

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1013

(Ano XIII)

(08/05/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Interrogatório de foragido por videoconferência?
Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

A (im)prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário
Emanuel Messias Barboza Moura Neto, 14.

Lei de improbidade administrativa e crimes de responsabilidade: a sujeição dos agentes políticos aos regimes sancionatórios
Matheus François Viana Cavalcante, 25.

A reforma trabalhista e a nova modalidade de trabalho denominada trabalho intermitente
João Ernesto Lima de Oliveira, 50.

Os limites e alcance das medidas executivas atípicas, no CPC/2015.
Maria Milena e Silva Lima e Raylson Ribeiro Morais, 70.

Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher no Brasil: e a Aplicação da Lei Maria da Penha
Juliana Fernandes Maia, 90.

Teoria da imprevisão x teoria da onerosidade excessiva, aplicação na seara contratual, no período da Covid-19
Magda Fernanda Xavier da Silva, 109.

A cultura do Cancelamento, como máscara da intolerância
Marcos Antonio Duarte Silva, 115.

A intervenção do Estado quanto à obrigatoriedade da vacinação nas crianças e adolescentes
Sirleide Rodrigues Coelho, 129.

Terceirização: aplicabilidade no sistema prisional à luz da constituição federal
Rafael de Souza Veras, 150.

Ação de investigação de paternidade: demanda e ajuizada contra os avos contra os avos maternos.

Anderson Souza Castro, 168.

Responsabilidade de dispositivos eletrônicos para pessoas com deficiência auditiva no ambiente escolar

Clivia Cristina Martins Donza Benicio, 180.

A garantia do direito à saúde por meio da judicialização de leito hospitalar no SUS

Vânia Maria Alves de Sousa, 150.

Limites do pacto antenupcial: da (im)possibilidade de cláusula penal por traição no pacto antenupcial

Franciele Barbosa Santos, 210.

Pornografia de vingança: uma breve análise das leis brasileiras sobre crimes digitais

Luiz Carlos Cavallari de Souza, 221.

Feminicídio e violência doméstica no Brasil

Gabriela Caldeira de Souza, 240.

Reestruturação da polícia no Brasil

Alex Campos Lins, 255.

Isonomia Tributária na Era da 4ª Revolução Industrial

Bruno da Silva Batalha, 266.

As vantagens do trabalho intermitente

Norma Corrêa, 276.

A atuação do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres da Defensoria Pública na 6ª Jornada da Moradia Digna (2017-2018): desafios e possibilidades

Rachel de Miranda Taveira e Priscila dos Santos Rodrigues, 294.

Princípio da capacidade contributiva no Direito Tributário brasileiro

Bárbara Roberta Castro Oliveira, 328.

O cumprimento imediato das sentenças nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

Danilo França Falcão Pedrosa, 343.

A Revisão Criminal no Tribunal do Júri face ao Princípio da Soberania dos Veredictos

Lucas Amadeu Lucchi Rodrigues, 348.

Aspectos jurídicos da abordagem policial mediante os decretos governamentais que restringem a liberdade de locomoção

Jarday Bello Vieira, 367.

Garantia do direito à educação da criança autista

Caroline Guimarães Aúco, 385.

Execução Fiscal Contra a Sociedade Empresária: Crédito Tributário Definitivamente Constituído na Esfera Federal

Carmen Ferreira Saraiva, 400.

Recuperação Judicial

Angelo Eduardo Cavenage, 425.

A sucessão dos bens digitais e o Projeto de Lei 5.820/2019

Bruna Silva Alencar, 450.

Julgamento do pedido de aposentadoria por idade rural por falta de provas: proteção social do trabalhador e mitigação da coisa julgada

João Paulo Monteiro de Lima, 470.

A falta de estrutura do sistema prisional brasileiro como fator de violência aos direitos humanos

Tayara Hatimonji Candeia, 473.

As inelegibilidades por demissões do serviço do serviço público e o estágio probatório

Tadeu Lima Figueiredo Paim, 489.

INTERROGATÓRIO DE FORAGIDO POR VIDEOCONFERÊNCIA?

