade de registro do comércio.

Conforme Iudícibus, Martins e Gelbck (2006), trouxeram a seguinte definição para o objetivo da contabilidade: "A contabilidade é, objetivamente, um sistema de informação e avaliação destinado a prover seus usuários com demonstrações e análises de natureza econômica, financeira, física e de produtividade, com relação à entidade objeto da contabilização."

Sendo assim, seu papel vai muito além de organizar as riquezas, o que tornou a contabilidade uma ciência de extrema importância para o mundo atual, se encaixando em diferentes ramos. Trazendo como objetivo principal o auxílio no fornecimento de informações econômicas para as empresas de modo geral (fornecedores, bancos, sindicatos, investidores, etc), através de estudos nos registros contábeis, que irão auxiliar na tomada de decisões. Segundo Barros (2013, "p. 3"), a contabilidade tem como função Administrativa controlar o patrimônio a fim de demonstrar sua situação, e em determinado momento tem assume a função Econômica apurando resultados a fim de demonstrá-los periodicamente independentes se negativos ou positivos.

Em todos os setores, seja ele comercial, rural ou industrial, a contabilidade traz informações para o crescimento, solução de problemas, possíveis dificuldades e a lucratividade da empresa. Na área rural, o avanço da contabilidade é mais tardio, e com isso muitos produtores ainda não têm conhecimento dessa área tão importante e determinante para a lucratividade desse setor. No Brasil, nos últimos anos, vimos um grande crescimento no que se diz respeito ao Agronegócio, e conseqüentemente uma atenção maior em contabilizar tudo que é gasto, visando ter lucro real.

2 – OBJETIVO

2.1 Objetivo Geral

O objetivo geral desse trabalho é identificar por meio de pesquisa de campo, através da aplicação de um questionário, o conhecimento dos produtores rurais sobre a contabilidade e suas funções gerenciais, e verificar estratégias e ferramentas na busca da tomada de decisões, incluindo a contabilidade rural na gestão do agronegócio, visto que essa área ainda é pouco explorada por essa classe de usuários; analisar os pontos que ainda precisam ser melhorados, e buscar possíveis maneiras de levar essa informação para esses produtores, que ainda não tem conhecimento da importância de contabilizar as movimentações realizadas no seu negócio.

2.2 Objetivos específicos

Os objetivos específicos para essa pesquisa são:

- Apresentar a contabilidade rural como ferramenta de gestão;

- Demonstrar a importância dos controles para a gestão financeira do negócio;
- Apresentar a possibilidade da utilização da contabilidade como instrumento para obtenção de financiamentos ou a inclusão em programas voltados ao incentivo de produtores agrícolas.

3 - FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Nesse artigo será abordado o surgimento da contabilidade, sua evolução, o surgimento da Contabilidade Rural, suas características, e as dificuldades encontradas nesse ramo.

3.1 SURGIMENTO DA CONTABILIDADE

A contabilidade existe desde o princípio da civilização, desde o início sua função se deu em avaliar a riqueza do homem; avaliar os acréscimos ou decréscimos dessa riqueza. Ela não é uma ciência exata, ela é uma ciência social, porém ela utiliza os métodos quantitativos (matemática e estatística) como principal ferramenta. (IUDÍCIBUS e MARION, 2007, p. 30).

A partir do momento em que houve necessidade de registrar as atividades comerciais realizadas, tivemos o início da origem da contabilidade. As atividades de troca e venda dos produtos entre as pessoas, despertou o interesse em analisar o valor dos bens e suas variações de valores durante sua comercialização. Quanto maior era o retorno de quantias em valores, a preocupação em como aumentar esses rendimentos, de uma forma mais simples e rápida também foi sendo questionada.

Percebeu-se conforme traz Meirelles (2008), que na bíblia existem relatos evidenciando as leis de propriedades e contabilidade, onde Jesus relatou em Lucas capítulo 16, versículos 1 a 7: o administrador que fraudou seu senhor, alterando os registros de valores a receber; há também a citação de um construtor, que faz contas para verificar se o que possuía era suficiente para construir uma torre (Lucas 14.28-30). Jó, um homem muito rico, cujo patrimônio foi inventariado no livro de Jó, capítulo 1, versículo 3, onde depois de perder tudo ele recupera seus bens. Dessa forma, fica comprovado que nos tempos bíblicos o controle de ativos era prática comum.

Sendo assim, para Klein (1954, p.14), a contabilidade "é a ciência que estuda os registros, atos e fatos, métodos e doutrinas contábeis, econômicas e administrativas, a partir da evolução das sociedades humanas e dos seus patrimônios.

3.2 CONTABILIDADE RURAL

Desde a antiguidade, as civilizações trabalham com o plantio e cultivo da terra para sobreviver, onde cada propriedade rural oferecia tipos diferentes de culturas e criações, seja ela com o cultivo de lavouras, criação de animais, com a finalidade de satisfazer as necessidades humanas. (CREPALDI, 2006).

Com o passar dos anos, esse ramo não apenas servia para somente satisfazer necessidades humanas. Com o avanço tecnológico, tivemos a evolução agrícola, onde com o apoio da ciência, disponibilidade de insumos modernos, maquinários e instrumentos agrícolas, a agricultura se moderniza, aumentando conseqüentemente a produtividade da terra, do trabalho e do capital. (Alves, Contini, Gasques, 2008). A partir desse momento o conceito de agricultura, deixou de ser apenas rural, pois passou a depender de maquinários, insumos e diversas infraestruturas novas.

No Brasil, com a industrialização, a população rural, teve diminuição significativa, pois essas famílias deixaram o campo, e foram para a cidade. No entanto, a agricultura continua desempenhando papel fundamental para o desenvolvimento do país, desenvolvendo atividades como: produção de alimentos baratos e de boa qualidade, produção de matéria-prima, quanto a exportação, trazer dinheiro para o país, e conseqüentemente com esse desenvolvimento buscar condições dignas de vida para o produtor rural. (CREPALDI, 2006)

Com o conhecimento sobre as condições de mercado e recursos naturais, o produtor têm acesso aos elementos básicos para o desenvolvimento de sua atividade. Esses elementos são: o quê, quanto e como produzir. Ter o controle de suas ações após o início de sua atividade, e por fim avaliar os resultados alcançados. O conjunto dessas ações constitui o campo da Administração Rural. (CREPALDI, 2006)

De acordo com Crepaldi (2006), no setor agrícola, existem peculiaridades quanto a sua característica, diferenciando dos demais setores, são elas: dependência do clima; correlação tempo de produção versus tempo de trabalho; dependências de condições biológicas, terra como participante da produção; estacionalidade da produção; incidência de riscos; sistema de competição econômica; produtos não uniformes; alto custo de saída e/ou entrada.

Normalmente, as empresas rurais de pequeno e médio porte, são gerenciadas por seu próprio dono, que também se torna o administrador, sendo que na maioria dos casos não tem conhecimento sobre como contabilizar e gerenciar seu negócio, a fim de melhores resultados. Para Matos (2002), ter o conhecimento dos recursos disponíveis em sua propriedade e adoção de métodos que auxiliem na sua produção, é possível diminuir os custos, e garantir sustentabilidade e permanência no negócio.

Para que se obtenha sucesso no ramo rural, é necessário ter controle dos custos, não somente boa produtividade. Através de um controle gerencial e de custos, você consegue administrar sua produtividade para obter os resultados esperados, e ainda os melhorar. As empresas rurais, segundo Marion (p.24), "são aquelas que exploram a capacidade produtiva do solo por meio do cultivo da terra, da criação de animais, e da transformação de determinados produtos agrícolas".

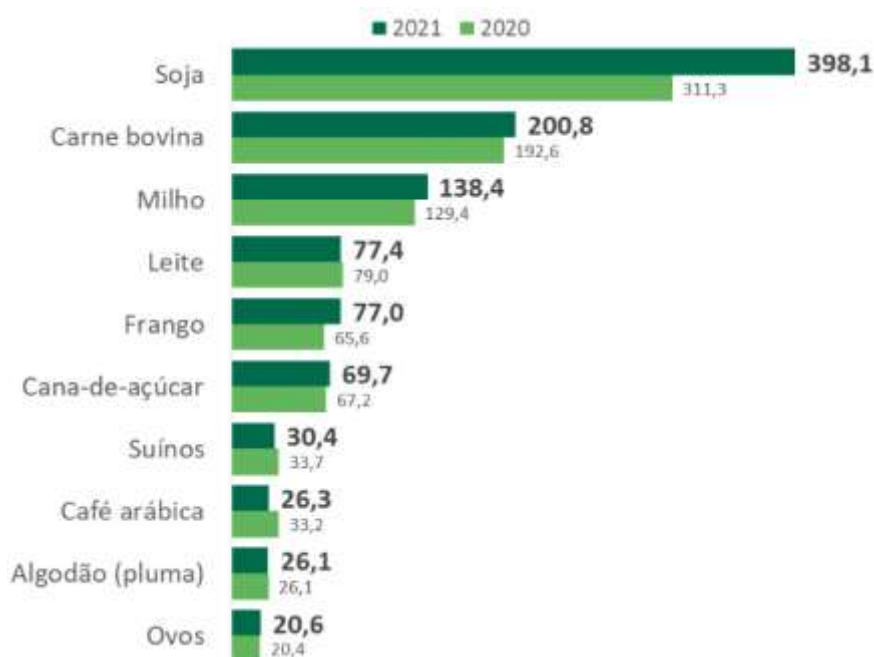
A elaboração e implementação do planejamento no setor rural representa grande desafio, isso porque, os empreendimentos desse setor estão sujeitos a diversas variáveis, como a dependência de recursos naturais, sazonalidade do mercado, perecibilidade dos produtos, ciclo biológico dos animais e vegetais, e o tempo de maturação dos produtos. (VILCKAS, 2004).

Para o produtor rural, ter conhecimentos técnico e saber diagnosticar a situação do seu negócio, determina grande parte do seu sucesso no ramo da agropecuária, se alinhado com o conhecimento e controle contábil. Segundo Valle (1987) as operações de gestão agrária são consideradas sobre tríplice aspectos: o técnico, o econômico e o financeiro. Sob o aspecto técnico, estuda-se a possibilidade de plantio de determinada cultura vegetal ou criação de gado na área rural, isso implica na escolha de sementes, os implementos a serem usados, tipos de alimentação do gado, espécie de fertilizantes, sistema de trabalho etc. No aspecto econômico, estudam-se várias operações a serem executadas, quanto ao seu custo e aos seus resultados, ou seja, o custo de cada produção e sua recuperação, através do qual se obtém lucro. No aspecto financeiro, é quando se estuda as possibilidades de obtenção de recursos monetários necessários e o modo de sua aplicação, movimento de entradas e saídas, a fim de manter o equilíbrio financeiro do negócio.

Segundo Pinto (2006), o crescimento do agronegócio se dá em função das competências dos agricultores, da vasta disponibilidade de terras agricultáveis e utilização de tecnologias mais eficientes. Dessa forma, com a expansão cada vez mais intensificada, e conquista de novos mercados, tornou-se necessário o conhecimento contábil. Uma vez que, os registros de todas as movimentações, compras, valor da mão de obra, os equipamentos necessários para a entrega do produto final, todo e qualquer investimento feito para a entrega do produto final, devem ser contabilizados, a fim de termos no final o custo correto do produto, e a partir dessa informação determinar qual será o preço de venda, a fim de obter lucro, e resultados positivos para o negócio.

Os dados apresentados na figura 1, extraídos da Confederação de Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA 2020 - 2021, afirma o quanto uma gestão bem realizada garante o crescimento desse setor, isso porque segundo a CNA, a produção agropecuária no Brasil se desenvolveu de tal forma, podendo o Brasil se tornar um grande fornecedor de alimentos do futuro. A agricultura atualmente está adaptada as diversificadas regiões tropicais, com uma legião de produtores rurais, que compõem o setor mais produtivo do mundo, transformando a economia brasileira.

FIGURA 1: Valor Bruto da Produção no Brasil em 2020 e 2021 (em R\$ bilhões)



Fonte: IBGE/ Elaboração CNA Brasil.

3.3 CONTABILIDADE DE CUSTOS

Conforme levantado anteriormente, é de suma importância a contabilização de toda movimentação do seu negócio. Na gestão dos custos não é diferente, uma vez que, é a partir desse levantamento que poderá ser feito um diagnóstico sobre a saúde financeira do seu negócio. De modo geral os custos são todos os gastos ou investimentos realizados para a realização da sua atividade. Conforme traz Bertó e Beulke (2013) essa área dos custos tem grande abrangência e diferentes aplicações, entre elas está a aplicação do custo para a formação do preço de venda, valor do produto ou serviço prestado, sendo essa uma aplicação fundamental da teoria dos custos.

Ressalta-se ainda que há diversos sistemas de custeio, entretanto elencou quatro como sendo os principais: sua forma – onde serão apresentados os custos, conteúdo – quais os itens que serão relacionados ao seu produto, insumos físicos – àqueles utilizados como propriedade para chegar ao custo e por fim valores monetários – que são os valores utilizados como base para análise. (BERTÓ / BEULKE 2013)

3.4 ANÁLISE DAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS

Assim como a contabilidade de custos, temos a análise das demonstrações contábeis que pode ser utilizada como ferramenta dentro de uma empresa. Segundo Martins, Diniz e Miranda (2012), seu objetivo é diagnosticar como está o desempenho da empresa, para que assim, consiga ser levantada projeções que auxiliem na tomada de decisões.

Eliseu Martins (2005), ressalta ainda que toda análise de balanço devem seguir a dois propósitos, sendo conhecer a análise de liquidez e rentabilidade da empresa. A análise de liquidez, de forma simples, informa qual a capacidade da empresa em pagar suas dívidas, dentro do prazo.

Dalbello (1999), parte da ideia de que com a liquidez, a empresa conseguirá quitar suas dívidas feitas com terceiros, dentro do prazo estipulado, dessa forma sendo possível ainda conseguir descontos nas negociações e confiabilidade do mercado. Ainda segundo Dallbello, 1999, p. 11:

Uma liquidez é eficaz quando os meios de pagamento suprem tempestivamente as necessidades de pagamentos, ou seja, quando tais meios se convertem rapidamente em dinheiro a tempo de cobrir as obrigações que a empresa possui. Em suma, a liquidez envolve a contínua conversão de Ativos ao longo do tempo, a fim de satisfazer as obrigações nos respectivos prazos.

O índice de rentabilidade demonstra a capacidade de retorno financeiro levando em consideração os investimentos realizados, podendo dizer se o negócio é viável ou não.

4 - METODOLOGIA

Este trabalho foi realizado por meio de uma pesquisa de campo descritiva, tendo como seu objetivo principal o levantamento de informações de uma determinada população, caracterizando-se pela utilização de coleta de dados, como os questionários (Gil, 2017). Tendo por finalidade, verificar o conhecimento e quais as ferramentas contábeis são utilizadas por um grupo de pequenos produtores rurais em uma cidade do interior, foi feito a partir da aplicação de um questionário, o levantamento a respeito dos conhecimentos dos produtos referente a área contábil, e qual o nível de utilização dessa ferramenta em sua propriedade, a fim de demonstrar ferramentas que auxiliem esses produtores, informando os pontos que precisam ser melhorados.

O questionário foi elaborado com 14 perguntas relacionadas ao perfil do entrevistado, com foco principal no perfil da propriedade rural, sendo aplicados no mês de outubro de 2022, para alguns produtores de uma cidade no interior de São Paulo, esses produtores foram selecionados a partir da verificação de um grupo de pessoas que juntos criaram uma Associação Rural nessa cidade. Vale ressaltar que, foi informado aos produtores que toda informação coletada é sigilosa, e de uso exclusivo para fins acadêmicos, mantendo o anonimato das respostas uma vez que os produtores não identificavam seus nomes ou qualquer informação que pudesse vincular e identificar qual o questionário que ele havia respondido.

Todas as informações coletadas foram analisadas, e foi criado um banco de dados no excel, o que possibilitou a criação de gráficos com os resultados obtidos em percentuais.

Através dessas metodologias citadas, por meio de pesquisas, livros, e notícias que contenham dados, será evidenciado a importância da contabilidade rural, para a tomada de decisões e busca de resultados positivos e assertivos.

5 - RESULTADOS OBTIDOS ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DO QUESTIONÁRIO AOS PRODUTORES RURAIS

5.1 Características do perfil dos entrevistados

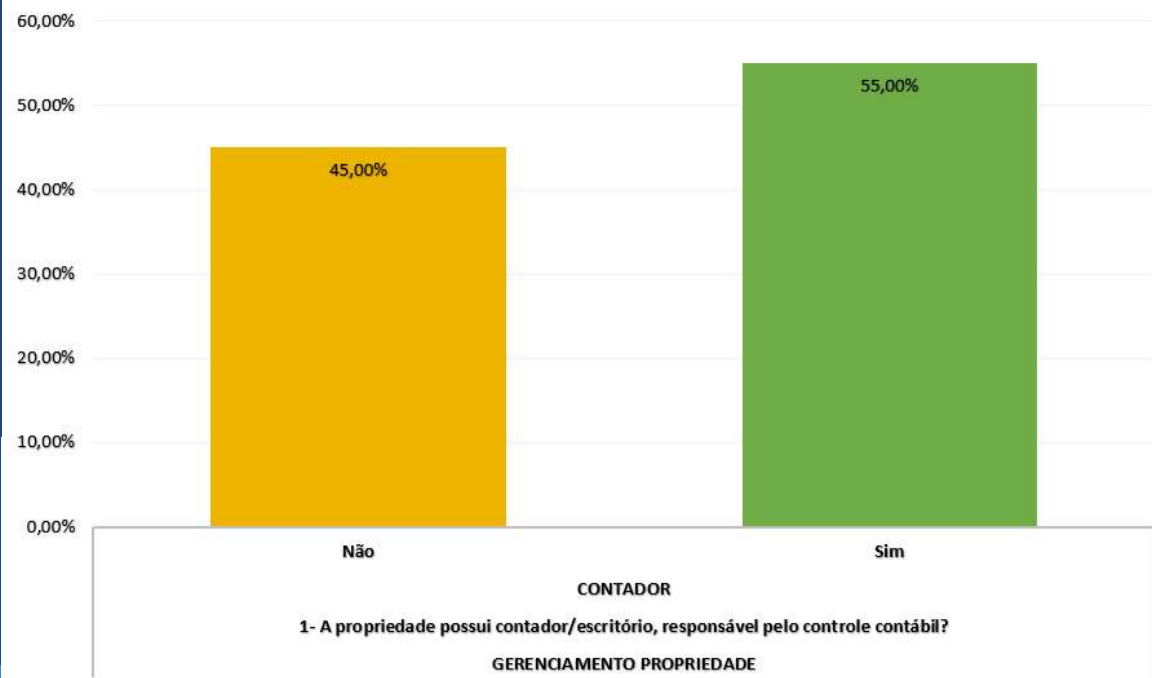
Foram aplicados questionários para diferentes produtores rurais de uma cidade do interior do Estado de São Paulo, sendo que, 85% dos entrevistados foram do sexo masculino e 15% do sexo feminino. Quanto a idade metade dos entrevistados declararam ter acima de 50 anos (50%), 25% têm entre 25 e 35 anos; 15% deles têm entre 35 e 45 anos, e apenas 10% com idade máxima de 25 anos.

Quanto aos questionamentos referentes a propriedade, foi levantado que mais da metade, cerca 65% das propriedades foram adquiridas por herança, 20% foram compradas de terceiros e 15% são arrendadas. Metade dessas propriedades têm metragem de 2 a 10 hectares; 15% de 10 a 20 hectares e 35% acima de 20 hectares.

5.2 GESTÃO DAS PROPRIEDADES VOLTADAS PARA A CONTABILIDADE

Foram feitas algumas perguntas relacionadas ao controle contábil das propriedades aos produtores, a primeira delas é se a propriedade tem contador ou escritório contábil responsável pelo controle da propriedade, onde 45%, ainda não têm controle contábil ou um responsável habilitado para cuidar dessas questões, conforme mostra a figura 2.

Figura 2: A propriedade possui contador/escritório, responsável pelo controle contábil?



Fonte: Elaborado pelos autores.

Quando questionado a respeito da importância da contabilidade para o ramo rural, cerca de 65% responderam que consideram muito importante, no entanto outros 35% disseram considerar como média importância, o que se torna preocupante, uma vez que, conforme já dito

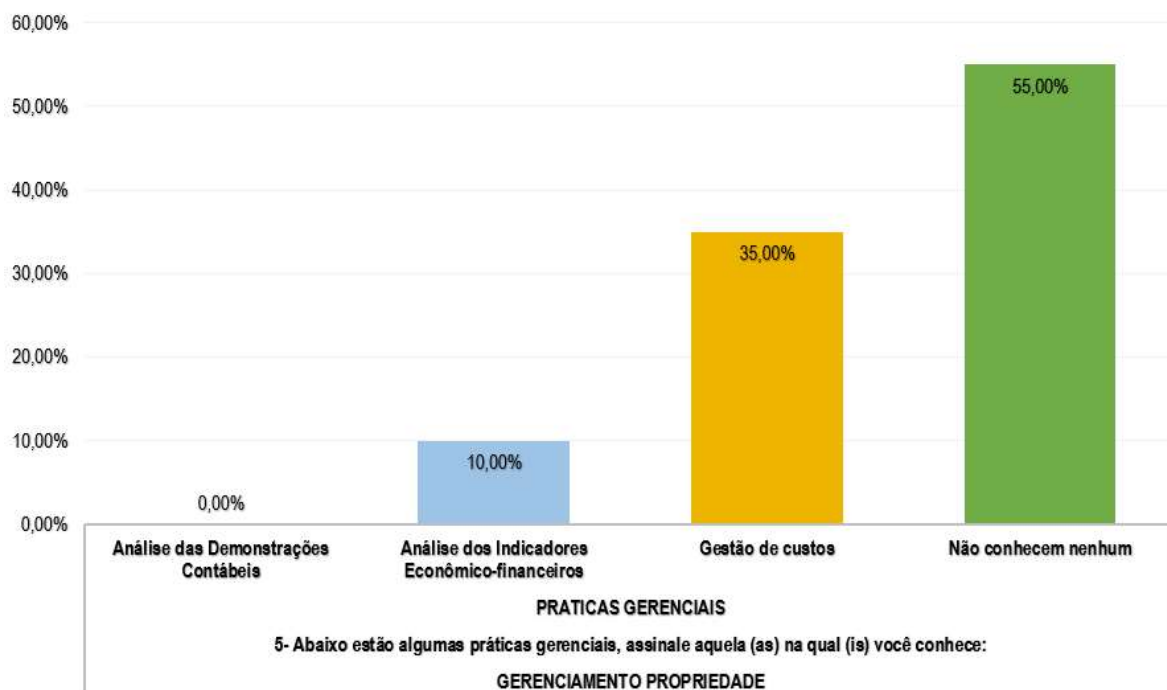
anteriormente, a gestão contábil dentro de qualquer negócio sendo eficaz, afetará diretamente nos resultados obtidos.

Outro ponto importante evidenciado, foi o fato de que 65% desses produtores alegaram não ter controle de fluxo de caixa, e apenas 35% deles fazem esse tipo de controle, relacionado as entradas e saídas de dinheiro dentro de sua propriedade.

Na maioria das propriedades trabalham pessoas com vínculo familiar, e um percentual bem pequeno declarou ter pelo menos um funcionário contrato pelo regime CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), o que ressalta a ideia de que no interior temos uma forte presença de agricultura familiar.

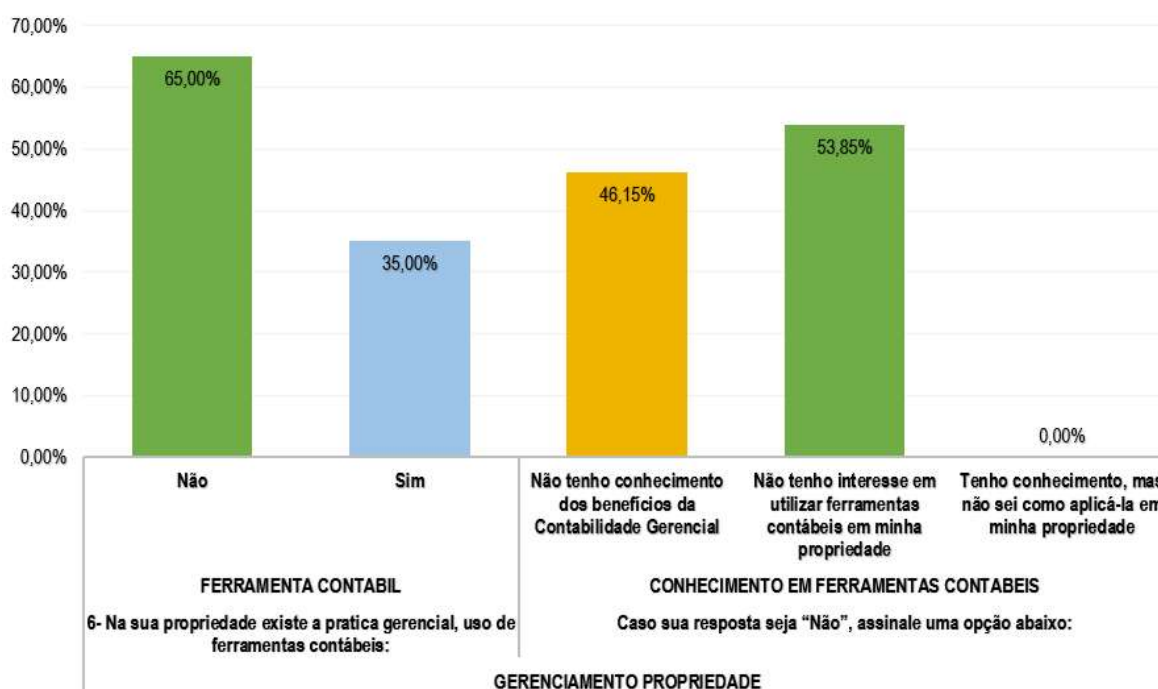
Nas figuras são apresentados os resultados relacionados ao conhecimento dos produtores referente as práticas gerenciais:

Figura 3: Praticas gerenciais



Fonte: Elaborado pelos autores.

Figura 4: Ferramentas contábeis e respectivos conhecimentos.

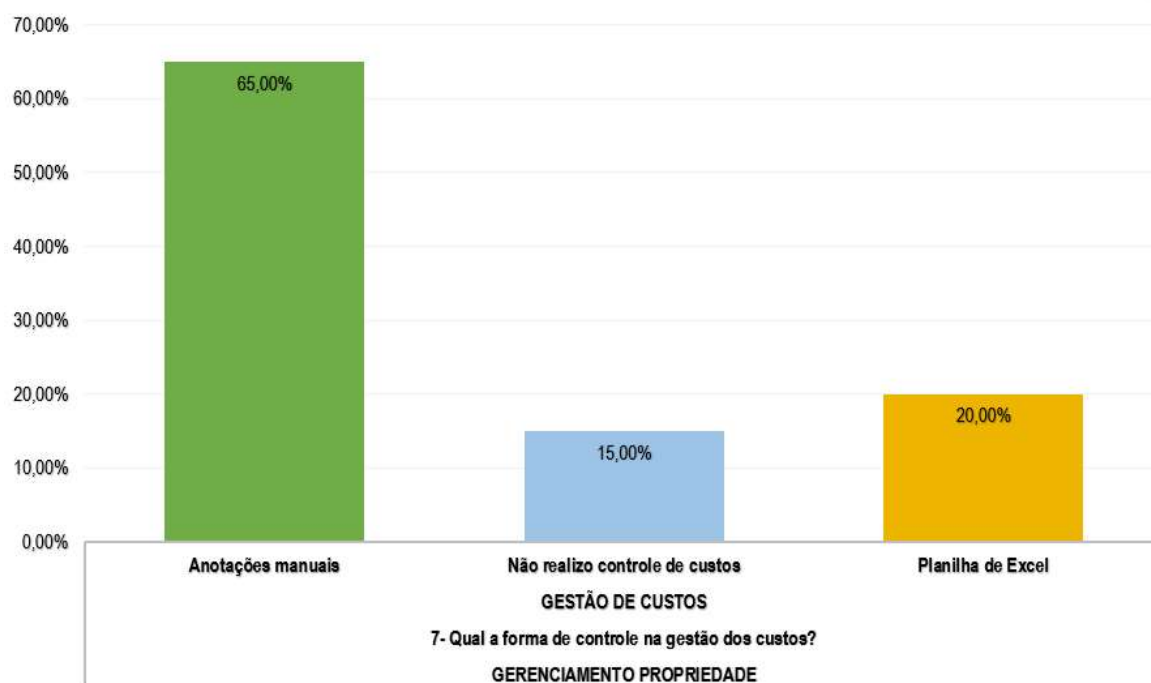


Fonte: Elaborado pelos autores.

Conforme se pode observar mais da metade dos entrevistados alegaram não conhecer nenhum dos tipos de práticas gerenciais apresentados a eles. Outros 35% alegaram conhecer a prática de gestão dos custos, 10% conhecem os indicadores econômico-financeiros, e nenhum deles têm conhecimento sobre a Análise das demonstrações contábeis. Em somente 35% das propriedades existem algum tipo de prática gerencial, enquanto que em 65% delas não há o uso de nenhuma. Quando questionado o motivo de não existir o uso dessas ferramentas 46% dos produtores responderam não utilizar pelo fato de não ter conhecimento dos benefícios; e os outros 54% alegaram não ter interesse de utilizar tais ferramentas em sua propriedade.

Dois outros pontos importantes que foram feitos levantamentos, estão relacionados a forma como esses produtores realizam as suas movimentações, como é feito o controle de movimentações, e no gráfico abaixo, nota-se que mais da metade deles, realizam o controle de gestão por meio de anotações manuais (em cadernos, livros, documentos físicos no geral), 15% não têm as informações anotadas, e outros 20% utilizam planilhas do Excel como forma de controle.

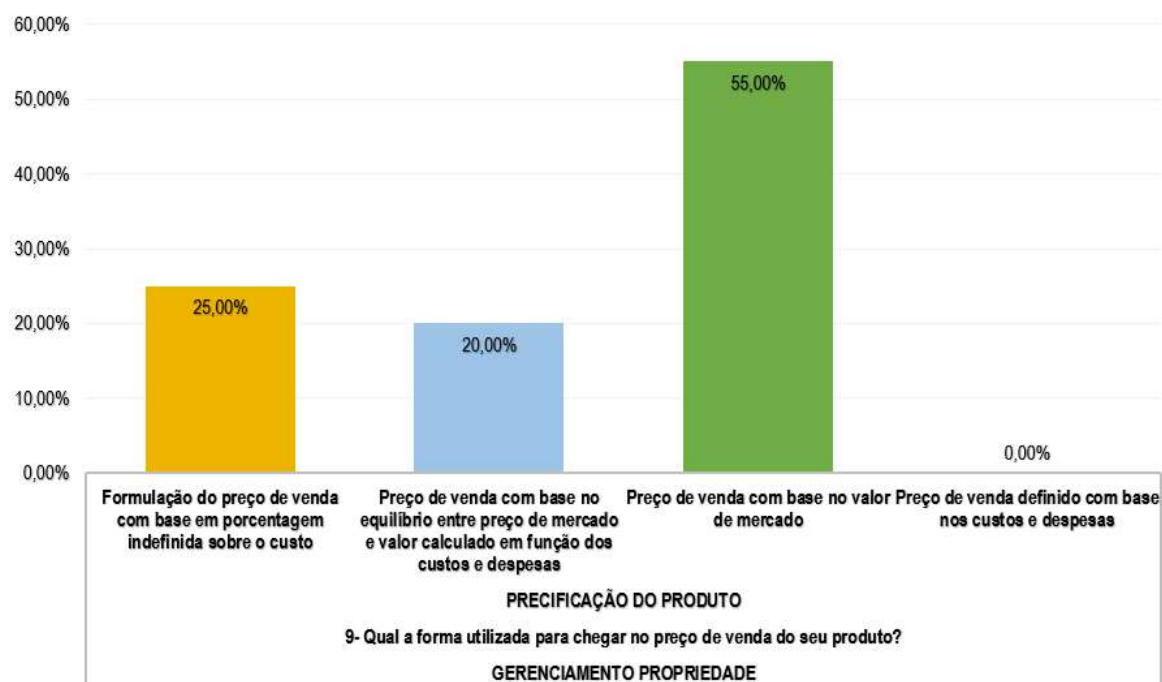
Gráfico 5: Gestão de custos.



Fonte: Elaborado pelos autores.

A próxima figura traz os resultados quanto a forma que os produtores utilizam para formular o preço de venda de seus produtos.

Figura 6: Precificação do produto.



Fonte: Elaborado pelos autores

Conforme levantamento, 55% dos produtores tomam por base, o preço com base no valor de mercado. Outros 20%, chegam no valor final, por meio de um equilíbrio entre o preço que está sendo praticado no mercado e os valores dos seus custos e despesas, e o restante dos entrevistados 25%, chegam ao valor do preço de venda com base em seus conhecimentos, ou seja, calculam de forma sintética, e definem o preço dos seus produtos.

Conclusão

O agronegócio vem ganhando força e crescimento de forma muito rápida, desse modo, o consumo e demanda de outros países com interesses em consumir nossos produtos, aumenta as chances de crescimento dos produtores rurais. Nas pequenas cidades do interior do estado de São Paulo, fica por conta dos pequenos produtores rurais em suprir a demanda dessas cidades, surgindo com isso, a oportunidade de crescimento do seu negócio.

Com o desenvolvimento desse artigo, evidenciou o quanto a contabilidade é de extrema importância no dia a dia de pequenos produtores, e como ainda é grande a falta de informação a respeito desse tema para esse grupo de pessoas, uma vez que, com a contabilização correta de todas as movimentações, é possível utilizar dessas informações para tomada de decisões na administração das propriedades, visando crescimento e maximização dos lucros.

Ainda que alguns produtores entrevistados alegaram ter um escritório ou contador que cuide das propriedades, com a análise das perguntas contidas no questionário, é evidente a carência de conhecimento desses produtores quanto às questões contábeis. Poucas são as ferramentas utilizadas para controle por esses produtores, utilizando somente aquelas que fazem parte do cotidiano, como por exemplo a movimentação de entrada e saída de capital e a formulação do preço de venda de seus produtos, sendo que esses controles muitas vezes não são registrados. Essa falta de conhecimento por parte dos produtores faz com que eles somente procurem os escritórios contábeis para fins fiscais, e não para um controle gerencial.

Considerando a importância da contabilidade para a propriedade rural, é necessário a utilização de ferramentas que possibilitem um controle interno mais efetivo, para a elaboração de seus custos, auxiliando na formação do preço de venda. Aos produtores rurais, é de suma importância a especialização para conhecimento das novas tecnologias existentes no mercado, não somente relacionado ao que diz respeito a contabilidade, para que assim, estejam sempre antenados as novidades, buscando melhorias para sua propriedade e melhores resultados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Eliseu Roberto de Andrade; CONTINI, Elisio; GASQUES, José Garcia. **Evolução da Produção e produtividade da agricultura brasileira**. 2008. Capítulo 2. Disponível em: > <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/153552/1/Evolucao-da-producao.pdf>. Acesso em: 15 de julho de 2022

BARBOSA, Letícia Peter. BRAGA, Alexandre. SOUZA, Marcos Antonio. BRAGA, Daniele Penteadó Gonçalves. **Contabilidade, Gestão de Custos e Resultados no Agronegócio**: Um estudo de caso no Rio Grande do Sul. Disponível em: ><https://anaiscbc.abcustos.org.br/anais/article/view/391/391>. Acesso:14 de julho 2022

BARROS, Mauricio. **Contabilidade Geral – Apostila de Contabilidade**. Junho/2013.

BRASIL - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Disponível em: ><https://www.gov.br/agricultura/pt-br>. Acesso em: 14 de julho 2022.

JUNIOR, Ricardo. **Contabilidade**: conheça as principais áreas de atuação do contador. Publicado em 7 agosto 2019 às 10:15. Disponível em: ><https://www.jornalcontabil.com.br/contabilidade-conheca-as-principais-areas-de-atuacao-do-contador/>. Acesso em: 15 de julho de 2022.

BERTÓ, Dalvio José. BEULKE, Rolando. **Gestão de Custos** – 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALBELLO, Liliane. **A relevância do uso do fluxo de caixa como ferramenta de gestão financeira para avaliação da liquidez e capacidade de financiamento de empresa**. Santa Catarina: Programa de Pós – Graduação em Engenharia de Produção, 1999.

DALMOLIN, A.; SILVÉRIO, A.C. **Os benefícios da contabilidade rural para uma empresa agrícola de pequeno porte**: um estudo caso; 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Curso Superior de Ciências Contábeis. Universidade Tecnológica Federal do Paraná.

EMPRAPA. **Agricultura Familiar**. Disponível em: <https://www.embrapa.br/tema-agricultura-familiar/sobre-o-tema>. Acesso em: 14 de julho de 2022.

FONSECA, Reinaldo Aparecido. NASCIMENTOS, Nalva Fernandes. FERRERIA, Roberto do Nascimento. NAZARETH, Luiz Gustavo Camarano. **Contabilidade Rural no Agronegócio Brasileiro**. Disponível em: > <https://portalidea.com.br/cursos/contabilidade-rural-apostila03.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2022.

FRANCO, Hilário. **A Contabilidade na Era da Globalização**. São Paulo, Editora Atlas S.A – 1999.

GIL, Carlos, A. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**, 6ª edição. São Paulo, Atlas, 2017.

IUDÍCIBUS, Sergio. MARION, José Carlos. **Introdução à Teoria da Contabilidade**. 4ª Edição, São Paulo, Editora Atlas S.A – 2007.

IUDÍCIBUS, Sérgio; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. **Manual de**

Contabilidade das Sociedades por Ações: aplicável às demais sociedades. FINECAFI. 6.

Ed. Ver. E atual. – 8. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006.

MARION, José Carlos. **Contabilidade Rural, Contabilidade Agrícola, Contabilidade da Pecuária, Imposto de Renda** – Pessoa Jurídica. 8ª Edição. São Paulo, editora Atlas S.A – 2007;

MARTINS, Eliseu; MIRANDA, Gilberto José; DINIZ, Josedilton Alves. **Análise didática das Demonstrações Contábeis**, 3ª Ed. Editora Atlas.

MEIRELLES JUNIOR, Julio Candido. **História da Contabilidade** – UFF – Universidade Federal Fluminense – Disponível em: > <http://cienciascontabeisvr.uff.br/historia-da-contabilidade/#:~:text=Como%20curiosidade%20percebe%2Dse%20que,havia%20dificuldade%20em%20se%20contar>. Acesso em: 20 de julho de 2022.

PINTO, Luis Carlos Guedes. **O crescimento recente do agronegócio brasileiro**. Jul./Ago./Set. 2006.

REIS, Rafael. **Contabilidade Rural**. Publicado em 04/05/2012 – Disponível em: > <https://www.contabeis.com.br/artigos/767/contabilidade-rural/>. Acesso em: 06 de agosto de 2022

SILVA, Adroaldo Moura, Presidente CVM – Comissão de Valores Mobiliários – **Deliberação CVM nº 29**, de 05 de fevereiro de 1986. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/deliberacoes/anexos/0001/deli029.pdf>. Acesso em 06 de agosto de 2022.

ZANLUCA, Júlio César e ZANLUCA, Joantan de Sousa. **História da Contabilidade**. 2016. Disponível em: > <http://www.portaldecontabilidade.com.br/tematicas/historia.htm>
<http://www.portaldecontabilidade.com.br/tematicas/historia.htm>. Acesso em: 06 de agosto 2022.

O FEMINICÍDIO EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19 NA COMARCA DE TERESINA-PI NO PERÍODO DE 2019 A 2021

MARIANA GUIMARÃES ARAÚJO SOUZA:
Acadêmico do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

DANIELLY MOURA LIMA ¹⁰¹

(coautora)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL ¹⁰²

(orientador)

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo central analisar o índice dos casos de Femicídio na comarca de Teresina-PI no período de 2019 a 2021, revisar as discussões referentes à introdução da qualificadora do feminicídio no sistema jurídico-penal brasileiro, discutindo o seu crescimento nesta comarca e trazendo a importância de abordagem do tema. Para isso, discute a relação de dominação do homem sobre a mulher incorporada pelo patriarcalismo e de que forma isso impactou na violência de gênero que vitima as mulheres até os dias de hoje. Desse modo, aponta-se como problemática de pesquisa: Partindo do contexto da pandemia da COVID-19 e dos reflexos do Femicídio, qual a sua incidência na comarca de Teresina-PI no período de 2019 a 2021? A metodologia utilizada na realização da pesquisa foi a dedutiva, cuja premissa de análise partirá de uma visão mais geral para uma específica, sendo de natureza quantitativa. Desse modo, mostra-se de imensa relevância a abordagem sobre este tema, pois embora seja muito retratado, ainda é uma questão muito comum na sociedade. Por conseguinte, concluiu-se que, no período de 2019 a 2021, referentes à pandemia da Covid-19, a incidência da qualificadora Femicídio aumentou consideravelmente. Assim sendo, se faz urgente analisar este agravamento para que soe como um alerta à sociedade.

Palavras-chave: Femicídio. Lei Maria da Penha. Covid-19.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher cresceu consideravelmente durante a pandemia Covid-19, em março de 2020 até os dias atuais, com grande influência decorrente do isolamento social e o incremento pela intensa convivência, ocasionando circunstâncias dramáticas na vida da mulher, como trauma psicológicos e físicos e gerando ainda as vias de fato: o Femicídio.

¹⁰¹Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

¹⁰²Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

Ao longo dos anos, percebe-se que o crime de Femicídio não é uma novidade, porém tem se revelado por meio de diferentes formas no decorrer da história, e em resposta a demanda da sociedade e a necessidade de proteção das mulheres, viu-se a importância da criação de legislações e mecanismos que assegurassem medidas necessárias para resguardar os direitos à vida, à integridade e à liberdade da pessoa na condição de mulher.