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

O dia a dia policial e forense é um manancial de experiências inusitadas praticamente inesgotável, exigindo daqueles que atuam nas lides jurídicas capacidade de adaptação, criatividade e solução de problemas muitas vezes inéditos. Essa insegurança constante é, concomitantemente, um problema extremamente desafiador e uma fonte de crescimento e acúmulo de experiências e conhecimento.

Sem apontar nomes ou lugares, é fato que um pedido incomum ocorreu em sede de Inquérito Policial e poderia ter acontecido na fase processual. Um investigado contra o qual pende mandado de prisão, estando foragido, mas com advogado constituído, acompanhando o feito, requereu à Autoridade Policial prestar interrogatório por meio de videoconferência para que não precisasse se apresentar na Delegacia e ser preso para poder exercer seu direito de autodefesa.

Eis a questão: seria possível deferir esse pedido de interrogatório de foragido por videoconferência?

A questão pode comportar alegação de cerceamento de exercício da ampla defesa, ainda que em fase de investigação, mais especificamente, como já mencionado, sob o aspecto da autodefesa. Acaso o pedido tivesse sido feito em juízo, já na fase processual, com intensificação da ampla defesa e do contraditório, tal alegação poderia, ao menos aparentemente, ganhar ainda mais força.

Acontece que o pedido do foragido por meio de seu defensor é algo incomum, justamente porque ausente previsão legal para tal caso. Trata-se daquilo que Delmanto chama de “atipicidade processual penal”. [1]

A previsão legal do ato do interrogatório por meio de videoconferência é excepcional e se refere ao “**preso**”, não havendo qualquer menção

de “**foragido**” (inteligência do artigo 185, §§ 2º. e 8º., CPP – sempre com menção a “réu preso” e a “pessoa que esteja presa”). Casos excepcionais, como uma pandemia ou algum motivo justo poderiam ensejar a adaptação dessa modalidade de interrogatório ao indiciado ou réu **solto**, desde que com a anuência dele e de seu defensor, já que também não existe previsão expressa. [2]

Observe-se que a falta do interrogatório no processo é considerada como nulidade quando este se faz “**presente**”, nos termos do artigo 564, III, “e”, CPP. Ainda assim há discussão sobre ser essa nulidade absoluta ou relativa, sendo fato que os Tribunais Superiores têm apontado para a relatividade da nulidade, *especialmente nos casos de réus revéis ou foragidos* (v.g. HC 68.490 STF; HC 73.344 STJ e HC 73.827 STJ).

O artigo 185, CPP é expresso em estabelecer que o réu “**que comparecer perante a autoridade**” será interrogado. Ou seja, pressuposto para o ato do interrogatório é o *comparecimento do indiciado ou réu*. Por isso é até possível adaptar, excepcionalmente, o interrogatório por videoconferência no caso do “**réu ou indiciado solto**”, eis que se pode considerar que este “compareceu” diante da autoridade, ainda que virtualmente, já que não se encontra foragido e mantendo sua localização oculta ou incerta. Muito diversa é a condição do “foragido”, o qual se homizia. Não se pretende aqui defender a tese indefensável de que existiria alguma obrigação do procurado de se entregar à justiça, já que vigora no nosso ordenamento o direito a não – autoincriminação. Entretanto, pretender retirar desse direito a não – incriminação, sem base em previsão legal no ordenamento processual penal, um suposto direito ao interrogatório por videoconferência, seria olvidar um princípio geral do Direito, consistente em que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (“*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”). Ora, se o indiciado ou réu não tem obrigação legal de se entregar, também não se pode afirmar que sua conduta em fugir do alcance da justiça seja algo de que lhe possam derivar direitos de qualquer espécie.

A participação do indiciado ou réu no ato do interrogatório é um direito seu, mas não há obrigatoriedade, pois se trata de uma faculdade sua, podendo comparecer e ficar em silêncio ou simplesmente optar por não comparecer. Há contradição evidente na conduta de quem foge e não quer comparecer ao ato, mas requer a sua realização por videoconferência. As normas que norteiam o interrogatório judicial são aplicáveis, “*mutatis mutandis*” ao interrogatório policial, nos termos do artigo 6º., V, CPP. Portanto, o pedido do foragido deve ser indeferido tanto em sede de Inquérito Policial, como já na fase processual. Ele atua naquilo que se convencionou designar pela frase latina “*venire contra factum proprium*” no âmbito civil, mas aplicável com o devido ajuste ao caso processual penal em estudo. A vedação do comportamento contraditório está a indicar que não se deve deferir o pedido de interrogatório por videoconferência a quem decidiu evadir-se e, portanto, não comparecer ao ato.