O primeiro tópico evidenciou o contexto histórico do Femicídio no Brasil e sua delimitação conceitual, analisando como ao longo dos anos, percebe-se que o crime de Femicídio não é uma novidade, e na verdade tem se revelado por meio de diferentes formas no decorrer da história, e em resposta a demanda da sociedade e a necessidade de proteção das mulheres, destacando a necessidade e importância da criação de legislações e mecanismos que assegurassem medidas necessárias para resguardar os direitos à vida, à integridade e à liberdade da pessoa na condição de mulher.

O segundo tópico buscou apresentar como o Ordenamento Jurídico Brasileiro se refere à mulher e ao crime de Femicídio, trazendo nele alguns subtópicos que explanam a Constituição Federal e as Mulheres, a Lei Maria da Penha e o crime do Femicídio – Lei nº 11.340/2006 (BRASIL, 2006) e a Lei do Femicídio – 13.104/15 (BRASIL, 2015).

Em desenvolvimento deste tópico, apresentou-se a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, tida como mecanismo de proteção, amparo e seguranças para as vítimas de violência doméstica (BRASIL, 2006). Diante disso, a contradição primordial do tema, será apontar a importância desta problemática. Ademais, sabe-se que o Femicídio está atrelado ao desemprego maçante, a ociosidade interfere na boa convivência do casal, ocasionando brigas no âmbito familiar.

Ademais, a Lei nº 13.104/15, que resguarda todas as situações que configuram crimes hediondos, ou seja, estabelecidos pelo Poder Legislativo que merecem maior reprovação (BRASIL, 2015). Nesse sentido, será retratado minuciosamente sobre as legislações que trouxeram de certa forma avanço e melhorias na efetividade da proteção no que diz respeito à violência e o Femicídio.

No terceiro e quarto tópico foram levantadas as perspectivas dos casos de Femicídio durante a pandemia COVID-19 no Brasil e dos casos de Femicídio durante o período de 2019 a 2021 em Teresina-PI. Através deles, observou-se que em crises sociais e econômicas, os homens estão tendenciosos a cometerem mais crimes contra as mulheres. O isolamento social permitiu que o agressor estivesse 24 horas ao lado da vítima, fazendo o índice de registro policial de Femicídio aumentar em Teresina-PI, com base no relatório de dados colhidos na Delegacia da Mulher – DEAM Centro, no DHPP – Departamento de Homicídios e de Proteção à Pessoa e Núcleo Central de Estatísticas e Análise Criminal da Secretaria de Segurança Pública do Piauí que utilizam para fazer a análise de dados o SIMCVLI (Sistema de Monitoramento de Crimes Letais Intencionais).

Esse novo quadro, só fortifica a relevância do debate e entendimento sobre a violência contra a mulher e sensibilização da sociedade como um grande problema, que deve melhorar a aplicabilidade de medidas que protejam e garantam os direitos das vítimas.

Desse modo, a premissa do artigo é demonstrar que o Femicídio é assunto público, notório como problema que pode envolver qualquer mulher, independente de raça, cor, etnia, idade ou classe social. Trata-se de reconhecer que a violência não é um infortúnio pessoal, porém tem início na constituição diferente dos lugares dos homens e mulheres na sociedade, a desigualdade de gênero, que tem consequências não apenas nos papéis sociais do masculino e feminino e nos comportamentos sexuais, como também em uma relação de poder. O objetivo central do estudo trata-se de analisar a incidência dos casos de Femicídio na comarca de Teresina-PI no período de 2019 a 2021.

O desenvolvimento desse trabalho justificou-se pela importância do tema escolhido, mostrando como são relevantes as questões levantadas, embora sejam muito retratadas, e possui relações pessoais com as autoras que pertencem ao sexo feminino, o que as denota um olhar mais sensível e de profundo respeito às lutas das mulheres contra a violência.

De igual modo, a pesquisa em questão tem como relevância não só o compromisso social de enfatizar a situação, como também despertar a atenção da sociedade que está completamente envolvida com essa temática. E assim, quando concluída, poderá oferecer grandes vantagens a comunidade acadêmica, no âmbito de pesquisas ou para a produção de artigos nesses temas ou linhagem, e que assim ele possa encontrar conteúdo e dados citados no presente projeto.

Pode-se definir a pesquisa em questão como de natureza quantitativa, e a metodologia utilizada na realização é a dedutiva, uma vez que parte do geral para o específico, a respeito da temática para posterior desenvolvimento de uma produção científica. No presente estudo, quanto ao instrumento de recolhimento de dados, o método utilizado foi o histórico, comparativo e monográfico, através da busca por informações por fontes literárias em geral, como artigos e livros, na base de dados Google Acadêmico, Scielo, bem como o levantamento de dados estatísticos para embasar a pesquisa a ser desenvolvida.

2 FEMINICÍDIO: Contexto histórico no Brasil e delimitação conceitual

Desde nossos antecedentes, essa violência e cultura se baseava no patriarcado, em que a hierarquia do sexo masculino era completamente dominante sobre o sexo feminino, que não permitiam voz ativa para as mulheres. O conceito de homem segundo o patriarcado é de um ser dominante, que possui o controle de todas as situações. Somente no final do século XX que foram aparecendo algumas mudanças caracterizadas pela retirada do controle e dominação da figura masculina.

No contexto da antiguidade, as mulheres que não obedeciam a esse domínio de patriarcado acabavam se tornando vítima do masculino. Com certeza, esse é um dos maiores problemas enfrentados pelas mulheres por anos e o primeiro estudo sobre esta temática se deu no ano de 1976 com a voz de Diana Elizabeth Hamilton Russel, uma grande escritora e importante ativista feminista da cidade do Cabo na África do Sul (Russell, D. E. H., 2011).

Ademais, César Roberto Bitencourt, afirma que:

A violência representa uma das maiores ameaças à humanidade, fazendo-se presente em todas as fases da História da civilização humana. Pode-se dizer que a violência é parte significativa do cotidiano, retratando a trajetória humana através dos tempos, e que é intrínseca à existência da própria civilização. Como parte desse fenômeno, inserida num contexto histórico-social e com raízes culturais, encontra-se a violência familiar (violência conjugal, violência contra a mulher, maus-tratos infantis, abuso sexual intrafamiliar etc.) (BITENCOURT, 2020, p. 95)

Destaca-se em especial, a violência contra a mulher, pelo fato de ser mulher, uma das piores formas de agressão, pois viola a honra, a autoestima e direitos fundamentais; tratando-se, portanto, de um crime que deixa mais do que marcas físicas, afetando a própria dignidade da mulher, enquanto ser humano e enquanto cidadã.

Além disso, entende-se que o regime patriarcal também trazia a ideia de que a mulher fora criada para a família e para atividades domésticas, como cozinhar, cuidar exclusivamente dos filhos e da casa, por exemplo. Mãe e dona de casa eram (são, ainda) consideradas suas maiores vocações, pois sempre foi propagada a ideia de que o homem é provedor do lar e que a mulher possuía apenas o dever de servi-lo.

Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro Villa, em sua obra *Circuito do Femicídio* (2020), menciona que a expressão Femicídio possui registro em obra do século XIX de John Corry ao narrar assassinato de uma mulher e adotada por Diana Russel em 1976, por ocasião da instalação do Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres, Tribunal Popular que buscou dar visibilidade ao caráter sexista dos crimes ocorridos nas relações conjugais.

Conclui-se, desse modo, que as mulheres começaram a buscar seus direitos e a emancipação na final do século XIX, tomaram frente em defesa de seus ideais. Surgindo assim a necessidade da implementação da educação feminina no Brasil, como também a emancipação das mulheres na esfera política, buscando o direito ao voto feminino, que antes só era garantido aos homens.

Entretanto, as mulheres iam às ruas protestando por garantia de direitos à figura feminina, protestando cada vez mais valores que antes eram irreduzíveis perante a sociedade patriarcal e machista. Foram à luta buscando conquistas através de atitudes revolucionárias como enfrentar os julgamentos da sociedade saindo nas ruas em busca de seus direitos, o que na época era uma grande iniciativa inaceitável em se tratando do comportamento feminino, que nunca deveria obedecer às ordens masculinas. Portanto, a figura feminina, nesta época, buscava ocupar o seu próprio espaço na vida social e no mercado de trabalho.

Ademais, o movimento feminista no Brasil surgiu no século XIX, através da luta pela educação feminina, direito de voto e abolição dos escravos. O direito ao voto feminino foi um marco importante no Brasil. No dia 24 de fevereiro de 1932, a mulher conquistou parcialmente o direito de voto, exercendo a sua cidadania como todos os outros, isso aconteceu através do Código Eleitoral Provisório, no mandato do governo de Getúlio Vargas, que firmou o direito ao voto para as mulheres brasileiras. (MARQUES, 2019)

Franco (2019), preceitua que mesmo após todos os movimentos feministas e revolucionários, o patriarcalismo sempre esteve predominante na sociedade até os dias de hoje, e ainda no século XXI muitas desses comportamentos e crenças vigoram em grandes partes das famílias, e ainda existe impunidade quanto ao crime contra as mulheres.

O termo Femicídio surgiu em 1970, e compreende-se tal expressão como um conjunto de crimes (espancamento, estupro, mutilação, perseguição etc.) que resultam na morte da pessoa na condição de mulher. Desse modo, estabeleceu-se o conceito a esse crime como qualquer outro tipo de dano, seja ela física, psicológica ou sexual.

A delimitação conceitual estabelecida ao feminicídio denota a perseguição e morte intencional de pessoas do sexo feminino. É caracterizado quando é comprovado os motivos de assassinato, precisando este ser apenas por questões de gênero, ou seja, quando uma mulher é morta meramente por ser mulher.

Diana Russel definiu feminicídio como "a matança de fêmeas por homens porque elas são mulheres" e cita alguns exemplos:

Incluem o apedrejamento até a morte de mulheres (que eu considero uma forma de feminicídio de tortura); assassinatos de mulheres para a chamada "honra"; assassinatos de estupro; assassinatos de mulheres e meninas por maridos, namorados e namorados, por ter um caso, ser rebelde ou qualquer outro tipo de desculpa; matar a mulher por imolação por causa de muito pouco dote; mortes como resultado de mutilações genitais; escravas sexuais femininas, mulheres traficadas e mulheres prostituídas, assassinadas por seus

"donos", traficantes, "johns" e proxenetas, e fêmeas mortas por desconhecidos misóginos, conhecidos e serial killers. (RUSSEL, 2011).

Em tese, o feminicídio pode ser visto como uma forma extrema de misoginia, ou seja, ódio e repulsa as mulheres ou contra tudo o que seja ligado ao feminino. Seguindo esse raciocínio, a inclusão das mulheres na participação social é uma questão muito complexa e profunda, onde a primordial finalidade é concretizar e essa inclusão de pessoas que foram historicamente excluídas no âmbito social, familiar e profissional, por meio de torturas, estupro, afastamento de cargos de respeito e até mortas por terem algum tipo de deficiência.

Nenhum ser humano consegue viver sozinho, portanto, todos devem estar inseridos na sociedade para que, desse modo, tenham razão em suas diversas atividades da vida, sem excluir uma as outras e sem nenhum tipo de abuso, soberania e violência. Claramente, esse é um assunto intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e essa análise de estudo é consideravelmente importante para minimizar os crimes de feminicídio.

3 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO QUE SE REFERE À MULHER E AO CRIME DE FEMINICÍDIO

No tocante ao sexo feminino, a Constituição Federal foi sendo implementada durante os anos, assim como, fez-se necessário o aparecimento de novas legislações para enfrentar o feminicídio, especialmente a Lei Maria da Penha nº 11.340 (BRASIL, 2006) e a Lei do Feminicídio nº 13.104 (BRASIL, 2015). Assim, este tópico versa acerca dos seguintes temas: as mulheres e a Constituição Federal e as legislações brasileiras no enfrentamento do crime de Feminicídio, a Lei Maria da Penha e o crime de Feminicídio.

3.1 A Constituição Federal e as Mulheres

A Constituição Federal foi promulgada em 1998, encontrando-se em vigência há 32 anos no Brasil, garantindo a igualdade jurídica entre homens e mulheres no contexto familiar, vedando a discriminação de todos os tipos, bem como assegurando direito de proteção e garantia às mulheres, sendo ela uma das maiores conquistas das mulheres brasileiras (BRASIL, 1998). No entanto, faz-se presente ainda a constante luta contra a desigualdade de gênero.

Em se tratando da nossa Constituição, esta simbolizou a democratização, que precisou ser reestabelecida após o período da ditadura militar. Na sua elaboração, houve a atenção de se preocupar com a garantia da participação popular, de modo que as mulheres ganharam certa superioridade com a "Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes", a qual reunia uma coleção dos principais requisitos dos movimentos de mulheres.

Dentre as mudanças e melhorias trazidas pela Constituição Federal de 1998 no tocante à igualdade de gênero, a inserção dos direitos fundamentais no seu texto foi de suma importância, assim como o estabelecimento de forma expresso a igualdade entre homens e mulheres, através

de seu artigo 5º, inciso I, que preceitua que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, homens e mulheres, sendo eles iguais em direitos e obrigações. (BRASIL, 1998)

Houve também mudanças significativas em relação ao âmbito familiar na Carta Magna, pois o antigo Código Civil de 1916, determinava alguns dispositivos que colocavam a mulher em um patamar de inferioridade na instituição familiar (BRASIL, 1916). Assim, nos parágrafos 3º e 5º do artigo 226, observa-se que a Carta Constitucional trouxe o reconhecimento da união estável e o envolvimento igualitário da mulher na família.

Ademais, os parágrafos 7º e 8º do artigo 226, dispõem que o projeto familiar é de livre decisão do casal e, que o Estado, possui o dever de reprimir a violência nas relações familiares. Outro aspecto expresso no texto Constitucional está vinculado a diretrizes referentes ao labor da mulher, ao trazer a vedação da discriminação no mercado de trabalho por razões de gênero ou estado civil.

Outra preocupação estampada no texto constitucional está relacionada ao labor da mulher, que retrata a proibição da discriminação no mercado de trabalho por motivos de gênero ou estado civil. Assim, com o intuito de complementar essa disposição, a Lei nº 9.029/95 estabeleceu a vedação quanto à exigência de atestado de gravidez ou esterilização, bem como quaisquer práticas discriminatórias para exames de admissão ou com o objetivo de manter vínculo empregatício (BRASIL, 1995).

Mesmo com todos estes direitos garantidos e devidamente expressos constitucionalmente, as mulheres, ainda sofrem muito na luta contra a desigualdade. Com base nisto, pode-se perceber que somente a Constituição Federal não foi suficiente diante de todo cenário que engloba a violência ocasionando a morte de mulheres, desse modo, fez-se necessária a implementação com outras legislações que serão destacadas nos tópicos seguintes.

3.2 A Lei Maria da Penha e o crime de Femicídio – Lei nº 11.340/2006

O nome da Lei n. 11.340/2006 é em homenagem a Lei Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica nascida em Fortaleza, no Ceará, teve sua história completamente modificada no ano de 1983. Foi nesse ano que o economista Marco Antônio Heredia Viveros, seu então esposo, na tentativa de forjar um assalto, tentou matá-la pela primeira vez com o uso de uma espingarda. Portanto o tiro nas costas a deixou paraplégica (BRASIL, Senado Federal).

Após meses de tratamento e diversas cirurgias, Maria da Penha voltou para casa e foi reclusa em sua própria casa pelo marido. Passados 15 dias de cárcere privado, Marco Antônio fez nova tentativa de assassinato ao tentar eletrocutá-la durante o banho. Receosa de sair de casa e perder a guarda das filhas pela possível alegação de abandono de lar, Maria da Penha ingressou na justiça

para se afastar legalmente de casa e garantir seus direitos, sendo amparada pela família, amigas e amigos.

Antes de surgir a Lei Maria da Penha, as mulheres vítimas de agressão eram protegidas pela Lei nº 9.099/95, que adapta os crimes de menor potencial ofensivo. Quer dizer, quase sempre, a pena do agressor era transformada em prestação de serviço à comunidade. A Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha) modifica o Código Penal e permite que agressores sejam presos em flagrante ou tenham a prisão preventiva decretada. Esses acusados também não poderão mais ser punidos com penas alternativas.

A lei ainda acresce o tempo da detenção e prevê medidas que abranjam a saída do agressor do domicílio e a proibição para este se aproxime da vítima ou dos filhos. Por meio dela, os Estados são obrigados a garantir às mulheres em situação de violência doméstica ou familiar proteção policial, comunicando, de imediato, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Uma das maiores contribuições da Carta Magna de 1988 para a população feminina é que o seu texto serviu de embasamento para a criação de outras legislações que retratassem e tipificassem especificamente os crimes contra as mulheres. Antes da Lei Maria da Penha, como exemplo, os homens eram punidos com penas alternativas como pagamento de cesta básicas, e não eram presos. Com as novas legislações implantadas, as penas alternativas passaram a ser vedadas, e uma série de medidas foram instaladas para proteção das vítimas e de seus filhos.

A Lei Maria da Penha – 11.340/06 é responsável por ter ocasionado maior enfoque à assistência no que tange à vítima de violências direcionadas ao sexo feminino, conseqüentemente do Femicídio, sobretudo por se fazer referência em trazer avanço à conscientização sobre a discriminação da mulher frente ao ingresso a sua proteção sob o enfoque jurídico.

A Lei originou-se do movimento feminista no Brasil que, desde os anos 1970, delatava as violências cometidas contra as mulheres: violência contra prisioneiras políticas, violência contra mulheres negras, violência doméstica etc. Conforme o que prevê a Lei Maria da Penha, considera-se Femicídio todo crime que estiver ligado à violência doméstica e familiar; o menosprezo e a repulsa à condição da pessoa do sexo feminino. Estão previstos cinco tipos de violência contra a mulher na Lei 11.340/06: física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, inseridos no Capítulo II, artigo 7º, incisos I, II, III, IV e V.

No entanto, a violência contra a mulher e o Femicídio expandiu muito nos últimos anos, a tradição de uma sociedade patriarcal, que reflete um padrão cultural que foi ensinado e aprendido em que, basicamente, o homem deve sempre ser o sujeito dominante da relação frente à mulher. E foi em 7 de agosto de 2006, que o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, sancionou a Lei Maria da Penha.

No que se refere à introdução da Lei 11.340/06 pode-se observar que além de introduzir a coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher, dispôs ainda a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher e alterou o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

É importante mencionar que não existe crime de Femicídio como tipo penal autônomo, pois, “matar alguém” continua sendo homicídio, que, se for motivado pela discriminação ao sexo feminino, ou melhor dizendo, por questões de gênero, será qualificado e essa qualificadora recebeu expressamente o nome de Femicídio. Em outros termos, a Lei pretendeu criar uma qualificadora especial do homicídio para a hipótese de ser motivado por razões de gênero, caracterizadora de (i) violência doméstica e/ou familiar; (ii) menosprezo ou discriminação pela condição de mulher (BITENCOURT, 2022).

Isto não se tratou de trazer um tratamento vantajoso para as mulheres à custa dos homens, mas sim de conceder uma tutela reforçada a um grupo da população cujo a vida, a integridade física, moral e sexual, dignidade e liberdade encontram-se extremamente expostas a uma ameaça específica e intensa. Essa alteração foi realizada pela Lei nº 13.104/2015 com o acréscimo do inciso VI no §2º do art. 121 do Código Penal, destacando que “se o homicídio é cometido contra a mulher por razões de gênero” (BITENCOURT, 2022).

Além disto, foram implementadas na Lei da Maria da Penha, medidas protetivas com intuito de evitar que a violência de gênero chegasse a findar em Femicídio. São dois os tipos de medidas protetivas previstas: as que obrigam o agressor a determinadas condutas e as que visam a

proteção da mulher. Desse modo, as medidas protetivas podem ser afastamento do agressor do lar ou local de convivência com a vítima, a fixação de um limite mínimo de aproximação de que o agressor se vê proibido de ultrapassar e a sus pensão da posse e restrição do porte de armas, caso seja necessário (BRASIL, 2006).

Assim, as medidas protetivas são meios utilizados para proteger as mulheres vítimas de violência, que procuram afastar-se do agressor e que temem que sua vida seja ceifada. Haja vista que a Lei 11.340/06 trata de uma preservação tanto para a vida da mulher quando uma prevenção do Femicídio, ela não possui caráter sancionatório, mas sim protetivo.

3.3 A Lei do Femicídio – Lei nº 13.104/15

A Lei de Femicídio foi criada a partir de uma recomendação as CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros, de março de 2012 a julho de 2013. Esta Lei modificou tanto o Código Penal como a Lei de Crimes Hediondos o incluindo nessa lista.

Atendendo a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, concluída no Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, na linha da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), o Brasil editou a Lei n. 13.104/2015, originando a qualificadora do “feminicídio”, exasperando sua punição (BITTENCOURT, 2020. p. 96)

O termo foi construído para nomear o homicídio cometido contra a mulher por razões de gênero e iniciou na década de 2000, no bojo do debate em torno da violência endêmica contra vítimas do sexo feminino, ressaltada em diversas partes do mundo. O primeiro documento internacional a adotar a expressão foi “Conclusões Acordadas da 57ª Sessão da Comissão sobre o Status da Mulher na ONU”, datado de 15 de março de 2013. Referida- Comissão ressaltou a relevância de os países-membros reforçarem sua - legislação, para punirem os “assassinatos violentos de mulheres e meninas relacionados a gênero”. (ESTEFAM, 2021. p. 230)

A Lei considera crime hediondo, em outras palavras, o Estado entende como um crime extremamente grave e cruel. Há a previsão de que assassinatos cometidos por companheiros ou ex-companheiros de mulher sejam registrados como tal, contudo, embora haja esta previsão, muitos homicídios de mulheres não são tipificados como Feminicídio, de forma certa, pelas autoridades competentes, segundo o 15º Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

Acrescenta ainda o doutrinador André Estefam (2022) que:

Esse tipo de homicídio qualificado foi inserido no Código Penal em 10 de março de 2015 (data da entrada em vigor da Lei n. 13.104, de 9-3-2015), resultando na inclusão do inciso VI ao § 2º do art. 121 do CP, o mesmo pune o homicídio atentado contra mulher, por razões da condição de sexo feminino. O legislador determinou, no § 2º-A, o alcance da nova figura, estipulando que se entende por “razões da condição de sexo feminino” o fato atentado em situação de violência doméstica e familiar, inciso I e o perpetrado mediante desprezo ou discriminação à condição de mulher (inciso II) (ESTEFAM, 2022. p. 226).

É relevante ressaltar que o legislador não colocou a qualificadora para ser sobreposta de forma indistinta, pura e simplesmente em face do assassinato de mulheres. Porém de modo antagônico, para a caracterização do feminicídio é indispensável que o crime de homicídio (matar alguém) seja praticado contra a mulher por ensejos da condição de sexo feminino, nos moldes demarcados pela Lei nº 13.104/2015, que implantou parágrafos e incisos no Art. 121 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 2015).

Conforme o doutrinador André Estefam (2022), o Feminicídio tem natureza de crime comum:

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, pois se cuida de crime comum. O sujeito passivo poderá ser mulher, por expressa determinação legal, e transgêneros, em conformidade com o entendimento do STF, fixado no julgamento da ADI 4.275 (julgada em 1º de março de 2018), que possibilitou a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Transgênero é a pessoa que se identifica com um gênero diferente daquele que corresponde ao seu sexo atribuído no momento do nascimento, abarcando travesti e transexual (ESTEFAM, 2022. p.237)

Neste âmbito há algumas discussões quanto a natureza da qualificadora do crime de Homicídio (Feminicídio) ser objetiva ou subjetiva. Guilherme de Sousa Nucci (2020), afirma que se trata de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher. Historicamente, sempre predominou o androcentrismo, colocando o homem no centro de tudo, se opondo à misoginia, justificando um ódio às mulheres, mais frágeis fisicamente e sem condições de ascensão social. (NUCCI, 2020. p. 126)

Nesse mesmo sentido, ainda afirma que não aquiesce à ideia de ser uma qualificadora subjetiva (como o motivo torpe ou fútil) somente porque se inseriu a expressão “por razões de condição de sexo feminino”. Não é essa a motivação do homicídio. O agente não mata a mulher somente por ser mulher, mas o faz por ódio, ciúmes, disputas familiares e até mesmo prazer, e vários outros motivos, que podem ser torpes ou fúteis; podem, até ser moralmente relevantes. Não se destaca completamente a ideia de o homem matar a mulher por questões de misoginia e violência doméstica; mesmo assim estas situações causam ao homem o prazer de espancar e matar a mulher, porque esta é fisicamente mais frágil (violência de gênero), o que parece objetivo e não subjetivo. (NUCCI, 2020. p. 126)

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, afirmou que para a incidência do Feminicídio como circunstâncias qualificadoras do crime de Homicídio, não se questiona o motivo do crime:

(...) A Constituição confere proteção especial à família, robustecendo a relevância penal de infrações como a ora examinada. Dada a importância do bem jurídico tutelado, foi editada lei especial e inserido, no Código Penal, a qualificadora prevista no inciso VI do § 2º do art. 121 – feminicídio. Para que incida a qualificadora do feminicídio no crime do art. 121 do CP, não basta o fato de uma mulher figurar no polo passivo do delito. É necessário que o crime seja cometido em razões da condição de sexo feminino, envolvendo violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A qualificadora, portanto, tem natureza objetiva. Incide quando presentes os pressupostos estabelecidos pela norma de regência.

(Acórdão, 1243583, 07010225520208070010, Relator: JAIR SOARES, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 16/4/2020, publicado no PJe: 24/4/2020.)

Como mencionado, a Lei do feminicídio, assim como a Lei Maria da Penha, não enquadra qualquer assassinato de mulheres como Feminicídio, mas sim prevê as situações que devem ser tipificadas como tal: violência doméstica ou familiar, quando o autor do crime pertencente à família da vítima ou quando já teve algum laço afetivo a ela; e menosprezo ou discriminação contra a condição da mulher, quando há a “misoginia”, repulsa contra tudo que é feminino ou está ligado a esta condição, sendo ou autor conhecido ou não da mulher.

4 PERSPECTIVA DOS CASOS DE FEMINICÍDIO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

No início de 2020, com o começo da pandemia da COVID-19, houve a necessidade do isolamento social, medida adotada em conformidade com a OMS, uma vez que foi considerado o mecanismo mais eficaz para controlar e combater a propagação do vírus, no entanto, fez com que o tempo de convívio familiar aumentasse consideravelmente, ocasionando maiores possibilidades de conflitos, dentre eles, os conflitos conjugais, ocorrência que refletiu no agravamento da situação das mulheres que sofriam algum tipo de violência, já que, inevitavelmente ficaram por mais tempo na presença de seus agressores em seus lares e estavam impedidas de se locomover, ou seja, sair de casa sem a companhia de seu agressor.

Sem dúvidas, os anos aqui mencionados foram emblemáticos por conta da incidência do novo Corona Vírus. Essa medida de isolamento social, expôs a mulher a uma grande situação de vulnerabilidade para a concretização de atos violentos, potencializados justamente por conta do estabelecimento de tensões psicológicas ocasionadas do aumento de tempo de convivência familiar, além de que, neste período em que as pessoas estavam de quarentena, havia o consumo de bebidas alcoólicas e até mesmo drogas em suas próprias casas.

Assim sendo, é seguro que em virtude destas determinações de isolamento social, bem como o alto índice de desemprego, o convívio entre vítima e agressor cresceu, levando em consideração a falta de estabilidade psicológica causada por um momento tão emblemático e as transições de humor decorrentes da mudança drástica de rotina diárias as quais levaram ao aumento do estresse, inclusive gatilhos que são capazes de gerar episódios de violência física e psicológica e, conseqüentemente, de Feminicídio.

Este entendimento torna-se mais claro quando se analisa a verificação realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), segundo o qual 648 mulheres foram assassinadas nos primeiros seis meses referentes ao ano em que a pandemia da COVID-19 chegou ao Brasil. Em análise de março e abril, os Feminicídios aumentaram cerca de 22,2% em comparação ao mesmo período do ano anterior no Brasil.

O levantamento desses números não apenas aponta que as mulheres foram obrigadas a permanecerem com seus agressores em seus lares, como também encontraram ainda mais dificuldades para alcançar as redes de proteção à mulher e os canais de denúncia.

Nesse sentido, os indícios apontam para um quadro em que, com acesso limitado aos canais de denúncia, diminuem os registros de crimes concernentes à violência contra a mulher impossibilitando que medidas protetivas sejam distribuídas e aplicadas, gerando a violência letal.

Com o intuito de promover a celeridade na prestação da jurisdição às mulheres vitimadas e considerando a quantidade altíssima de casos de violência contra a mulher no país durante a pandemia da COVID-19, o legislador publicou, no dia 08/07/2020, a Lei nº 14.022/2020, com origem do PL 1.291/2020, de autoria da deputada Maria do Rosário (PT-RS) e mais 22 integrantes da mesa feminina do Congresso.

Esta nova Lei estabeleceu que os órgãos e serviços de atendimento a vítimas de violência doméstica devem funcionar ininterrupta em todo território brasileiro, tornando-se imprescindíveis, e ainda, a proibição da interrupção e da suspensão dos prazos processuais nestas hipóteses.

Isso tudo reproduz com mais intensidade o quanto esse cenário de achar que uma mulher é propriedade exclusiva do homem é evidente atualmente, e que ainda há mulheres que aceitam esse comportamento com forma de zelo e cuidado, quando na verdade reflete o profundo perigo que esses tipos de pensamentos e atitudes podem gerar em suas vidas e de seus familiares.

Conforme o levantamento de relatório produzido a pedido do Banco Mundial, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Brasil encontra-se na 5ª posição dos países com maior incidência de casos de Femicídio no mundo, chegando a 4,8 casos a cada 100 mil mulheres.

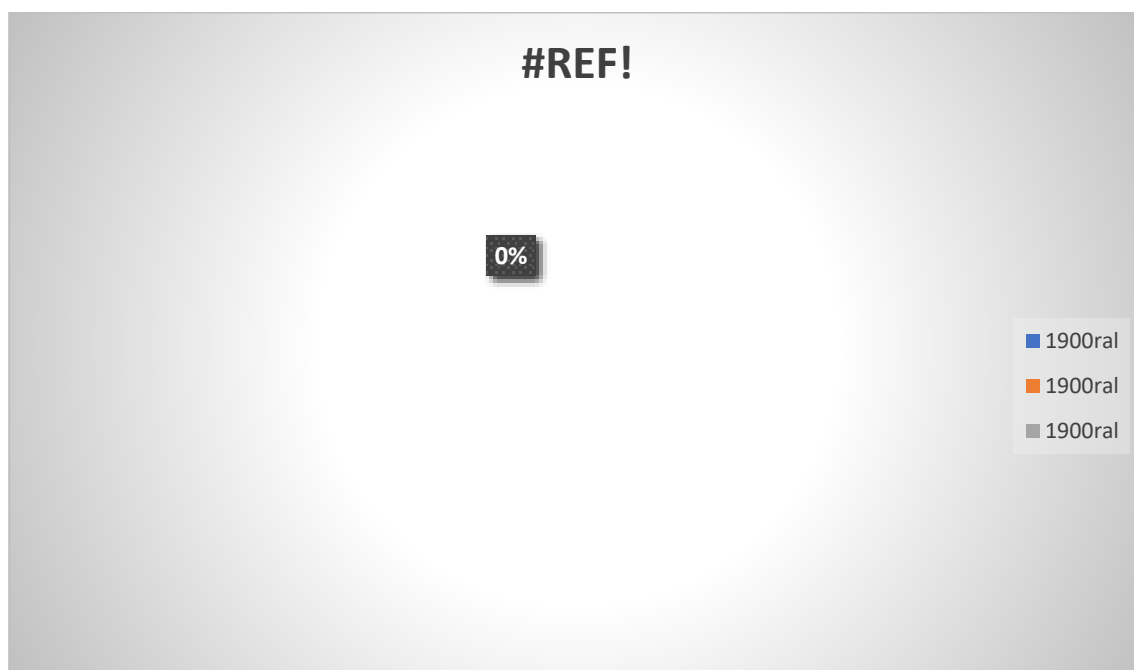
5 CASOS DE FEMINICÍDIO DURANTE O PERÍODO DE 2019 A 2021 EM TERESINA-PI

Em continuidade às pesquisas sobre o Femicídio no Brasil no contexto da pandemia da Covid-19, agora na região do nordeste, mais especificamente em Teresina-PI, foram encontradas as informações sobre o número de mortes por Femicídio, com base na coleta de dados na Delegacia da Mulher – DEAM Centro, no DHPP – Departamento de Homicídios e de Proteção à Pessoa, bem como no Núcleo Central de Estatística e Análise Criminal da Secretaria de Segurança Pública do Piauí.

Desse modo, observando os anos consecutivos, ou seja, em 2019, 2020 e 2021, notou-se que nos anos referentes à pandemia da Covid-19 houve um crescimento no número de mortes por Femicídio no município de Teresina, sendo que em 2019 a porcentagem foi de 23%, em 2020, 27% e em 2021 subiu para 50%, ou seja, houve um crescimento considerável nos dois anos de isolamento social.

Também por meio dos registros fornecidos pelo Boletim de Dados omitidos nas delegacias supramencionadas, é possível fazer um comparativo no período dos respectivos anos: 2019, anterior à pandemia, o registro foi de 28 mortes por Femicídio, já em 2020 e 2021, os dois anos da vigência da Covid-19, passou a 66 mortes. O gráfico abaixo apresenta os dados recentemente mencionados:

Imagem 01: Estatísticas a respeito do feminicídio.



Fonte: Dados extraídos do Núcleo Central de Estatística e Análise Criminal da Secretaria de Segurança Pública do Piauí.

Ademais, de acordo com notícia do G1 Piauí – TV Clube concomitante com Anuário da Violência 2021, realizado pelo Fórum de Segurança Pública, metade dos homicídios registrados em 2020 foram feminicídios. Vários dos casos que foram encontrados não seguiram o rito correto e não foram sequer considerados como Femicídio, mesmo que tenha sido constatado através dos Boletins de Ocorrência que se tratava de mortes de mulheres pela condição de seu gênero.

Portanto, entende-se que nem todos os casos foram registrados, confirmando a premissa exaurida anteriormente, e concluindo que o número exato de mortes por Femicídio nos anos de 2020 e 2021 no vigor da pandemia da Covid-19, pode ser muito maior do que se imagina.

Além do mais, a situação causada pela violência contra a mulher afeta a todas as mulheres independentemente de classe social, no entanto sabe-se que a realidade de algumas delas são mais precárias e que nem sempre possuem alcance às redes de proteção.

Com base no gráfico a seguir, pode-se analisar que o maior índice das mortes contra as mulheres no período estudado em Teresina-PI está ligado ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher chegando à porcentagem de 32%, enquanto as mortes com as motivações de violência doméstica e familiar, possuem uma porcentagem um pouco menor.

Imagem 02: Motivação do crime.



Fonte: Dados extraídos do Núcleo Central de Estatística e Análise Criminal da Secretaria de Segurança Pública do Piauí.

Portanto, o que se percebe é que os casos de Femicídio na comarca de Teresina-PI cresceram com a imposição do isolamento social no período de pandemia da Covid-19, confirmando a importância desta temática, uma vez que, embora as restrições causadas pela quarentena tenham sido superadas, as mulheres ainda estão a mercê da morte precoce com tamanha violência.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, comprova-se a relevância de discutir acerca da ocorrência dos casos de feminicídio na cidade de Teresina-PI, pois a morte de mulheres ocorre em situações de desigualdade de gênero, pela condição de ser mulher, as crises sociais e econômicas, e pelo isolamento social na pandemia Covid-19, sendo que o feminicídio no sistema penal é visto como

qualificadora no crime de homicídio e, em consequência disso, precisa ser avaliado, combatido e amenizado.

Sendo assim, para que fosse possível apresentar o feminicídio como situações de desigualdade de gênero, sua condição, as crises sociais e econômicas e ocasionado pelo isolamento social na pandemia Covid-19, evidenciou-se, antes, a necessidade de levantar dados estatísticos sobre os casos de feminicídio na cidade de Teresina Piauí, para a comprovação do aumento no período da Pandemia. Por tanto por meio desse estudo observou-se o crescimento considerável dos casos de Feminicídio na citada cidade.

De modo geral, no Brasil e em específico na cidade de Teresina Piauí, casos de feminicídios vem acontecendo de forma corriqueira, são mulheres vítimas de atos trágicos dos seus ex-companheiros, esposos, por acharem ter como posse e o poder sobre suas companheiras. Constantemente, essa prática ocorre por violências constantes como violência sexual, física, doméstica, psicologia, entre outras referente à relação de subordinação.

Nesse deslinde, não é possível a compreensão da complexidade desses casos feminicídio sem entender a historicidade, a motivação e sem analisar dados. Diante disso, o presente trabalho direcionou-se a análise de índice dos casos de feminicídio na comarca de Teresina-PI no período de 2019 a 2021 com o desígnio de compreender a ocorrência dos casos de feminicídio.

Portanto, ponderando todos os resultados e discussões apresentadas, o presente artigo convém como mais um mecanismo para alertar a população e reprimir esse crime que assola a sociedade, possibilitando mais segurança às mulheres que vivem socialmente vulneráveis a esse tipo de crime.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Estudo Completo do Feminicídio**. 2015. Disponível em: <https://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-femicidio>. Acesso em: 05 de out. de 2022

BIANCHINI, Alice. **A Qualificadora do Feminicídio é de Natureza Objetiva ou Subjetiva?** R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203 - 219, jan. - mar. 2016. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/femicidio.pdf>. Acesso em: 21 de nov. de 2022.

BIANCHINI, Alice. **Saberes Monográficos – Lei Maria da Penha**. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2014. *E-book*.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

BRASIL, Agência Senado. **Lei Maria da Penha torna mais rigorosa punição para agressão contra mulheres.** 26 de nov. de 2007. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/lei-maria-da-penha>. Acesso em: 07 de out. de 2022.

BRASIL, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **Violência Doméstica durante a pandemia de Covid-19.** ed. 2020. Disponível em:

<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v3.pdf>. Acesso em 11 de abr. de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Sentido Estrito n. 1243583.** Recorrente: Evandro dos Santos Carneiro. Recorrido (s): Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Tentativa de homicídio. Pronúncia. Qualificadoras. Exclusão. Relator: Desembargador Jair Soares. Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília (DF), 16 de abril de 2020. Disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/crimes-e-procedimentos/feminicidio-natureza-objetiva-da-qualificadora>. Acesso em: 21 de nov. de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em:

BRASIL. Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em:

BRASIL. Lei Nº 13.104, de 9 de março de 2015. Lei do Femicídio. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13104.htm. Acesso em:

ESTEFAM, André. **Direito Penal 2 – Parte Especial.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

IELCAST. **Aumento nos crimes de Femicídio.** [Locução de:] Anamelka Cadena. Teresina, 08 de fevereiro de 2022. Podcast.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Curso de Direito Penal:** parte especial: arts 121 a 212 do Código Penal. vol. 2. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CONTEÚDO JURÍDICO. **O impacto da pandemia no Brasil em 2020, na incidência da violência doméstica contra mulher, em especial, o feminicídio.** Brasília. 01/06/2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-impacto-da-pandemia-no-brasilem2020->

naincidencia-da-violencia-domestica-contra-mulheremespecialofeminicidio/ Acesso em 24 de abr. de 2022.

PIAUÍ, Polícia Civil. **Registro de ocorrências policiais no município de Teresina-PI no período de 01/01/2020 a 31/12/2021.** Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa. Teresina-Pi, acesso em 10 de abr. de 2022.

PIAUÍ, Polícia Civil. **Registro de ocorrências policiais no município de Teresina no período de 2019 a 2021.** Delegacia da Mulher – DEAM Centro. Teresina, acesso em 15 de mar. De 2022.

POLITIZE. **Igualdade de gênero – o que diz a Constituição?** 28 de maio 2019. Disponível em link: <https://www.politize.com.br/artigo-5/igualdade-de-genero/>. Acesso em: 22 de abr. de 2022.

ROMERO, Maria. **Metade das mulheres assassinadas no Piauí são vítimas de Femicídio.** G1 Piauí TV Clube, Teresina-PI, 18 de julho de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2021/07/18/metade-das-mulheres-assassinadas-no-piaui-sao-vitimas-de-feminicidio.ghtml>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro Villa. **Circuito do Femicídio.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

A EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE PREPARADO NA APREENSÃO DE DROGAS REALIZADA POR AGENTE DISFARÇADO

LUDMILA SANTOS DE OLIVEIRA:
Graduanda do Curso de Direito do
Centro Universitário Fametro.

RESUMO: O presente artigo trata um problema real na sociedade, o crime organizado, que ocupa as lacunas abandonadas pelo Estado. Neste contexto, fortaleceu-se o chamado Pacote Ante Crimes, que instituiu a figura do Agente Disfarçado, aquele que exerce suas funções à paisana, com o intuito de facilitar o recolhimento de informações e a captura imediata, em sede de flagrante, de indivíduos que estejam cometendo crime ligados ao porte e posse de arma de fogo e ao tráfico de droga. No entanto esta figura deve manter-se dentro das balizas impostas pelo STF que sumulou: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”, que doutrinariamente pode ser chamado de Flagrante Preparado ou Provocado. O entendimento do STF também se aplica ao Agente Infiltrado, sua legalidade, indispensável é a existência de elementos preexistentes à ação policial e que indiquem a pretérita existência do delito. Disso, infere-se que o agente não irá influenciar à tomada de decisão do criminoso, pois já existe elementos informativos mínimos à constatação da infração penal, agindo, por tanto, de forma livre e consciente para cometer o crime. Nesse pórtico, sedimenta-se o entendimento de que as figuras do agente disfarçado e do agente infiltrado, em nada se assemelham ao agente provocador, pois esse, necessita que o policial instigue o cometimento do crime, faça nascer o desejo de delinquir, o que é ilegal e não admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Agente disfarçado, Flagrante Preparado, Pacote anticrimes, STF. Segurança Pública.