Satisfazer sua vontade, seria dar asas ao voluntarismo e ao capricho do indiciado ou réu, sem sustento em previsão legal processual.

É de se lembrar e reiterar que o interrogatório por videoconferência é opção excepcional e inclusive somente se justifica para satisfazer alguma das finalidades que estão elencadas nos incisos I a IV do artigo 185, CPP, razão pela qual o juiz ou delegado “deverá decidir de forma fundamentada a esse respeito (CF, art. 93, IX)”. No caso enfocado não haveria também tipificação processual nas motivações previstas na legislação respectiva. A única hipótese com aparente coerência (apenas aparente) seria aquela estabelecida no artigo 185, II, CPP, referente à viabilização da participação do réu ou indiciado no ato processual. Mas, a lei exige para tanto que “haja relevante dificuldade para seu comparecimento”, seja “por enfermidade ou outra circunstância pessoal”. [3] No caso do fugitivo, não se trata, por obviedade, de questão referente a enfermidade. Seria sim uma “circunstância pessoal”, mas circunstância esta que jamais poderia justificar uma excepcional concessão do judiciário ou da polícia. A situação se aparenta com a popular descrição do indivíduo que mata os pais e depois pede ajuda por ser órfão!

Também chama a atenção para a aplicação da “excepcionalidade da medida” do interrogatório “on line”, restrito aos “réus presos” e somente “quando ocorrer uma das hipóteses do artigo 185, § 2º., I a IV, CPP, o jurista Edilson Mougenot Bonfim. [4]

Retomando a questão da vedação da contradição, conforme esclarece Ballerini Silva:

A vedação do comportamento contraditório tem ganhado tal relevância que, inclusive, tem se espreado para outras esferas do direito. A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem reconhecido tal dever até mesmo no processo penal, impedindo seja acusação (...), seja defesa (...), de se portarem em desacordo com o venire contra factum proprium. [5]

Realmente a jurisprudência, inclusive do STF, tem acatado a aplicação da vedação da contradição ou “venire contra factum proprium” no Processo Penal em alguns casos. Vejamos:

“Habeas corpus. Ação penal originária. Resposta à acusação. Paciente devidamente notificado a oferecê-la (art. 4º da Lei nº 8.038/90). Inércia. Recebimento da denúncia sem a defesa preliminar. Admissibilidade na espécie. Conduta voluntária do paciente, advogado com larga vivência profissional. Nítida estratégia defensiva. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Nulidade inexistente. Impossibilidade de o paciente se opor a

fato a que ele próprio tenha dado causa. Teoria do venire contra factum proprium. Ausência de arguição oportuna da suposta nulidade e de demonstração do prejuízo sofrido. Precedentes. Ordem denegada.(...). 4. Impossibilidade de se prestigiar o comportamento contraditório do paciente, uma vez que “no sistema das invalidades processuais (HC nº104.185/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 5/9/11) deve-se observar a necessária vedação ao comportamento contraditório, cuja rejeição jurídica está bem equacionada na teoria do venire contra factum proprium, em abono aos princípios da boa-fé e lealdade. 5. Com efeito, “ninguém pode se opor a fato a que [tenha dado] causa; é esta a essência do brocardo latino nemo potest venire contra factum proprium” (ACO nº 652/PI, Pleno, Relator o Ministro Luiz Fux , DJe de 30/10/14)” (STF, HC 137.959/ PR, 2ª. Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, j. 04.04.2007) . [6]

No mesmo diapasão vem decidindo o STJ quanto à necessária repressão ao que se tem denominado de “comportamento sinuoso” no Processo Penal, tendo em vista ser este violador da “boa fé objetiva”. Inobstante não se possam esquecer as peculiaridades do Processo Penal, tais como a Presunção de Inocência, Direito ao Silêncio e não – autoincriminação, há situações concretas nas quais não se pode compactuar com a má – fé, especialmente como geradora de direitos a alguém que atua com base exatamente nela. Assim é que no HC 143.414, 6ª. Turma STJ, a Ministra Relatora, Maria Thereza de Assis Moura, afirma “que a relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva” e pela “proibição de comportamentos contraditórios”. Em sentido semelhante também se manifesta o Ministro Relator Og Fernandes, no HC 206.706, 6ª. Turma STJ, sendo acompanhado por seus pares. [7]

Caberia tanto ao Delegado de Polícia como ao Magistrado, simplesmente designar então uma data e horário para o ato do interrogatório, deixando à decisão do indiciado ou réu seu comparecimento ou não, pois que esse exercício de autodefesa não é obrigatório, mas sim uma faculdade. O que não cabe é permitir que a Administração da Justiça participe de um ato que reforça de certa forma a conduta de evasão que, embora possa ser albergada pela não – autoincriminação, não autoriza a Justiça em sentido amplo (Judiciário, Polícia e Ministério Público) a compactuar com tal conduta.

Finalmente é de lembrar que se o acusado ou indiciado foragido pretende fazer alguma alegação defensiva no bojo do Inquérito Policial, pode valer-se das prerrogativas de seu defensor técnico. Atualmente não é somente no processo que o advogado oferta razões. Também na fase investigatória lhe é deferido apresentar tais

razões, que podem espelhar as alegações que pretende fazer o imputado em sua defesa. Portanto, mesmo na fase do Inquérito Policial, o implicado não fica impedido de apresentar suas alegações defensivas devido ao indeferimento de seu interrogatório "on – line", tendo em vista sua condição de foragido. Isso é possível graças às alterações promovidas no Estatuto da OAB pela Lei 13.245/16, dando nova redação ao artigo 7º., inciso XXI, alínea "a" da Lei 8.906/94. É claro que essas razões ofertadas indiretamente pelo defensor não correspondem ao ato de interrogatório, que é marcado pela personalidade (ato personalíssimo) e pela oralidade. No entanto, não se pode afirmar que o indiciado ficaria sem chance de expor o que bem desejar em sua defesa nos autos.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 67, p. 212 – 232, jul./ago., 2007.

GALVÃO, Danyelle da Silva. Interrogatório de Acusado Solto por Videoconferência. Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/304270430/interrogatorio-de-acusado-solto-por-videoconferencia> , acesso em 12.04.2021.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PRINCÍPIO da Boa – Fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do Direito. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/14513/Principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-STJ-em-todas-as-areas-do-direito> , acesso em 12.04.2021.

SILVA, Júlio César Ballerini. A Teoria dos Atos Impróprios: o abuso do direito. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170130-03.pdf> , acesso em 12.04.2021.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento Processual Contraditório*. São Paulo: USP/ Faculdade de Direito, 2014.

VIEIRA, Thiago Prates. *O Princípio da Boa – Fé Objetiva no Processo Penal: A perspectiva ética do direito à ampla defesa*. Rio de Janeiro: Escola Superior da Magistratura, 2018.

NOTAS:

- [1] DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 67, jul./ago., 2007, p. 218.
- [2] GALVÃO, Danyelle da Silva. Interrogatório de Acusado Solto por Videoconferência. Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/304270430/interrogatorio-de-acusado-solto-por-videoconferencia> , acesso em 12.04.2021.
- [3] MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 522 – 523.
- [4] BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 462. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 309. “**Excepcionalmente**, o interrogatório do acusado **preso** poderá ser realizado por videoconferência” (grifo nosso).
- [5] SILVA, Júlio César Ballerini. A Teoria dos Atos Impróprios: o abuso do direito. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170130-03.pdf> , acesso em 12.04.2021.
- [6] Em dissertação de mestrado, Tunala aponta pesquisa de 82 acórdãos sobre a vedação de contradição, sendo fato que 30 deles versavam sobre questões de Processo Penal. Cf. TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento Processual Contraditório. São Paulo: USP/ Faculdade de Direito, 2014, p. 16. Para maior aprofundamento da matéria a respeito da necessária incursão da vedação de contradição no Processo Penal, ainda que considerando suas peculiaridades, vide: VIEIRA, Thiago Prates. O Princípio da Boa – Fé Objetiva no Processo Penal: A perspectiva ética do direito à ampla defesa. Rio de Janeiro: Escola Superior da Magistratura, 2018, “passim”.
- [7] PRINCÍPIO da Boa – Fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do Direito. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/14513/Principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-STJ-em-todas-as-areas-do-direito> , acesso em 12.04.2021.