ABSTRACT: This article brings a real problem in society, organized crime, which occupies the gaps abandoned by the State. In this context, the so-called Ante Crimes Package was strengthened, which instituted the figure of the Undercover Agent, the one who performs his duties in plain clothes, with the aim of facilitating the gathering of information and the immediate capture, in the event of the act, of individuals who are committing crimes related to carrying and possessing a firearm and drug trafficking. However, this figure must remain within the guidelines imposed by the STF which summed up: “There is no crime, when the preparation of the act by the police makes its consummation impossible”, which doctrinally can be called Prepared or Provoked Flagrant. The understanding of the STF also applies to the Undercover Agent, its legality, indispensable is the existence of pre-existing elements to the police action and that indicate the past existence of the crime. From this, it is inferred that the agent will not influence the criminal's decision-making, since there are already minimal information elements to verify the criminal offense, acting, therefore, in a free and conscious way to commit the crime. In this portico, the understanding is consolidated that the figures of the undercover agent and the infiltrated agent, in no way resemble the provocative agent, since this one needs the police to instigate the commission of the crime, to

give birth to the desire to commit an offense, which is illegal and not accepted by the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Undercover agent, Prepared flagrant, Anti-crime package, STF. Public security.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as inovações apresentadas nesta lei, foi prevista a figura do “agente policial disfarçado” como aparente técnica investigativa aplicável, especificamente, no combate aos crimes de tráfico de drogas, de comércio ilegal de arma de fogo e de tráfico internacional de arma de fogo.

A novel legislação inseriu dispositivos na Lei nº 11.343/06 (inc. IV do §1º do 33) – Lei do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – e na Lei nº 10.826/03 (§2º do art. 17 e parágrafo único do art. 18) – Lei do Sistema Nacional de Armas –, com o suposto objetivo de tornar típica a conduta daquele que vende ou entrega itens ilícitos diretamente a agente policial disfarçado.

Assim problematiza-se qual as balizas de atuação cabível a figura do Agente Disfarçado para que se mantenha a garantia do Direito além de buscar as diferenças deste dos agentes infiltrados e provocador.

Tendo por objetivo cruzar o direito consolidado com a nova figura do Agente Disfarçado criado pela Lei do Pacote Anticrimes e diferenciar este das figuras já conhecidas dos Agentes Infiltrados e Provocador.

Certamente que o aumento desenfreado da criminalidade e a cada vez mais elevada sofisticação das organizações criminosas faz com que sejam necessárias a utilização de meios não convencionais de investigação, e aparentemente, o escopo da Lei nº 13.964/2019 é esse ao apresentar a figura do agente policial disfarçado.

Trata-se de uma pesquisa de caráter documental e bibliográfica, tendo como fonte as legislações que tratam do tema, documentos oficiais, assim como autores que debatem esta temática, utilizando-se método dedutivo.

Diante disso, haja vista a modicidade da previsão legislativa, considera-se indispensável promover um estudo científico sobre o tema, com vistas a esclarecer aspectos centrais sobre a atuação do agente policial disfarçado e a previsão legal que a respalda, de modo a proporcionar aos operadores do direito e aos investigados um cenário seguro para seu emprego.

1.1 Conceito de Prisão em Flagrante

Importante um exame acerca dos vocábulos oferecidos pelo dicionário, conforme a expressão “flagrante” vem do latim *flagranse*, que nos remete aquilo que está no calor da ação; que é ardente; acalorado; manifesto; evidente; praticado na própria ocasião em que é surpreendido.

Trazendo o referido termo para o contexto, flagrante delito é:

O estado de quem se encontra cometendo determinada infração, acaba de cometê-la; e prisão em flagrante é a que deve ser feita obrigatoriamente pela autoridade policial, e que pode ser efetuada por qualquer pessoa, para prender quem se encontre em flagrante delito (MEDEIROS, 1994, p. 56).

À luz do Código de Processo Penal a prisão em flagrante é ilustrada pelo artigo 301, segundo o qual, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Ainda sob a vertente do artigo 302 do mesmo código, considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido logo após pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser autor da infração.

Nesta ótica, extraí-se que existe a faculdade para que qualquer pessoa do povo prenda alguém que se encontre em situação de flagrância, ao passo que os agentes policiais, possuem o dever de agir nessa situação.

Trata-se, de fato de:

Medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (artigo 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos (TÁVORA, 2011, p. 530).

Na continuidade desse raciocínio, Paulo Rangel (2007, p. 585), declina que são exigidos os elementos da atualidade e visibilidade para a configuração da referida prisão. Vejamos as palavras do escritor:

A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a ocorrência externa do ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica. Portanto, somadas a atualidade e a visibilidade tem-se o flagrante delito.

Dito isto, infere-se que o parâmetro da prisão em flagrante é propriamente a possibilidade de se verificar a ocorrência do delito de modo cabal, tornando desnecessária uma análise de um juiz de direito a fim de aferir seu real acontecimento. Por outro lado, esta prisão tem o viés de impedir a fuga do infrator, tal como assegurar a colheita de provas da materialidade e da autoria, além de em muitos casos ter o êxito de obstruir a consumação do delito.

1.2 Natureza Jurídica da Prisão em Flagrante

Por obra das consideráveis alterações no Código de Processo Penal com o advento da Lei 12.403/2011, a doutrina não é unânime no correspondente a natureza jurídica da prisão em flagrante.

A divergência se deve principalmente porque anteriormente a prisão em flagrante era fundamento suficiente para que o acusado permanecesse preso durante todo o processo, constituindo-se assim medida de natureza cautelar, independente de sua conversão em prisão em flagrante (Costa Neto, 2012, s.p).

Todavia, com o advento da mencionada lei, seguindo o preconizado pelo artigo 310 do Código de Processo Penal, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente relaxar esta prisão, ou tendo ela por legal, convertê-la em preventiva ou conceder liberdade provisória, preenchido os requisitos da lei.

Artigo 310 do Código de Processo Penal: ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Pelo todo mostrado, há entendimentos divergentes na doutrina no intuito de aclarar a natureza jurídica da prisão em flagrante, nascendo dessas discordâncias três posicionamentos distintos que a caracterizam como ato administrativo, prisão cautelar ou medida pré-cautelar. Para aqueles que a classificam como ato administrativo, argumentam que a prisão, posteriormente quando homologada pelo magistrado é de natureza processual (cautelar), portanto, antes da análise do juiz com a consequente decisão de manter o indivíduo encarcerado não passa senão de um ato administrativo.

Tal argumento é transparente observando os dizeres de Walter Nunes da Silva Júnior apud Costa Neto (2012, s.p):

O que ocorre com a prisão em flagrante é, tão somente, a detenção do agente, a fim de que o juiz, posteriormente, decida se a pessoa deve ser levada, ou não, à prisão. Com isso, se quer dizer que não há, propriamente, uma prisão em flagrante como espécie de medida acautelatória processual penal. O flagrante delito se constitui e justifica apenas a detenção, cabendo ao juiz, após a análise por meio da leitura do auto de prisão em flagrante, definir se a prisão preventiva deve, ou não, ser decretada.

Por outro sentido, é forte o entendimento na ótica de tratar-se de uma espécie de prisão cautelar, tal como o é a prisão preventiva e a temporária. Rogério Greco (2012, p.19), compactua com esta posição ao defender que todas as aquelas prisões que ocorrem anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, possuem natureza cautelar.

Ampliando ainda a visão nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 631), defende um posicionamento híbrido entre ambas as correntes expostas, justificando que a princípio compreende-se a natureza administrativa, por ser formalizada pela polícia judiciária, mas se torna jurisdicional a partir do ponto em que o juiz toma alguma das medidas prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal a relaxando ou mantendo, convertendo-a em preventiva.

Em uma colocação mais clara Castelo Branco (2001 p. 10), explica que exatamente o que temos antes da sentença penal condenatória, são prisões cautelares que antecedem a prisão penal, contudo, são prisões cautelares processuais ou prisões cautelares administrativas, que no caso desta última, com a alteração da Lei de 12.403/11, retirou-se a prisão em pronúncia, sobrevivendo apenas a prisão em flagrante:

A prisão cautelar é chamada processual quando decretada pelo juiz e é representada pela prisão preventiva, pela prisão temporária etc. Quando emana de outra autoridade é denominada prisão administrativa. Ambas visam a garantir a tutela de um bem jurídico para impedir as consequências do periculum in mora. (g.n)

Portanto, seguindo os traços coerentes de seus termos, a prisão cautelar pode ser de natureza processual ou administrativa a depender da autoridade que a emana, isto é, o juiz ou a autoridade policial.

E por fim, de maneira ainda mais acertada Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 182), expõe em suas palavras tratar-se a prisão em flagrante de caráter pré-cautelar. Justifica ser essa a natureza jurídica que comporta, uma vez que esta modalidade de prisão não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que ele sim adote uma verdadeira medida cautelar.

Coaduna neste rumo Luiz Flávio Gomes (2011, p. 90), fundamentando que: “a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, porque não tem o escopo de tutelar o processo ou o seu resultado final, sim, ela se destina a colocar o preso à disposição do juiz, para que tome as providências cabíveis”.

1.2 Hipóteses de Prisão em Flagrante

O Sistema Processual Penal Brasileiro ilustra, tempestivamente, as razões que autorizam a prisão perante a condição da flagrância, no artigo 302 do Código de Processo Penal. São as modalidades esboçadas taxativamente pela legislação, e outras salientadas pela doutrina, mas igualmente pautadas nos traços do que designa a lei no artigo declinado.

No entanto, apesar das classificações apontadas, nossa legislação não tratou de diferenciar as hipóteses, reduzindo todas, para fins legais, as situações previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (1980) apud Daniela Cristina Rios Gonçalves (2004, p. 36), apresenta uma classificação um tanto limitada, sobre a qual existem apenas duas espécies de flagrante: o real, correspondente às hipóteses dos incisos I e II, e o virtual referente às hipóteses dos incisos III e IV, visto que para as últimas hipóteses os casos baseiam-se em presunção.

Roberto Delmanto Junior (2001, p. 99), para uma melhor percepção coloca:

A propósito da modalidade de flagrante próprio ou real do inciso I, são pertinentes as observações de Rene Garraud, ao salientar que é esta a situação do flagrante propriamente dito, posto que o agente é pego no momento do acontecimento.

Rogério Greco (2012, p. 23), em sua maestria, frisa que, nesta modalidade, mais do que qualquer outra, podemos dizer que a infração penal ainda é ardia.

Ressalta-se, para que está prisão seja possível de nada importa se o agente encontra-se em qualquer excludente de ilicitude, haja vista bastar que o agente tenha cometido a infração, ou acabado de cometê-la, conforme delineado pelo inciso I e II do artigo 302 do Código de Processo Penal.

Neste parâmetro, por existirem questionamentos acerca do que exatamente refere-se a perseguição, tal como o tempo de sua duração a fim de manter o requisito da flagrância, o artigo 290, §1º, do Código de Processo Penal, expõe:

Artigo 290, §1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando: a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista; b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.(g.n)

Rogério Greco (2012, 24) prossegue nos ensinamentos acerca da perseguição:

Criou-se na mente da população a necessidade da prisão ocorrer no prazo de 24 horas. Tal determinação não consta de qualquer dispositivo legal. Assim, respondendo às nossas indagações, ainda haverá situação de flagrante enquanto durar a perseguição, ou seja, enquanto os agentes estiverem sendo perseguidos pela autoridade policial após a prática da infração penal. Se, no entanto, houver interrupção na perseguição, ou seja, se a autoridade policial, por exemplo, perder de vista, por um tempo razoável, aquele que supostamente praticou a infração penal, sua prisão

realizada horas depois, já não mais poderá ser considerada como em flagrante delito. (g.n)

Desse modo, esta perseguição deverá ser imediata e ininterrupta, não restando ao autor um momento de tranquilidade; de alívio entre a conduta e a perseguição (DELMANTO, 2001. p. 104).

Mesmo assim, é preciso tecer ponderações também quanto ao termo “logo após” expressa pelo dispositivo. Nessa esteira Mirabete (2009, p.403) explica que:

Deve-se entender que o “logo após” do dispositivo é o tempo que corre entre a prática do delito e a colheita de informações a respeito da identificação do autor, que passa a ser imediatamente perseguido após essa rápida investigação procedida por policiais ou particulares.

Verifica-se, de imediato, que a lei elenca passos: “perseguido”, “logo após”, “flagrância”, que devem ser revistos em conjunto para que sobrevenha a hipótese da prisão.

Nesta modalidade, ainda não existia conhecimento de quem seria o autor do crime. Não se trata de uma perseguição, mas de ato de achada (DELMANTO, 2001, p. 103). Muito bem colocada é a ressalva:

Não é necessário no caso que haja perseguição, mas sim que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito com coisas que traduzem um veemente indicio da autoria ou participação no crime. A pessoa não é “perseguida”, mas “encontrada”, pouco importando se por puro acaso, ou se procurado após investigações (MIRABETE, 2009, p. 372).

No que despende a expressão “logo depois”, referida ao lapso temporal entre a prática do delito e o fato de ser a pessoa encontrada com os objetos ou instrumentos do crime, o mesmo doutrinador prossegue:

Considerando-se o interesse na repressão dos crimes, há maior margem na discricionariedade da apreciação do elemento cronológico quando o agente é encontrado com objetos indicativos do crime, o que permite estender o prazo a várias horas ou, considerando-se o problema do repouso noturno, até o dia seguinte (MIRABETE, 2009, p. 374).

Compreende-se de todo o exposto, que para justificar o estado de flagrância e assim tornar possível a prisão em flagrante nesta forma, é realizada uma relação entre a pessoa encontrada com os materiais e objetos, e um delito ocorrido momentos antes. Nessa linha de pensamento, restaria ao juiz a tarefa de verificar se no momento do encontro do indigitado autor do delito, ainda

estão fumegantes as cinzas deixadas, ou seja, se o calor do delito é ainda perceptível (DELMANTO 2001. p. 106).

Em verdade, refere-se a uma situação de não flagrante, vez que o autor é induzido a prática de certo delito, restando, por conseguinte, caracterizado o flagrante nulo. O Supremo Tribunal Federal assim pacificou por meio da súmula 145 do STF: “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Com a finalidade de que não haja engano entre esta modalidade de flagrante e a hipótese de flagrante esperado, o Supremo Tribunal Federal tece explicações por intermédio de julgados:

O flagrante preparado se distingue do flagrante esperado. No flagrante preparado, desvirtua-se a atividade que tenha sido desenvolvida pelo infrator, nos seus aspectos fundamentais da espontaneidade do querer, exclusividade da ação e autenticidade dos fatos. No flagrante esperado, a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar o mecanismo causal da infração. Procura colhê-la ou frustrá-la na sua consumação.

Em vista disso, a razão da nulidade se deve ao fato de que o agente foi instigado a praticar o crime, sem saber que estaria sob a vigilância atenta de outrem.

Com demasiada nitidez Noberto Avena, (2011, v.1, p. 371) conceitua:

É aquele no qual alguém, tomando conhecimento de que um crime será praticado, desloca-se até o respectivo local, onde fica à espreita, aguardando o início dos atos de execução, ou conforme o caso, a própria consumação para, ato contínuo, efetivar a prisão em flagrante.

Em continuidade, o autor oferece um exemplo prático:

Mediante uma interceptação telefônica autorizada judicialmente, descobre a autoridade policial que determinado navio atracará ao porto com uma carga de drogas camufladas em forma de mercadorias lícitas. Chegando a embarcação e iniciado o descarregamento, aproximam-se os policiais e, constatando a veracidade da informação, realizam a prisão dos traficantes.

Sucedendo então que, é empregada a prisão pela prática do delito consumado ou tentado, sempre por meio de modalidades investigativas, por intermédio de diligências, campana, interceptação telefônica dentre outras. Sempre, nesse plano, com intuito de interceptar certo indivíduo que se sabe estar com intenção de práticas delituosas.

Por outro lado, inclui-se o flagrante forjado, fabricado, maquinado ou urdido, que ocorre quando policiais ou terceiros criam um crime inexistente com o propósito de prender o agente em flagrante. Noutros termos, as provas arguidas para a efetivação da prisão em flagrante são forjadas pela própria polícia ou mesmo por particulares.

Noberto Avena (2011, p. 371), segue em seus dizeres:

É aquele no qual o fato típico não foi praticado, sendo simulado pela autoridade ou pelo particular com o objetivo direto de incriminar falsamente alguém. Caracteriza-se pela absoluta ilegalidade e sujeita o responsável a responder penalmente por essa conduta.

Evidentemente, esta espécie não possui validade, encontrando-se na catalogação da doutrina para fins didáticos e compreensão do efeito.

Por último, fala-se além das outras, na modalidade de flagrante protelado, diferido ou retardado. Este modelo de prisão em flagrante possui previsão legal pela Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95). Conforme se verifica do artigo 2º da referida lei, o legislador permite certos procedimentos de investigação e formação de provas, dentre as quais:

A ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações constante no inciso II.

De outra maneira, trata-se nada mais, do que a faculdade daquele que possui obrigação legal de realizar a prisão em flagrante, no sentido de retardá-la visando obter maiores informações a respeito da ação dos criminosos (AVENA, 2011. p. 372).

O mesmo raciocínio no tocante a possibilidade desta postergação, se aplica para a Lei de Drogas (Lei 11.343/06), em virtude da previsão em seu artigo seu 53, inciso II:

Artigo 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único: na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores. (g.n)

A finalidade desta retardação é ilustrada sabiamente por Guilherme de Souza Nucci (2008, v.1, p. 391):

O objetivo do legislador em atingir o peixe graúdo, sem que se dissemine a prisão dos meros carregadores de drogas ilícitas, atuando por ordem dos verdadeiros comandantes [...] justamente por isso a lei menciona a ação retardada em relação aos portadores de produtos, substâncias ou drogas ilícitas.

Frisa-se que somente é possível em se tratando de crimes praticados por organizações criminosas, sobre o qual não necessita de ordem judicial ou mesmo oitiva prévia do MP, cabendo, neste caso, a autoridade policial administrar a conveniência e oportunidade da postergação.

É igualmente possível em se tratando dos crimes previstos na Lei de Drogas, imprescindível neste feito a ordem judicial e oitiva prévia do Ministério Público.

2 DEFINIÇÃO DE FLAGRANTE E SUAS CATEGORIAS

Os embates quanto a inconstitucionalidade do flagrante preparado abatera-se, todavia, sem nunca deixarem de existir, diante da promulgação da Súmula 145 do STF. A mesma goza de concordância de grande parte da doutrina e jurisprudência, inclusive, sendo periodicamente reiterado, pelo STF, em casos recentes, algo notável para uma Súmula 145 com 55 anos de existência. O debate buscava descobrir os limites de ação das forças policiais de forma ativa para realizar um flagrante, podendo haver absoluta passividade ou se era possível algum tipo de atividade, de ação que servisse como pávio para que o autor realizasse a conduta delitiva. (STF, 1963)

Neste quadro, entre as décadas de 1940 e 1960, chegaram ao STF quatro casos semelhantes (HC 40289, HC 38758, RE 15531, RHC 27566) ambos relativos a crimes de extorsão e corrupção, estes casos se tornaram leading cases e findaram por consolidar o entendimento consubstanciado na Súmula nº 145 do STF. Outrossim, os julgamentos destes processos foram grandemente influenciados pela doutrina de Nelson Hungria (HUNGRIA, 1978, p 107) que solidificava que, no hoje denominado flagrante preparado, o suposto criminoso não passava, nas palavras de Hungria, do "protagonista inconsciente de uma comédia". Portanto, segundo o doutrinador, não haveria crime no flagrante preparado, mas tão somente algo como uma ilusão, uma encenação, um simulacro meticulosamente planejado e urdido pelo agente instigador do crime, com o fito de prender em flagrante o agente delitivo.

Sendo indicadas diversas inconsistências, incongruências e incompatibilidades lógicas nos argumentos jurídicos utilizados por eles para distinguir o flagrante esperado (considerado lícito) do flagrante preparado. Flagrante deriva das palavras Latinas "flagrans" e "flagrantis" que significam "ardendo", "queimando" (FLAGRANTE, 2017), o flagrante é o crime em seu ponto de maior eferescência, é o delito em plena combustão, no ápice de seu calor, da mesma forma que, uma chama que enquanto vive, altera a lenha que a dá vida; o crime, enquanto consuma-se, lesa o bem jurídico cuja violação o faz existir.

O flagrante é o estado da “chama delitiva” ao consumir seu bem jurídico combustível, esta enquanto o faz, apresenta a todos ao seu redor o brilho de sua atuação nefasta. Observar um crime em estado de flagrância, expõe a todos da forma mais incontestável possível sua existência e seus rastros no mundo físico, ainda que tais rastros, não raro, permaneçam muito tempo após a consumação do crime, é no estado de flagrância que todas as evidências, constatações e circunstâncias se revelam com todo o esplendor.