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

EMANUEL MESSIAS BARBOZA MOURA NETO:

Advogado e Servidor Público. Universidade Tiradentes.

RESUMO: Este trabalho de conclusão do curso de Direito teve como objetivo analisar a aplicabilidade da prescrição nos diferentes contextos da ação de ressarcimento ao erário, com base na Legislação, Jurisprudência de Tribunais Superiores e Doutrina. Tendo em atenção os objetivos propostos para este estudo, optou-se por realizar uma investigação no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e na legislação de caráter nacional, bem como na doutrina especializada. Procedeu-se à uma análise do entendimento atual, a qual fora puramente técnica, por meio dos citados meios de análise. Os resultados do estudo trazem a perspectiva de que a prescrição nas ações de ressarcimento ao erário deve ser regra, e tal entendimento será abordado nas hipóteses em que essa ação é decorrente de ilícitos civis e de decisões de tribunais de contas. Entretanto, tal regra pode ser relativizada no ordenamento jurídico brasileiro, como no caso a ser demonstrado da referida ação quando proveniente de condenação em improbidade administrativa.

Palavras-chave: Princípios. Prescrição. Pretensão e Ação. Ressarcimento ao Erário.

1. INTRODUÇÃO

Diante do passar dos séculos, notadamente com o surgimento do direito pretoriano, o direito iniciou um processo de se tornar mais humanizado e liberal, como meio de se adequar à nova realidade social em que se encontrava.

Com a chegada do sistema democrático ao direito brasileiro vieram inúmeros benefícios, bem como uma infinidade de normas e interpretações jurídicas. Atualmente, é unânime o entendimento de que o Estado e as normas devem trabalhar para o bem estar das pessoas, atuando e especificando seus direitos, obrigações e deveres.

A importância das normas é verificada na medida em que se coadunam com os princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro, dos quais se destacam, dentre outros, a segurança jurídica e o bem estar social.

Ocorre que, muitas controvérsias permeiam os institutos que buscam justamente garantir e solidificar a segurança, tanto jurídica, quanto social.

O objetivo do presente estudo é exatamente de clarear e demonstrar, ainda que de forma breve, a importância de um instrumento que detém o objetivo de gerar segurança e bem estar à sociedade: a prescrição. Tal instrumento, que materializa a

frase icônica “o direito não socorre aos que dormem”, quando aplicado à ação de ressarcimento ao erário, tem gerado significativa controvérsia.

A fim de embasamento, realizou-se pesquisa doutrinária, bem como análise dos julgados provenientes do Supremo Tribunal Federal, sendo o trabalho estruturado em três capítulos, trazendo no primeiro um estudo acerca da prescrição, com breve histórico e objetivos do referido instituto e examinando seus fundamentos.

No segundo capítulo, será estudada a imprescritibilidade aplicada à ação de ressarcimento ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa e os seus pressupostos, que tem trazido entendimento a ser esmiuçado.

Por fim, no terceiro capítulo serão analisados casos no qual foi adotado entendimento oposto, nos casos de prescrição da ação de ressarcimento ao erário decorrente de outros ilícitos civis (com exceção da ação de improbidade) e decorrente de decisão de tribunais de contas, estando presente em todos os capítulos o estudo e a citação de legislações, decisões de tribunais e entendimentos doutrinários. Divide-se em dois tópicos distintos em virtude da diferença de entendimento, notadamente pela necessidade de análise do aspecto subjetivo por parte do Poder Judiciário.

2. BREVE HISTÓRICO E OBJETIVOS DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

O instituto da prescrição, proveniente da expressão latina “praescriptio” que significa “um escrito posto antes”, trouxe solução à uma das problemáticas que seriam inerentes ao exercício do direito de ação: a perseguição eterna.

O Estado de Direito, na antiguidade, era fortemente calcado na insegurança jurídica uma vez que, a qualquer tempo e de forma vitalícia, as relações jurídicas poderiam ser contraditadas, comprometendo a pacificação social. Em verdade, no antigo direito civil, as ações extinguíam-se tão somente pelo modo inverso a qual nasceram, ou seja, por meio da satisfação da questão demandada ou sua improcedência.