No tocante à definição de flagrante, necessário trazer à tona os ensinamentos de Carnelutti e de Cordero apud Lopes Jr:

Como explica CARNELUTTI, a noção de flagrância está diretamente relacionada a ‘la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se ve la llama, es indudable que alguna cosa arde’. Essa chama, que denota com certeza a existência de uma combustão, coincide com a possibilidade para uma pessoa de comprová-lo mediante a prova direta. Como sintetiza o mestre italiano: a flagrância não é outra coisa que a visibilidade do delito. (LOPES JR, 2014, p. 583)

Para estes doutrinadores, o flagrante é a percepção das coisas enquanto ocorrem, é a certeza visual da prática delitiva. Exatamente porque existe tal visibilidade, também se faz presente, de forma manifesta e inequívoca, o *fumus commissi delicti* (LOPES JR, 2014, p 583).

3 FLAGRANTE ESPERADO E PREPARADO

O flagrante próprio está previsto no art 302, incisos I e II, do CPP e ocorre durante a execução dos atos delitivos ou logo após seu fim. Este flagrante interrompe a execução ou se dar imediatamente após o seu fim.

Valiosa é a explanação de Nucci sobre o tema do flagrante próprio:

Ocorre, pois, quando o agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal (inciso I). Nessa situação, havendo a intervenção de alguém, impede-se o prosseguimento da execução, redundando, muitas vezes, em tentativa. (...)

Pode ainda dar-se quando o agente terminou de concluir a prática da infração penal, ficando evidente a materialidade do crime e da autoria (inciso II). Embora consumado o delito, não se desligou o agente da cena, podendo, por isso, ser preso. A esta hipótese não se subsume o autor que consegue afastar-se da vítima e do lugar do delito. Sem que tenha sido detido. (NUCCI, 2008, p. 590)

Outro posicionamento defendido por Lopes Jr (2014, p. 586), considera que o flagrante do inciso I, ocorre quando o agente é surpreendido durante a execução do crime, ou seja, praticando o verbo nuclear do tipo. Aury Lopes salienta ainda que a prisão deste flagrante pode inclusive, a depender do caso, impedir a própria consumação do tipo.

Para Carnelutti (apud LOPES JR, 2014, p 586) a ideia de flagrante está diretamente ligada à ideia de "chama", de combustão, ao se ver uma chama, inevitável constatar que algo arde. A flagrância, para o doutrinador, não é outra coisa senão a evidência do delito, a visibilidade do delito. Neste mesmo diapasão encontra-se o posicionamento de Cordero, também citado por Aury Lopes, no sentido que o flagrante traz à mente a noção de coisas percebidas enquanto ocorrem.

Novamente, a docência de Nucci desembaraçará eventuais dúvidas sobre o tema em exame:

Ocorre quando o agente conclui a infração penal ou é interrompido pela chegada de terceiros mas sem ser preso no local do delito, pois consegue fugir, fazendo com que haja perseguição por parte da polícia, da vítima ou de qualquer pessoa do povo.

Note-se que a lei faz uso da expressão "em situação que faça presumir ser autor da infração" (inciso III do art. 302), demonstrando, com isso, a impropriedade do flagrante, já que não foi surpreendido em plena cena do crime. Mas, é razoável a autorização legal para a realização da prisão, pois a evidencia da autoria e da materialidade mantem-se, fazendo com que não se tenha dúvida a seu respeito.

Exemplo disso é o do agente que, dando vários tiros na vítima, sai da casa desta com a arma na mão, sendo perseguido por vizinhos do ofendido. Não foi detido no exato instante em que terminou de dar os disparos, mas a situação é tão clara, que autoriza a perseguição e prisão do autor. A hipótese é denominada pela doutrina de quase flagrante. (NUCCI, 2008, p 590 e 591).

Lopes Jr (2014, p. 587) explana que o interstício temporal relevante para o flagrante próprio é aquele entre a ocorrência do crime e o início da perseguição bem-sucedida, independentemente de quanto tempo esta perdurou. O doutrinador salienta que não se deve confundir o início da perseguição com sua duração, pois o dispositivo legal requer que a perseguição comece logo após o fato, porém não há vedação para sua duração, podendo durar por diversas horas.

O flagrante preparado seria o "flagrante irmão" do flagrante esperado, sendo ambos dotados de grandes semelhanças, razão pela qual, sua distinção no caso concreto por vezes se faz demasiado difícil, talvez, mesmo, impossível. Contudo, a problemática da distinção entre o flagrante preparado e o flagrante esperado será objeto de análise posterior em um tópico próprio, sendo, todavia, prudente já adiantarmos que as principais características que diferenciam o flagrante preparado do esperado são: 1) Existência de criação de uma oportunidade pelo agente

vigilante (ou pelo terceiro ao seu serviço) ou coincidência de pessoas/cumulação de funções entre o agente vigilante e o agente estopim. 2) Ilícitude do flagrante preparado, em decorrência do teor do Enunciado de Súmula Nº 145 do Supremo Tribunal Federal.

Dito isto, termos como “agente vigilante”, “agente estopim”, “esperar uma oportunidade” e “criar uma oportunidade” dificilmente serão encontrados noutras fontes. Se faz prudente ressaltar que certos doutrinadores, tais como Bitencourt (2012, p. 1186-1190), optam por denominar o “flagrante esperado” como “flagrante preparado” e o “flagrante preparado” como “flagrante provocado”. Contudo, tais autores são minoria, sendo os termos “flagrante esperado” o mais usado nos casos de ausência de conduta instigadora pelo agente estopim e o termo “flagrante preparado” nos casos de presença de tal conduta, por isso, no presente trabalho serão estes os termos adotados.

Retomando-se à análise do conceito e definição do flagrante preparado, proveitoso mencionar o magistério de Badaró, no qual o doutrinador salienta a importância da atuação do “agente estopim” (chamado por ele de agente provocador) como característica notável do flagrante preparado e como sua principal distinção em relação ao flagrante esperado:

O flagrante preparado ou provocado é aquele em que ocorre a prisão de alguém, tendo havido um agente provocador da prática do crime, normalmente integrante da própria polícia, que induziu ou instigou o autor a cometer o delito justamente para poder prendê-lo. Em suma, flagrante preparado é o flagrante por obra de agente provocador. O agente provocador induz o indivíduo a cometer um crime, para prendê-lo em flagrante delito.

(...)

O flagrante provocado ou preparado não se confunde com o flagrante esperado. Neste, diante da notícia de que um crime poderá ser praticado, a polícia toma as providências para prender em flagrante aquele que irá cometer o crime. O relevante para distingui-lo do flagrante provocado é que, no flagrante esperado, a polícia vigia o local do crime, esperando que o agente, espontaneamente, pratique o delito. Não há induzimento ou provocação para a prática delitativa. (BADARÓ, 2015, p 963)

O exemplo clássico de flagrante preparado nos crimes permanentes é o do policial que, fingindo ser usuário de drogas, compra drogas do traficante, para prendê-lo em flagrante, o traficante iniciou a consumação do crime no momento em que começou a portar a droga ilícita com fins de tráfico, sendo preso não em virtude da venda realizada ao policial por meio do flagrante preparado, e sim por ter evidenciado e transparecido que estava portando drogas. O flagrante é lícito por causa do porte de drogas anterior a instigação delitativa e não por causa da venda

propriamente dita. Este é não só o entendimento absolutamente majoritário da doutrina, como também é o posicionamento defendido por Nucci:

Há certos casos em que a polícia se vale do agente provocador, induzindo ou instigando o autor a praticar determinada ação, mas somente para descobrir a real autoria e materialidade de um crime. Assim sendo, não se dá voz de prisão por conta do eventual delito preparado e, sim, pelo outro, descoberto em razão deste.

É o que ocorre nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes. Ilustrando, o art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, possui dezoito formas alternativas de conduta. Assim, caso o policial se passe por viciado, com o fim de comprar drogas, o traficante ao ser detido, no ato da venda, não será autuado por vender, mas porque trazia consigo ou tinha em depósito substância entorpecente. Afinal, as condutas anteriores configuram crime permanente. Cuida-se de hipótese validada pela jurisprudência. (NUCCI, 2008, p. 593-594)

Quanto ao tráfico de entorpecentes, passando-se o policial por usuário e pretendendo comprar droga, faz com que o traficante se exponha. Recebe este voz de prisão em flagrante não pela tentativa de venda, mas pelo já consumado delito de ter consigo substância entorpecente (delito permanente). (NUCCI, 2014, p 279)

Assim problematiza-se qual as balizas de atuação cabível a figura do Agente Disfarçado para que se mantenha a garantia do Direito além de buscar as diferenças deste dos agentes infiltrados e provocador.

Tendo por objetivo cruzar o direito consolidado com a nova figura do Agente Disfarçado criado pela Lei do Pacote Anticrimes e diferenciar este das figuras já conhecidas dos Agentes Infiltrados e Provocador.

Certamente que o aumento desenfreado da criminalidade e a cada vez mais elevada sofisticação das organizações criminosas faz com que sejam necessárias a utilização de meios não convencionais de investigação, e aparentemente, o escopo da Lei nº 13.964/2019 é esse ao apresentar a figura do agente policial disfarçado.

4 ILICITUDE DO FLAGRANTE PREPARADO EM PROL DO VICIO DE VONTADE

Este também tem sido o prisma pelo qual a jurisprudência tem enxergado o flagrante preparado nos crimes permanentes. Prova disto, é que no próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018b) que trata sobre a Súmula Nº 145, é exposto, como exemplo de jurisprudência posterior à publicação da supracitada súmula, o HC

105929, o qual ratificou o entendimento do STJ sobre a licitude do flagrante preparado no crime de tráfico de drogas:

Quanto à segunda alegação, em que requer seja reconhecido o flagrante preparado, tenho para mim ser de todo irreparável a decisão proferida pelo STJ que assentou: 'o fato de os policiais condutores do flagrante terem se passado por consumidores de droga, como forma de possibilitar a negociação da substância entorpecente com o ora paciente e demais corréus, não provocou ou induziu os acusados ao cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo porque o tipo do crime de tráfico é de ação múltipla, admitindo a fungibilidade entre os seus núcleos, consumando-se, apenas, com a guarda da substância entorpecente com o propósito de venda, conforme restou evidenciado na espécie'." (HC 105929, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 24.5.2011, DJe de 6.6.2011)

Ou seja, para a doutrina majoritária, no caso constante do policial se fingir de usuário para comprar drogas nas mãos do traficante, a venda, em si, da droga é um flagrante preparado e, portanto, ilícito; porém, este flagrante preparado ilícito, apesar de incapaz de culminar num processo penal válido, pode ter suas provas aproveitadas para embasar o processo penal pelo porte de drogas com o intuito do tráfico. Este é o "pulo do gato", a doutrina majoritária admite como válida as provas diretamente decorrentes de uma conduta ilícita do representante do Estado, qual seja, a prática do flagrante preparado pelo policial. Isto é um claro desrespeito à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, teoria esta, amplamente respaldada pelo Supremo Tribunal Federal e cuja violação, segundo o próprio STF, enseja em grave lesão aos princípios e garantias fundamentais constitucionalmente tutelados:

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão

a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

É, no mínimo, hipócrita a postura do Supremo Tribunal Federal de simultaneamente considerar, por meio de sua Súmula Nº 145, o flagrante preparado como ilícito e incapaz de ensejar num processo penal capaz de culminar numa sanção penal e, ao mesmo tempo, considerar absolutamente válido o flagrante preparado nos crimes permanentes, ignorando, desta forma, que as provas da consumação pretérita do crime só puderem ser obtidas através de um flagrante preparado, instituto por ele próprio considerado ilícito.

5 LEI ANTIDROGAS E CASOS DE FLAGRANTE

Com a nova Constituição, a política antidrogas brasileira, sob o ponto de vista geopolítico, alinha-se aos Estados Unidos da América. Nos Estados Unidos, líder da política proibicionista, numerosos estudos encomendados pelo governo mostraram que o custo de programas de prevenção do uso de drogas e de tratamento de dependentes é muito mais barato (entre 20 e 10 vezes) e eficaz do que a repressão externa e interna respectivamente (Zaluar, 2004).

O novo diploma legal foi publicado no dia 24 de agosto de 2006 e entrou em vigor no dia 08 de outubro de 2006. A nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) contém os seguintes objetivos:

Introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário,

Eliminar a pena de prisão ao usuário (ou seja, em relação a quem tem posse de droga para consumo pessoal),
Aumentar o rigor contra o traficante e financiador do tráfico,
Distinguir claramente o traficante “profissional” e o “ocasional”,
Apreender, arrecadar, e quando o caso, leiloar os bens evantagens obtidos com os delitos de drogas.

A Nova Lei de Drogas tem seus dispositivos organizados em seis títulos. Suas designações permitem extrair a compreensão inicial da estrutura da Lei, formada por dispositivos versando sobre as disposições preliminares (I), o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas (II), as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas (III), a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas (IV), a cooperação internacional (V) e as disposições finais e transitórias (VI).

Instituiu-se, com a referida Lei, o SISNAD (Sistema Nacional de Política Públicas sobre Drogas), que tem como demanda a tarefa articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira relacionada com a prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes assim como com a repressão à produção e tráfico ilícito de drogas. Evidencia-se que a nova Lei de drogas foi mais branda com o usuário do que as leis anteriores, na Lei 11.343/06, não se comina pena de prisão para o réu, pretende-se que este nem sequer passe pela unidade prisional.

O STF, recentemente, manifestou seu entendimento no Habeas Corpus 103.362:

Ministro reafirma em decisão que preso por tráfico tem direito a liberdade provisória

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Celso de Mello concedeu liminar que permite a um preso por tráfico de drogas aguardar em liberdade provisória o seu julgamento. A decisão foi dada no Habeas Corpus (HC) 103362 e o entendimento do relator é contrário ao que estabelece a Lei 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

Ele citou recente decisão da Segunda Turma do STF segundo a qual impedir que um preso em flagrante por tráfico obtenha liberdade provisória expressa **“afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana”**.

O ministro destacou ainda jurisprudência do Supremo que já advertiu, por mais de uma vez, que “o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões da razoabilidade”.

Destacou que o STF também adverte que a natureza da infração penal não justifica, por si só, a privação cautelar imposta pelo Estado. Portanto, por entender que a decisão de primeira instância não observou os critérios que a jurisprudência do STF firmou sobre a prisão cautelar, o ministro concedeu a liminar ao acusado. HC 97256

Questão semelhante está sendo discutida pelo Plenário da Corte no Habeas Corpus (HC) 97256. O ministro Ayres Britto já votou pela inconstitucionalidade de dispositivos da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) que proíbem a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas. O julgamento foi suspenso, em seguida, por um pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa.

Entretanto, esse pensamento do Ministro Celso de Mello encontra divergência dentro da própria Corte Suprema, conforme decisão do Ministro Joaquim Barbosa no Habeas Corpus 102.81:

Bons antecedentes não afastam caráter hediondo

O Supremo Tribunal Federal negou o pedido de liminar em Habeas Corpus de condenada por tráfico e associação para o tráfico de drogas em Santa Catarina. O ministro Joaquim Barbosa (relator) não aceitou o pedido de progressão da pena de seis anos em regime fechado para semiaberto. Para ele, a primariedade e os bons antecedentes não afastam o caráter hediondo do crime, como argumentava a defesa.

De acordo com os advogados do réu, diante dessas características não caberia ao caso o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado e a possibilidade de progressão da pena somente após o cumprimento de parte da pena – 2/5 se réu primário e 3/5 se reincidente — 1º e 2º do artigo 2º da Lei 8.072/90, de Crimes Hediondos.

No entanto, o ministro destacou que a cabeça do artigo 2º da Lei 8.072/90 equipara o crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos. Ele ainda ressaltou que o texto não traz qualquer ressalva aos casos em que se reconheça a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos). “Logo, ao menos à primeira vista, o reconhecimento dessa causa de diminuição de pena (primariedade e bons antecedentes), por si só, não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”, disse o ministro.

Barbosa explicou, ainda, que a fixação do regime prisional depende não só do montante da pena aplicada, como também da análise das circunstâncias judiciais, “as quais, além de não terem sido questionadas pelo impetrante, não podem ser reexaminadas na via estreita do Habeas Corpus”. Com informações da Assessoria de Imprensa do Supremo Tribunal Federal.

O legislador foi mais benéfico ao usuário na atual lei, mudando a postura da legislação brasileira de sempre tratar o usuário de drogas como um criminoso. De acordo com a Lei 6.368/76, o usuário era reputado como delituoso, sendo punido com pena de detenção de seis meses a dois anos, mais multa. O usuário, com a antiga Lei ficava preso até que fosse paga fiança ou fosse liberado pelo magistrado.

Não há, portanto, um critério objetivo, como uma fórmula matemática para se definir quando o porte de droga se destina a consumo pessoal ou ao tráfico de drogas. A distinção entre traficante e usuário, e suas respectivas sanções gerou uma discussão a respeito do porte de drogas para consumo pessoal: a prática deixou de ser crime e foi, por tanto, descriminalizada? A jurisprudência do STF (RE nº. 430.105 QO/RJ) decidiu que não houve descriminalização das drogas, mas sim uma despenalização do porte de drogas para consumo próprio, já que não há previsão legal de penas privativas de liberdade.

CONCLUSÃO

Sob o modo de ver do Direito Penal, em âmbito geral, a Lei 11.343/06 inovou positivamente o nosso ordenamento jurídico, em especial quando comparado à legislações anteriores, porém pecou em alguns pontos, gerando muitas polêmicas, conforme citado pelo trabalho exposto. A Nova Lei de Drogas veio com a intenção de trazer novidades ao ordenamento jurídico brasileiro, pois este carecia muito de uma nova lei acerca do assunto.

O Pacote Anticrime criou três novos tipos penais, todos com a atuação do agente policial disfarçado, pondo fim, a nosso sentir, à discussão acerca da validade do flagrante diante de delitos praticados por condutas caracterizadoras de crimes instantâneos. Para melhor esclarecer, vamos nos limitar ao crime equiparado ao tráfico ilícito de drogas, embora as mesmas observações valham, perfeitamente, para os delitos do Estatuto do Desarmamento.

Convém, ainda, destacar que a configuração das novas figuras típicas independe da "iniciativa", se a droga (ou arma) foi oferecida pelo criminoso ou solicitada pelo agente policial disfarçado, punindo-se a "venda" e a "entrega" condicionada à conduta criminal preexistente.

Com este trabalho, viu-se, de forma bem explicativa, que o flagrante preparado consiste no ato de estimular alguém a praticar uma infração penal apenas para esta ser presa. Como o agente provocador, imbuído deste propósito, age ao mesmo tempo para impossibilitar o momento consumativo, ficou claro o porquê de tal modalidade doutrinária de flagrante ser considerada crime impossível, entendimento esse de longa data que se consubstanciou na edição da Súmula 145 do STF.

Viu-se, posteriormente, que no delito de tráfico de drogas o assunto flagrante preparado é mais delicado, pois, a depender da situação, embora haja estímulo à prática delitiva, é possível mesmo assim que a prisão se efetue de forma válida, tendo em vista que o aludido crime é de ação múltipla e que algumas condutas são da natureza permanente, ou seja, se protraem no tempo.

Também foram expostas breves considerações acerca da eventual ilicitude da prova obtida do tráfico com tal atitude de induzimento pela polícia.

Por fim, viu-se que o flagrante preparado não se confunde com o flagrante esperado, o qual, ao contrário do primeiro, não possui qualquer ato de induzimento, mas apenas uma postura de aguardo do cometimento da infração, e que por isso é considerado forma válida de prisão, não obstante a doutrina alerte sobre o fato de que existe a possibilidade de o flagrante esperado se tornar ilegal caso configure, no caso concreto, hipótese de crime impossível.

Foi possível verificar com este trabalho, portanto, que o tema apresentado ainda é bastante vivo na doutrina e na jurisprudência, gerando discussões, críticas, e cuja relevância atual é também destacada pelos dois projetos de lei ora abordados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Noberto. **Processo penal**. 6º ed. São Paulo: Método, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 3. ed. revi, atual, e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado De Direito Penal: Parte Geral**, v1. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA NETO, Nilo de Siqueira. **Prisão em flagrante: análise de sua natureza jurídica diante do advento da lei 12.403/11**. Jusbrasil. Teresina, ano 17, n. 3387, out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22769/prisao-em-flagrante-analise-de-sua-natureza-juridica-diante-do-advento-da-lei-12-403-11>>. Acesso em: 01 out. 2022.

FLAGRANTE, **Dicionário Etimológico**, Disponível em: <<http://etimologias.dechile.net/?flagrante>> Acesso em: 24 out 2017.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **O arquivamento do inquérito policial pode ter como base excludente de ilicitude?** Jusbrasil. 2008. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/46268/o-arquivamento-do-inquerito-policial-pode-ter-como-base-excludente-de-ilicitude>>. Acesso: 14 out. 2022.

GRECO, Rogério. **Atividade policial**. 4º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, volume I, tomo II: arts 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 1 v.

- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Do inquérito policial**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 1994.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11º ed. São Paulo: RT, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual De Processo Penal E Execução Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual De Direito Penal**. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense, 2014.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87561>> Acesso em: 21 de abril de 2022.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, notícias STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=123338>
- TRIBUNAL DE JUSTICA, São Paulo ApCrim. no 167.338-3/2, 3a CCrim, j. em 20.03.95, m.v.
- ZALUAR, A. (2004). **Drogas: Um problema no Brasil e no mundo**. Retrieved June 20, 2004, from <http://www.reduc.org.br//pages.php?recid=4>.

ENVELHECIMENTO E PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

LARISSA PEDROSA CASTELO BRANCO:
graduanda em Direito pelo Centro Universitário
FAMETRO

RESUMO: Ao longo da história a estrutura demográfica brasileira foi constituída por populações de baixo crescimento vegetativo, com altas taxas de natalidade e de mortalidade. Por sua vez, no século XX, o país experimentou uma aceleração do crescimento populacional. Tal fato desencadeia mudanças no padrão de demanda por serviços de saúde e no custo de financiamento da previdência social. Nesse contexto, o objetivo central do artigo é verificar o comportamento da taxa de crescimento econômico do Brasil que tende a desacelerar nas próximas décadas, em virtude do envelhecimento populacional. Objetiva-se também analisar a dinâmica demográfica brasileira de 1900 a 2050. A partir da teoria do crescimento econômico, utilizou-se a função de produção do tipo Cobb-Douglas para estimar as taxas de crescimento da produtividade da força de trabalho do país. Com base nessa média estimada e nas projeções populacionais do IBGE simulou-se a taxa de crescimento do PIB entre 2009 e 2050. De acordo com os resultados, verificou-se que o envelhecimento populacional reduzirá a taxa de crescimento econômico, em virtude da menor oferta de trabalho. Concluiu-se que o crescimento da produtividade da força de trabalho provavelmente será insuficiente para estabilizar o custo da saúde pública e da previdência como percentual do PIB.

Palavras-chave: Transição demográfica. Previdência social. Saúde. Crescimento econômico.

ABSTRACT: Throughout history, the Brazilian demographic structure has been constituted by populations with low vegetative growth, with high birth and mortality rates. In turn, in the 20th century, the country experienced an acceleration of population growth. This fact triggers changes in the pattern of demand for health services and in the cost of financing social security. In this context, the main objective of the article is to verify the behavior of Brazil's economic growth rate, which tends to slow down in the coming decades, due to population aging. The research also aims to analyze the Brazilian demographic dynamics from 1900 to 2050. Based on the theory of economic growth, the Cobb-Douglas type production function was used to estimate the growth rates of the productivity of the labor force in Brazil. country. Based on this estimated average and on population projections from the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE), the growth rate of the Gross Domestic Product (GDP) between 2009 and 2050 was simulated. According to the results, it was found that aging population will reduce the growth rate of the economy, due to the lower supply of work. This shortage occurs due to the decrease in the number of young people, that is, the number of workers of retirement age will exceed the number of new entrants into the workforce. It was concluded that growth in workforce productivity is likely to be insufficient to stabilize the cost of public health and pensions as a percentage of GDP.

KEYWORDS: Demographic transition. Social Security. Health. Economic growth.

1 INTRODUÇÃO

O aumento significativo da população idosa, no Brasil, leva ao reconhecimento de um novo risco social, que, segundo a especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, Carolina Veríssimo Barbieri, servidora do Ministério da Previdência Social, é “caracterizado pelo contingente cada vez mais expressivo de pessoas idosas dependentes do auxílio de outras pessoas para efetuarem até as tarefas mais básicas do cotidiano”.

Com base em dados do Censo 2010, o artigo mostra o crescimento da população idosa no Brasil. Naquele ano, diz o estudo, as pessoas com mais de 65 anos representavam 7,4% da população total do país e as com 80 anos ou mais, 1,5%. Pela primeira vez na história, os brasileiros acima dos 30 anos de idade representam mais de 56% da população. De acordo com novos dados do IBGE, o grupo cresceu seis pontos percentuais entre 2012 e 2021, enquanto a faixa mais jovem caiu. O retrato do país deve ficar ainda mais claro com os dados que serão colhidos pelo Censo. O Brasil ainda vive o chamado “bônus demográfico”, quando a população economicamente ativa cresce a taxas superiores à média do país, mas as projeções apontam que isso pode mudar nas próximas décadas. Com uma população mais idosa, cresce a necessidade de investimento em políticas públicas de áreas como saúde e previdência. De acordo com o relatório Perspectivas da População Mundial 2022, da ONU, o Brasil chegará ao fim deste ano como o sétimo país mais populoso, com 215 milhões de habitantes.

Em entrevista à **CNN Rádio**, o demógrafo do IBGE, Márcio Minamiguchi, o país terá o desafio do envelhecimento da população pela frente. “É irreversível, os níveis de fecundidade atuais são baixos, o que significa que a geração dos filhos tende a ser menor do que a dos pais, por isso a gente observa estreitamento da base da pirâmide populacional”, explicou. “Nosso desafio enquanto sociedade é também desenvolver, enquanto não se torna ‘um país velho’, porque depois de já envelhecer o desafio é muito maior.” Em 2050, a proporção esperada de pessoas com 65 anos ou mais é de 22,7%, e a de quem tem 80 anos ou mais, 6,4%.

O artigo mostra que o envelhecimento da população vem acompanhado dos desafios para a sociedade em relação aos cuidados com os idosos. Barbieri explica o conceito de razão de dependência, que quantifica o peso que a população considerada inativa (crianças até 14 anos e idosos de 65 anos ou mais) tem em comparação à população ativa (de 15 a 54 anos). Segundo o estudo, a razão de dependência, no Brasil, considerando-se os idosos, era de 10,8% em 2010 e passará a 35,4% em 2050. “Enquanto em 2010 havia nove pessoas em idade ativa e, potencialmente, com capacidade para trabalhar, para cada idoso, em 2050 serão apenas três para cada idoso”, diz a autora.

Assim, o objetivo desse artigo é argumentar que, mantidas as taxas históricas de crescimento da produtividade da força de trabalho, o crescimento econômico do país passará por uma desaceleração nas próximas décadas, devido à diminuição da oferta de trabalho. Essa desaceleração coincidirá com um aumento da demanda pelos serviços de saúde e pelos benefícios previdenciários por parte da população brasileira. Utilizamos para tanto levantamento bibliográfico e documental, acerca do tema para subsidiar a pesquisa e indagamos o seguinte problema: O número de trabalhadores ativos será suficiente para financiar as aposentadorias dos idosos? O que devemos fazer?

2 SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

A temática em questão está presente em diversas fontes, seja em jornais, notícias televisivas, discussão na Câmara, entre especialistas da área e na academia. Os principais enfoques a cerca desta questão se referem às reformas, à sustentabilidade da previdência, às questões demográficas, econômicas e fiscais. Além disso, o assunto compreende um regime de repartição simples com características de capitalização escritural, na qual as contribuições arrecadadas servem para pagamento de benefícios e obrigações quanto aos seus inativos. Dessa forma, o modelo pressupõe que existirão contribuições que arcarão com as despesas. Somente a partir de 1993 foi que os servidores públicos, vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), começaram a contribuir para a previdência, mesmo sem haver vínculo entre sua contribuição e benefício futuro.

Até 1995 este equilíbrio predominava nas contas do INSS, diferentemente dos servidores atrelados ao RPPS. De 1995 a 2006, este resultado negativo cresce a cada ano, chegando a 3,3% do Produto Interno Bruto (PIB) do total dos dois regimes. Antes a preocupação era com a desproporcionalidade do RPPS. Hoje, a atenção se volta de maneira geral para os dois, em virtude do déficit crescente do RGPS, enquanto que no RPPS, neste intervalo de tempo, permaneceu quase que constante tanto em despesas quanto receitas. Os dados do Ministério da Previdência Social (2010) mostram que o saldo previdenciário em 2009 chegou a R\$ 42,9 bilhões, o que correspondeu a um aumento do déficit de 15,5%, se comparado com o ano anterior. A diferença entre o valor da arrecadação líquida e o total de benefícios foi de R\$ 62,9 bilhões; cerca de 15,3% maior que o déficit de 2008.

Quando da elaboração de propostas para a previdência, diversos especialistas chegaram a uma visão sistêmica do modelo previdenciário vigente. O modelo brasileiro é portador de uma doença endêmica que, com crescente intensidade, está consumindo sua saúde financeira e, com ela, a própria capacidade de geração de recursos públicos. Para tornar esse quadro mais preocupante, basta dizer que a despesa previdenciária caminha para a porcentagem de 16% do PIB, caso não seja feito nada substancialmente consistente e capaz de reduzir progressivamente os riscos previdenciários. Esses 16% compreenderiam mais de 12% do PIB no INSS e outros 4% dos regimes dos servidores públicos (BM&FBOVESPA, 2007).

Outro fator preponderante é a queda da relação entre contribuintes e inativos. De acordo com Santos (2009), existiam em 2009, 1,7 contribuintes para cada 1 beneficiário, enquanto que em 1950 esta relação era de 8 para 1. Isto se deveu principalmente à migração para os centros urbanos e o não acesso à previdência para grande parte da população. O crescimento da base contributiva tem crescido em índices menores que a base beneficiária. Assim, em um sistema onde a geração atual de contribuintes paga os benefícios de uma geração anterior, dependente de recursos provenientes das contribuições para financiar as aposentadorias no presente (que é a divisão entre o número de pessoas com idade entre 20 e 59 anos pelos que tem mais de 60 anos), pode sinalizar, no futuro, um desequilíbrio financeiro das contas previdenciárias. Projeções do IBGE apresentadas pelo MPS (2010) demonstram que em 2027 esta razão deverá ser de 3,4, enquanto que em 2008, para cada pessoa com mais de 60 anos havia 5,8 pessoas com idade entre 20 e 59 anos. Essa dinâmica sinaliza uma queda dos potenciais contribuintes para a previdência social em comparação ao incremento na população de idosos ou potenciais beneficiários.

Levando em consideração a queda dos potenciais contribuintes no futuro e o aumento dos prováveis beneficiários, restam duas alternativas para um bom funcionamento do regime de repartição: aumentar os encargos sobre os mais jovens ou diminuir os benefícios concedidos aos idosos. Esse desequilíbrio estrutural causado nas contas públicas, oriundo dos déficits da previdência social, põe em dúvida os modelos atualmente vigentes no país, gerando incertezas quanto a sua sustentabilidade hoje e, sobretudo, no futuro (BERTUSSI; TEJADA, 2003). Por conta da elevada despesa previdenciária vista no tópico anterior, recursos deixam de ser repassados para áreas como saúde, educação, segurança e infra-estrutura, todas estas essenciais à sustentação do crescimento da economia. Para Rocha e Caetano (2008) surge então a necessidade de aumentar impostos e contribuições para fazer face ao aumento de gastos, o que reduz a abertura de novos negócios e impõe elevado ônus ao setor produtivo, com potencial efeito inibidor sobre o crescimento econômico. A despesa com benefícios previdenciários cresceu 12,7% em 2009, totalizando R\$ 224,9 bilhões. Isso aconteceu devido aos seguintes fatores: reajuste do salário mínimo acima da inflação em fevereiro de 2009, fazendo com que o piso previdenciário aumentasse significativamente; aumento dos benefícios pagos e reajuste em fevereiro de 2009 dos benefícios com valores acima de um salário mínimo.

A Seguridade Social, nos termos do artigo 194 da CF/88, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Já a Previdência Social, de acordo com o artigo 201, também da CF/88, é organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, visando atender a cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada.

Por sua vez, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741) determina que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Já a Lei n. 8213/91, em seu artigo 48, estabelece que a aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher, reduzindo-se para 60 (sessenta) e 55 (cinquenta e cinco) no caso de trabalhadores rurais, exceto os empresários, respectivamente homens e mulheres.

Este marco, 65 e 60 ou 60 e 55 anos, decorre de uma construção social e legal porque nem sempre o segurado desta idade terá sua capacidade laborativa totalmente aniquilada. Depende de cada um, do trabalho desenvolvido, da sua cultura, do meio social. Entretanto, o segurado que completar esta idade e tiver cumprido a carência terá direito à aposentadoria por idade.

A expectativa de vida do brasileiro ao nascer vem crescendo vertiginosamente. De acordo com dados oficiais do IBGE, em 2010, era de 73,48 anos (73 anos, 5 meses e 24 dias), tendo havido um aumento de 0,31 anos (3 meses e 22 dias) em relação a 2009 e de 3,03 (3 anos e 3 dias) em

relação ao ano de 2000. Em 2010 os idosos brasileiros representavam 10% da população brasileira, sendo que até 2030, a população idosa deve chegar a 30%, ano em que, estima-se, a expectativa de vida do brasileiro estará próxima de 80 anos.

O rápido envelhecimento da população brasileira, a expectativa de vida aumentada, a redução da mortalidade infantil e da natalidade, colocam em risco o futuro do sistema previdenciário, que é solidário e participativo, ou seja, os segurados ativos sustentam os inativos.

A previdência social precisa encontrar um mecanismo para aumentar o número de contribuições previdenciárias, seja aumentando a idade para a concessão da aposentadoria, seja concedendo um plus para o segurado aposentado que retornar ao mercado de trabalho, pois, hoje, este, ao retornar, volta a contribuir para a previdência social tendo em vista o nosso sistema solidário e contributivo, mas ele mesmo não se beneficiará desta nova contribuição previdenciária, salvo eventual desaposentação.

Como vamos lidar com o envelhecimento da população? Viveremos mais no futuro? Até que idade deveremos ou poderemos trabalhar? Os empregadores estão preparados para manter em seus quadros trabalhadores idosos? Um país de idosos, logo, de mais aposentados, requer uma mudança de pensamento e comportamento da sociedade. As cidades e empresas deverão providenciar as adaptações arquitetônicas, espaços físicos inteligentes, o que hoje, caso seja do interesse do empregador, deverá ser por ele custeado.

A questão, à primeira vista parece assustadora a ponto de nos esquecermos que a população envelhece porque melhora a qualidade de vida, o que influencia na longevidade. Este aumento na expectativa de vida demonstra claramente que estamos no caminho certo, diminuindo a taxa de mortalidade e dando melhores condições de vida para os idosos, mas em contrapartida, este envelhecimento impacta profundamente a previdência social.

Devemos repensar o modelo previdenciário brasileiro e ajustá-lo a realidade que em breve viveremos. Os empresários também deverão procurar soluções porque se a pirâmide está se invertendo de forma a constar em sua base os idosos, deverão considerar a ideia de mantê-los em seus quadros, o que hoje, normalmente não acontece, pois acabam se aposentando ao completar a tão esperada idade.

Se o nosso sistema previdenciário já enfrenta sérios problemas, como faremos então em 2030, quando, espera-se, a população já será idosa? A busca por soluções ou respostas deverá ser o foco de toda a sociedade, pois as mudanças são anunciadas e se não começarmos a agir agora não haverá um prazo razoável de transição para que a sociedade encontre o seu rumo diante desta futura nova realidade.

2.1 Envelhecimento populacional

O envelhecimento da população acende alerta para a previdência. O Censo 2010 confirmou uma tendência irreversível de envelhecimento da população. A cada ano, nascem menos brasileiros, enquanto a expectativa de vida no país só aumenta. Estas são boas notícias, vindas no embalo de

avanços sociais importantes, como a diminuição das taxas de mortalidade - sobretudo a infantil - e do planejamento familiar, mas significa um desafio a ser enfrentado com urgência.

A proporção de idosos vem crescendo a cada novo censo. As pessoas acima de 65 anos correspondiam a 4,8% da população, em 1991, passaram para 5,9%, em 2000, e agora chegam a 7,4%, ou 14 milhões. No mesmo período, o grupo 0 a 14 anos passou de 34,7% para 29,6% e, finalmente, 24,1%. Mantido esse ritmo, em poucos anos será impossível sustentar o já quase insustentável sistema de aposentadorias e pensões da Previdência Social.

É preciso agir enquanto é tempo. A população em idade economicamente ativa (15-64) ainda é cerca de 10 vezes maior do que a de idosos - uma situação definida tecnicamente como "bônus demográfico". Mas essa proporção deve cair drasticamente nas próximas décadas. Em 2010, os adultos somavam 130.742.024 contra 14.081.480 maiores de 65. A pirâmide etária do Brasil passa por um período de transição que, segundo projeções da ONU, levará o país a um cenário bastante próximo da França atual. O Brasil de 2050 teria 62,8% da sua população em idade economicamente ativa (15-64) contra 22,5% com mais de 65 anos. Ou seja, a proporção entre jovens e idosos cai a menos de um para três. Essas proporções se assemelham às da França em 2005, quando 65,1% dos habitantes estavam em idade ativa e 16,5% eram idosos.

Para o demógrafo José Eustáquio Diniz Alves, do IBGE, a época ideal para promover a reforma da previdência até já passou. "Mas nunca é tarde. É isso ou a bancarrota", afirma o pesquisador. Alves atenta que algumas medidas paliativas podem adiar os efeitos do atraso na reforma previdenciária. Um eventual crescimento econômico prolongado pode permitir que a população ativa, mesmo reduzida, consiga bancar os gastos previdenciários com os idosos. Outra solução temporária seria a formalização da grande massa de trabalhadores que não contribui para a previdência. E, por fim, a pior opção: o governo recorrer aos fundos do Tesouro Nacional para arcar com o déficit previdenciário.

2.1.1 Contexto mundial do envelhecimento populacional

O envelhecimento populacional é um fenômeno mundial que vem se manifestando de forma rápida e distinta nos países, trazendo grandes desafios para as políticas públicas em assegurar a continuidade do processo de desenvolvimento econômico e social, garantindo a equidade entre os grupos etários na partilha dos recursos, direitos e responsabilidades sociais. Consequência da sobremortalidade masculina.

Segundo os dados do perfil dos idosos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2000), em 1950 havia cerca de 204 milhões de idosos no mundo, e em 1998 - quase cinco décadas depois - este contingente alcançava 579 milhões de pessoas, um crescimento de quase 8 milhões de pessoas idosas por ano. As projeções indicam que, em 2050, a população idosa será um montante equivalente à população infantil de 0 a 14 anos de idade. Essa evolução do envelhecimento de uma população pode ser explicada através do aumento quantitativo da população idosa e seu peso relativo em comparação a outros grupos etários, além das maiores probabilidades de sobrevivência e das tendências da mortalidade. Sendo assim, podemos

considerar o envelhecimento populacional como o crescimento mais elevado da população idosa em relação à população total, resultante da redução da natalidade e da mortalidade.

2.1.2 Transição demográfica brasileira

Na década de 1970 o crescimento populacional começou a desacelerar, tendência que ficou mais clara a partir da década de 1980. A proporção de brasileiros com até 15 anos, que se manteve acima de 42% de 1940 a 1970, caiu para 38% em 1980 e para próximo de 30% em 2000.

Esta faixa começou a diminuir em termos absolutos já na década de 1990 e seu peso na população continuará decrescente ao longo do período da projeção.

Para a faixa com 65 ou mais foram necessários 60 anos para sua participação no total passar de 2,4% em 1940 para 5,4% em 2000. Mas, em apenas 40 anos, a proporção mais que triplicará, de 6,8% em 2010 para 22,7% em 2050. Esta faixa aumentará em 36 milhões de pessoas entre 2010 e 2050

Enquanto a população na faixa de 15 a 64 anos crescerá em 7,5 milhões. A população total passará de 193,3 milhões em 2010 para um máximo de 220 milhões no final da década de 2030 e doravante declinará em números absolutos.

A faixa 15-64 anos ficou estável entre 1940 e 1970, representando cerca de 55% da população. Em 1980, a proporção cresceu para 58% e atingirá um máximo de 70% na década de 2020. O grupo começará a diminuir absolutamente a partir da década de 2030. Como resultado, ocorrerá notável mudança na estrutura etária da população.

Considerando-se que a faixa etária de 15 a 64 anos é a que concentra a força de trabalho, o fato de que esta atingirá seu tamanho máximo tanto em números absolutos como em proporção às outras faixas etárias nas próximas duas décadas, representa oportunidade única para o país acelerar seu crescimento econômico.

Apesar de ser um país de renda média pelos critérios do Banco Mundial, a expectativa de vida no Brasil se parece com a de países desenvolvidos. Em 1996 residiam cerca de 22 mil pessoas com idade de cem anos ou mais no país, cerca de 65% delas, mulheres (CAMARANO, 1999). A idade não é um fator que homogeneiza as condições entre os sexos. À medida que envelhecem, homens e mulheres se tornam menos parecidos.

Em todas as sociedades modernas, mesmo nas não desenvolvidas, verifica-se maior sobrevivência e longevidade feminina (GOLDANI, 1999). Embora a razão de dependência venha a cair nos próximos anos, sua composição mudará radicalmente, com reflexos sobre a força de trabalho, o sistema previdenciário e o sistema de saúde pública.

Supondo-se relativa estabilidade das taxas de participação no mercado de trabalho da população segundo o sexo e a idade, a diminuição do número de jovens implicará na redução da força de trabalho, já que o número de trabalhadores em idade de se aposentar passará a superar o de novos ingressantes na força de trabalho.

A sustentabilidade do sistema previdenciário enfrentará dois problemas: A possível diminuição das receitas vinculadas aos salários e o aumento da demanda por benefícios de aposentadoria e pensão. A Constituição garante a irredutibilidade do valor dos benefícios e vincula o piso previdenciário ao salário mínimo (o que, na prática significa a superindexação de boa parte do estoque de benefícios, dada a política de reajustes do salário mínimo acima da inflação).

Finalmente, o envelhecimento populacional, ilustrado pela elevação acentuada do índice de envelhecimento nas próximas décadas, mudará o padrão da demanda por serviços de saúde. Sabe-se que a população idosa demanda significativamente mais serviços médicos e hospitalares (SPENCE, 1989).

Embora numerosos tratamentos para doenças crônicas, mais frequentes entre os idosos, venham sendo desenvolvidos (GOLDMAN, 2005), parece haver tendência de aumento da sobrevivência, porém com concomitante aumento da morbidade (FRIES, 1980 e SPENCE, 1989). Isso se traduz em aumento no custo per capita com saúde. Em suma, o envelhecimento populacional aumentará o custo de financiamento da seguridade social, ao mesmo tempo que diminuirá a oferta de trabalho.

2.1.3 Políticas de atenção a pessoa idosa

No caso brasileiro, o processo teve início a partir da década de 40 - com a queda da taxa de mortalidade devido ao advento dos antibióticos, juntamente com as melhorias no saneamento básico - e a partir da década de 60, com a redução da taxa de fecundidade. Segundo Camarano, "o envelhecimento populacional brasileiro pode ser traduzido no aumento da proporção da população de 60 anos e mais no total da população brasileira" (CAMARANO, 1999, p. 1).

Até pouco tempo o Brasil era considerado um país jovem, mas nas últimas décadas o perfil da pirâmide etária foi modificando e hoje temos um aumento significativo da população idosa, levando os governantes a criar e reestruturar as políticas públicas voltadas para esse segmento. Conforme aponta Camarano, a incorporação das questões referentes ao envelhecimento populacional nas políticas brasileiras foi fruto de pressões e influência da sociedade civil, onde destacam-se a criação da Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia em 1961, que tinha um dos seus objetivos "estimular iniciativas e obras sociais de amparo à velhice e cooperar com outras organizações interessadas em atividades educacionais, assistenciais e de pesquisas relacionadas com a Geriatria e Gerontologia" (CAMARANO, 2004, p. 264) e os Grupos de Convivência do SESC em 1963, cuja preocupação inicial com o desamparo e a solidão dos comerciários aposentados deflagrou uma política dirigida ao idoso. O SESC, criado em 1946, pelo decreto-lei nº 9.853 com a finalidade de promover o bem-estar social do comerciário e de sua família, tinha como objetivo principal a valorização e a promoção da pessoa humana.

A ação do SESC com os idosos iniciou-se na década de 60 e revolucionou o trabalho de assistência social ao idoso, na deflagração de uma política voltada para as pessoas idosas. Isso se deve ao fato de que as instituições que cuidavam da população idosa na época eram apenas voltadas para o atendimento asilar. As políticas sociais para idosos eram encaminhadas - como as

demais questões sociais - através de ações assistencialistas, sendo o asilamento a única política pública concreta para esse segmento da população.

Nos anos 70, houve uma iniciativa do Governo Federal em prol dos idosos, com a criação de dois tipos de benefícios não contributivos: as aposentadorias para os trabalhadores rurais e a renda mensal vitalícia para os necessitados urbanos e rurais com mais de 70 anos que não recebiam benefício da Previdência Social e não apresentavam condições de subsistência. Costa (2002, p. 1078) ressalta que: a partir do ano de 1974, ocorre a primeira iniciativa do governo federal na prestação de assistência ao idoso, através do Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS, desenvolveu-se ações preventivas nos Centros Sociais do Instituto Nacional de Previdência Social - INPS. Essas ações tinham por objetivo o pagamento da internação custo-dia, restrita aos seus aposentados e pensionistas, a partir de 60 anos de idade, em sistema de asilamento.

No ano de 1975, pode-se considerar a ocorrência do primeiro movimento de uma política social para a velhice com a criação do Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS, que privilegiava as questões voltadas à saúde, à renda, e à prevenção do asilamento.

Em 1976, o MPAS criou o primeiro documento Diretrizes para uma Política Nacional para a Terceira Idade, que traçava diretrizes para uma política social para a população idosa, fruto das conclusões de três seminários regionais com a colaboração do SESC/SP, ocorridos em São Paulo, Belo Horizonte e Fortaleza, além de um Seminário Nacional sobre Política Social da velhice, ocorrido em Brasília, que tinham o objetivo de identificar as condições de vida da população idosa brasileira e o apoio assistencial existente para atender as suas necessidades. Nesse mesmo período, o governo propôs reformulações e coube à Legião Brasileira de Assistência Social (LBA) a responsabilidade de desenvolver os programas de assistência social, inclusive o de assistência ao idoso. A ação da LBA ocorreu através de dois projetos principais: o conviver e o asilar, que por meio de convênios de cooperação técnica e financeira, revitalizaram os equipamentos públicos e privados de atenção ao idoso.

Até a década de 80, as políticas destinadas à população idosa centravam suas ações na garantia de renda e assistência social através do asilamento para os idosos em risco social; àqueles que tinham melhores condições sócio-econômicas não eram oferecidos programas ou serviços de qualquer natureza. Essa década - ainda que as grandes questões sobre o envelhecimento não tenham sido objeto de ações governamentais - representou um período absolutamente rico, em que os idosos começaram a se organizar e em que surgiram às primeiras associações de idosos no Brasil. Foi também nesse período que a sociedade científica iniciou os primeiros estudos gerontológicos e realizou inúmeros seminários e congressos, sensibilizando dessa forma, os governos e a sociedade para a questão da velhice.

A partir da Assembléia em Viena, no ano de 1982 - que propõe uma mudança de visão do papel do idoso na sociedade, adotando o conceito do envelhecimento saudável as políticas para a população idosa brasileira, que era voltada para os idosos dependentes e vulneráveis, começam a mudar por influência internacional, adotando um conceito positivo e ativo de envelhecimento, sendo a pessoa idosa o protagonista das ações. O Brasil passou então a adotar em sua agenda o

tema do Envelhecimento Saudável, culminando com a incorporação do tema no capítulo referente às questões sociais da Constituição Federal do Brasil, do ano de 1988.

A Constituição considerou algumas orientações da Assembléia de Viena e introduziu o conceito de seguridade social, alterando o vínculo da rede de proteção social, que era apenas social-trabalhista e assistencialista para adquirir uma conotação de direito de cidadania. O acesso à saúde e à educação também foi garantido a toda a população, além da assistência social para a população necessitada. E ainda, a Constituição Federal do Brasil, no Capítulo VII Artigo 230 (BRASIL, 1992, p. 103), ressalta que: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Dessa forma, a Constituição responsabiliza a família no amparo ao idoso, assegurando sua participação e convívio familiar e comunitário, que também é retratado na Política Nacional do Idoso - PNI (BRASIL, 1998, art.3º) e no Estatuto (art.3º). Essa responsabilização da família foi positiva para o idoso, devido ao aumento da proporção de famílias com idosos residindo e convivendo com outras gerações.

A Constituição de 88 estabelece também, no título VIII Da Ordem Social, Capítulo II Da seguridade Social, na Seção IV Da Assistência Social, no art. 203 (BRASIL, 1992, p. 93): “A Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e a velhice”. Os artsº 203 e 204 garantem aos mais velhos um sistema de proteção social e incorpora algumas orientações da Assembléia de Viena.

Embora a Constituição promulgada em 1988 tenha registrado, pela primeira vez na história brasileira, que a proteção social ao idoso é um dever do Estado e um direito de todo o cidadão ocorreram poucos avanços e muitos retrocessos em termos de política social. Entretanto, os movimentos de idosos já organizados e a ação de algumas entidades como o SESC, não só mantiveram vivo o debate sobre a necessidade de políticas de atenção à velhice, como realizaram demandas significativas, que contribuíram para a visibilidade aos velhos e a suas condições devida.

Nos anos 90, é formulada a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, que regulamenta os artigos 203 e 204 da Constituição Federal e dispõe em seu art. 1º a Assistência Social como um direito do cidadão e dever do Estado e no art. 2º - ao retratar os objetivos da Assistência Social - garante ao idoso a proteção e um salário mínimo de benefício. Ainda no art 2º inciso V (BRASIL, 2001, p. 197) proclama a: “garantia de um salário mínimo de benefício mensal, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”. Esse benefício mensal, intitulado Benefício de Prestação Continuada – BPC é destinado aos idosos com 65 anos ou mais e às pessoas portadoras de deficiência incapacitadas para o trabalho e para a vida independente. Em ambos os casos, a renda familiar per capita dos beneficiários devem ser inferior a ¼ do salário

mínimo. Nos dias atuais, o idoso de famílias de baixa renda tem um importante papel na família, pois os benefícios sociais que recebe complementam a renda familiar ou, muitas vezes, é a única renda.

A construção do direito da Assistência Social é recente na história do Brasil. Durante muitos anos a questão social esteve ausente das formulações de políticas no país. O grande marco é a Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã, que confere, pela primeira vez, a condição de política pública à assistência social, constituindo, no mesmo nível da saúde e previdência social, o tripé da seguridade social que ainda se encontra em construção no país. A partir da Constituição, em 1993 temos a promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), no 8.742, que regulamenta esse aspecto da Constituição e estabelece normas e critérios para organização da assistência social, que é um direito, e este exige definição de leis, normas e critérios objetivos. Esse arcabouço legal vem sendo aprimorado desde 2003, a partir da definição do governo de estabelecer uma rede de proteção e promoção social, de modo a cumprir as determinações legais. Dentre as iniciativas, destacamos a implementação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), em 2005, conforme determinações da LOAS e da Política Nacional de Assistência Social. É o mecanismo que permite interromper a fragmentação que até então marcou os programas do setor e instituir, efetivamente, as políticas públicas da área e a transformação efetiva da assistência em direito.

No ano de 1994, ainda sob influência dos debates nacionais e internacionais sobre a questão do envelhecimento, foi aprovada a Lei nº 8.842 da Política Nacional do Idoso – PNI (BRASIL, 1998), inspirada no princípio de que o idoso é um sujeito de direitos e deve ser atendido de maneira diferenciada em suas necessidades físicas, sociais, econômicas e políticas. A PNI tem como objetivo assegurar ao idoso seus direitos sociais, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Reconhece a questão da velhice como uma questão prioritária no contexto das políticas sociais brasileiras e objetiva criar condições para promover a longevidade com qualidade de vida, colocando em prática ações voltadas não apenas para os que estão velhos, mas também para aqueles que vão envelhecer. No art. 2º - considera-se idoso a pessoa maior de 60 anos de idade. No Capítulo I – Da Finalidade, estabelece o objetivo no art. 1º: A Política Nacional do Idoso tem por objetivo assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida.

A PNI criou normas para os direitos sociais dos idosos, garantindo autonomia, integração e participação efetiva como instrumento de cidadania. Essa lei foi reivindicada pela sociedade, sendo resultado de inúmeras discussões e consultas ocorridas nos estados, nas quais participaram idosos ativos, aposentados, professores universitários, profissionais da área de gerontologia e geriatria, contando com várias entidades representativas desse segmento. Entretanto, essa legislação não foi eficientemente aplicada. Isso se deve a vários fatores, que vão desde contradições dos próprios textos legais até o desconhecimento de seu conteúdo. Ressaltamos que a coordenação da Política do Idoso é de competência do órgão ministerial responsável pela assistência e promoção social, com a participação do conselho nacional, dos conselhos estaduais, do distrito federal e dos conselhos municipais do idoso, conforme aponta o art. 5º. Na área de atenção à saúde, em 1999 o Ministério da Saúde elaborou a Política Nacional de Saúde do Idoso- PNI, através da portaria nº

1.395/GM. A política possui dois eixos norteadores: medidas preventivas com especial destaque para a promoção da saúde e atendimento multidisciplinar específico para o idoso.

Após sete anos de tramitação no Congresso Nacional, em 2003 foi sancionado o Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003 - que tem o propósito de assegurar os direitos consagrados pelas políticas públicas voltadas à pessoa idosa, com uma visão de longo prazo ao estabelecimento de medidas que visam o bem-estar dos idosos (BRASIL, 2004).

O Estatuto veio fortalecer e ampliar os mecanismos de controle das ações desenvolvidas, em âmbito nacional e complementar à lei que instituiu a PNI. O documento possui 118 artigos que versam sobre áreas dos direitos fundamentais e das necessidades de proteção dos idosos, reforçando as diretrizes da PNI.

O universo da ação do Estatuto está pautado em princípios éticos, priorizando o atendimento das necessidades básicas e a manutenção da autonomia como conquista dos direitos sociais. O atendimento se compõe de serviços de atenção à saúde e assistência social, benefícios permanentes e eventuais, programas educacionais para o envelhecimento, restabelecimento da participação social, e uma gama considerável de ações que objetivam a promoção social desse grupo etário.

O estatuto representa um passo importante da legislação brasileira na sua adequação às orientações do Plano de Madrid, ao cumprir o princípio referente à construção de um entorno propício e favorável para as pessoas de todas as idades.

Apesar das políticas sociais de atenção às pessoas idosas brasileiras retratarem o envelhecimento populacional brasileiro e assegurarem as necessidades básicas e a proteção dos direitos humanos, sua implementação ainda está distante da realidade, restando um longo caminho para viabilizar a cidadania do idoso. Acreditamos que para a concretização das Políticas para Idosos é necessário em primeiro lugar que o idoso seja o protagonista de suas ações pela luta de seus direitos. Como também, o Estado deve realizar parcerias com a sociedade civil, visando criar estratégias de atuação, para viabilizar serviços de atenção ao idoso.

3 CONCLUSÃO

As projeções populacionais indicam que a população brasileira está envelhecendo. O tema apresentado neste trabalho sugere que, se a taxa de crescimento da produtividade se mantiver próxima da sua média histórica, esse envelhecimento se traduzirá na desaceleração do crescimento da economia, devido à menor oferta de trabalho.

A manutenção do crescimento econômico pela continuidade do crescimento da força de trabalho poderia ser obtida com a imigração ou com a elevação da fecundidade, mas não parece realista esperar que elas ocorram, pelo menos não com a intensidade necessária para reverter o envelhecimento populacional em curso. Há ainda outro modo para se manter o crescimento econômico: a elevação da produtividade da força de trabalho.

Há, porém, duas dificuldades práticas com esta última alternativa. A primeira é que a aceleração da taxa de crescimento da produtividade dependeria de um nível de investimento em capital fixo, em infraestrutura e em qualificação da força de trabalho que provavelmente está além da capacidade do país. Mesmo que não se considere retornos decrescentes sobre o investimento para a manutenção de uma dada de crescimento da economia, este teria que ser realizado em níveis crescentes, apenas para compensar a diminuição do número de trabalhadores.

A segunda dificuldade reside no ato de que a contrapartida da diminuição da força de trabalho é o aumento da população idosa e, portanto, da demanda por serviços de saúde e do estoque de benefícios previdenciários. Para estabilizar o custo da saúde e da previdência como percentual do PIB, o crescimento econômico teria que se acelerar nas próximas décadas e não apenas ser mantido.

Parece mais provável o cenário no qual o envelhecimento populacional produz aumento da demanda por serviços de saúde pública e gera elevação do estoque de benefícios previdenciários, ao mesmo tempo em que o crescimento econômico desacelera em relação à sua média histórica. O efeito disso será a elevação progressiva do custo da saúde e da previdência como percentual do PIB. Dessa forma, para que se garanta a sustentabilidade da seguridade social, é necessário que se comece desde já a reformá-la, adaptando-a a nova realidade demográfica.

A Previdência Social Brasileira está organizada em diversos regimes. Cada um deles possui regras próprias tanto em sede constitucional como infraconstitucional. A proteção previdenciária é prestada de acordo com a previsão legal onde estão determinados os respectivos beneficiários, a forma de financiamento e as prestações a que fazem jus os segurados. Assim, por exemplo, não se pode confundir as regras da aposentadoria do servidor público e dos trabalhadores da iniciativa privada. Enquanto para os servidores públicos o benefício é concedido a partir da combinação de vários requisitos como tempo de serviço, de contribuição, tempo no cargo e idade, para a iniciativa privada ou se aposenta por tempo de contribuição ou se aposenta por idade, não há a combinação dos dois requisitos. Sendo diferentes os sistemas, é preciso entender a forma de organização de cada um. A Constituição Federal procurou organizar o sistema previdenciário de forma que a proteção fosse estendida à maior parte possível da população, assim, a partir das peculiaridades de cada segmento social, a previdência foi constituída de forma a abranger a proteção aos riscos sociais peculiares a cada ocupação.

Na esteira dos países desenvolvimentos, o Brasil caminha para se tornar um País de população majoritariamente idosa. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o grupo de idosos de 60 anos ou mais será maior que o grupo de crianças com até 14 anos já em 2030 e, em 2055, a participação de idosos na população total será maior que a de crianças e jovens com até 29 anos.

A tendência de envelhecimento da população já foi observada no Censo de 2002 e ganhou força nos últimos dez anos. Em comparação com o último Censo, verifica-se que a participação do grupo com até 24 anos de idade cai de 47,4% em 2002 para 39,6% em 2012. Essa mudança também fica clara no aumento da idade medida da população, que passou de 29,4 anos em 2002 para 33,1 anos em 2012.

Um número importante para entender o crescimento da população idosa é a razão de dependência total, que leva em conta o quociente de pessoas economicamente dependentes e o de potencialmente ativas, dividido entre dependência de jovens e dependência de idosos. Entre 2002 e 2012 aumentou de 14,9 para 19,6 a razão de pessoas de 60 anos ou mais para cada grupo em idade potencialmente ativa. A expectativa é que esse número triplique nos próximos 50 anos, chegando a 63,2 pessoas de 60 anos ou mais para cada 100 em idade potencialmente ativa em 2060.

Os idosos, segundo a pesquisa, são em sua maioria mulheres (55,7%) brancas (54,5%) e moradores de áreas urbanas (84,3%) e correspondem a 12,6% da população total do País, considerando a participação relativa das pessoas com 60 anos ou mais. Os números do IBGE mostram ainda que a principal fonte de rendimento dos idosos de 60 anos ou mais foi a aposentadoria ou a pensão, equivalendo a 66,2%, e chegando a 74,7% no caso do grupo de 65 anos ou mais.

4 REFERÊNCIAS

BERTUSSI; Luis Antônio Sleimann e TEJADA, César A. O. Conceito, estrutura e evolução da previdência social no Brasil. Teoria e Evidencia Econômica. V. 11 nº. 20. Passo Fundo. Maio 2003.

BM&FBOVESPA - Ministério da Previdência Social. v. 24, 2007.

BRASIL – 1992, Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm

BRASIL - 2001, Presidência da República. Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, publicada no DOU de 8 de dezembro de 1993:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm

BRASIL - 2004, Estatuto do Idoso, lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm

CAMARANO, Ana Amélia et alli, Como Vive o Idoso Brasileiro in: CAMARANO (org). Muito Além dos 60: os novos idosos brasileiros, IPEA, Rio de Janeiro, (1999).

CAMARANO, Ana Amélia ET alli, Como Vive o Idoso Brasileiro in: CAMARANO, A.A. (org). Os novos idosos brasileiros muito além dos 60? Rio de Janeiro, IPEA, 2004, P. 264.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

COSTA, N.E; MENDONÇA, M.J.; ABIGALIL, A. Política de Assistência ao idoso: A construção da política nacional de atenção à pessoa idosa, 2002, P. 1078.

FRIES, James F. Aging, Natural Death, and the Compression of Morbidity. *New England Journal of Medicine*, Boston, v. 303, 1980.

GOLDANI, Ana Maria. Mulheres e envelhecimento: desafios para os novos contratos intergeracionais e de gêneros. In: CAMARANO (org). *Muito Além dos 60: os novos idosos brasileiros*, IPEA, Rio de Janeiro, 1999, P. 1.

SPENCE, Alexander P. *Biology of Human Aging*. Englewood Cliffs: Prentice- Hall, 1989.

GOLDMAN, GOLDMAN, Lee; AUSIELLO, Dennis. *CECIL: Tratado de Medicina Interna*. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Plano de Ação Internacional para o Envelhecimento. Brasília 2007. PEREIRA, P. Formação social, política social e o fenômeno do envelhecimento.

<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/envelhecimento-populacional-previdencia.htm>

<http://www.ambito-juridico.com.br>

<http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/12/amm.html>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm

<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/envelhecimento-da-populacao-do-brasil-e-irreversivel-diz-demografo-do-ibge/>

<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/podcast-e-tem-mais-dados-do-ibge-apontam-envelhecimento-dos-brasileiros-e-desafios-para-o-futuro/>

<https://www.legjur.com/legislacao/art/cf8800000001988-203>