De fato, é direito do autor a satisfação de seus direitos. Ocorre que surge uma grande problemática no momento que é impossível ou excessivamente oneroso ao demandado cumprir a referida obrigação, trazendo à realidade deste indivíduo a cobrança e um desgaste emocional que perduraria o resto de sua vida.

Além disso, a insegurança social e jurídica gerada é latente, uma vez que seria possível um indivíduo, aos seus oitenta anos de idade, ser cobrado por uma conta de restaurante que esqueceu de pagar quando jovem. Das situações trazidas, surgiram questionamentos: deve-se de fato haver a privação do direito ao esquecimento, notadamente de situações que não se pode reverter? É razoável que um homem, ao fim da vida, esteja preocupado com situações que ocorreram há décadas?

Diante dessa problemática, no Direito Romano surgia um novo instrumento que visava combater tais situações de exagero: a prescrição. Nessa época a prescrição passou a ser arguida como meio de exceção (um contradireito que permite ao réu impugnar a pretensão do autor).

A prescrição é causa extintiva da pretensão, a qual, em um primeiro momento, depende da prestação voluntária de outrem. Não se desimcunbindo do seu ônus o sujeito passivo, caberá a respectiva ação para pleitear a satisfação dessa pretensão, independentemente de sua vontade.

Conforme se observa, a ação surge após a pretensão não ser cumprida voluntariamente e, apesar de ser instituto presente no direito privado, a prescrição é considerada matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida de ofício pelo magistrado, nos termos do art. 921, § 5º.

Por sua vez, a ação é o meio pelo qual é exercida em juízo a pretensão, ou seja, é a persecução pelo direito subjetivo trazido ao juízo. Em um primeiro momento a pretensão existe, viabilizando a ação, porém o credor escolhe não exercer no período adequado. Surge para o devedor a opção de arguir uma denominada “prejudicial de mérito”, com o fito de neutralizar a pretensão do credor.

Ocorre, dessa forma, a “perda do poder de se exigir judicialmente o reconhecimento ou a satisfação de um direito, ainda que existente, em razão do decurso do tempo fixado em lei” (MARCATO, 2005. p. 620). Ressalte-se que, em que pese haja o fim da pretensão, diante de sua inexigibilidade, esse direito continua existindo, não podendo o credor exercê-lo.

No Brasil, a regra no ordenamento jurídico é, de fato, a prescritibilidade, fazendo parte importante da estrutura do Estado de Direito. Justamente por isso, via de regra as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado.

Há, no entanto, algumas exceções explícitas no texto constitucional, nas quais se reconhece a imprescritibilidade em determinadas situações. É o caso, por exemplo, dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CF/88) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

Além dessas exceções as quais o poder constituinte originário trouxe de forma clara e direta, há uma hipótese com previsão no art. 37 § 5º, a qual trata especificamente da prescrição na ação de ressarcimento ao erário nos casos de improbidade administrativa.

3. PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Nos termos do art. 23 da Lei nº 8.429/92, o prazo prescricional para propositura de ações de improbidade administrativa é de 5 anos. No que tange à ação de ressarcimento, entretanto, a parte final do art. 37 da CF/88 traz entendimento que confrontaria a tese geral da prescribibilidade, in verbis:

Art. 37 (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.**

Em que pese haja tal previsão constitucional no § 5º do art. 37, muitos se insurgiram em face da tese da imprescribibilidade. Argumentavam que a intenção do Poder Constituinte não foi a de fixar a imprescribibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

De acordo com essa tese, a adequada interpretação dos §§ 4º e 5º do art. 37 deveria ser a seguinte: o constituinte deu um comando ao legislador infraconstitucional: faça uma lei prevendo atos de improbidade administrativa (§ 4º); as sanções para os atos de improbidade são a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (§ 4º); a lei deverá prever prazos prescricionais para a imposição dessas sanções (§ 5º).

Assim, enquanto não houver lei prevendo quais são os atos de improbidade administrativa, não poderão ser ajuizadas ações de improbidade administrativa pedindo a aplicação das sanções previstas no § 4º; ficam ressalvadas dessa proibição as ações de ressarcimento (parte final do § 5º), ou seja, mesmo sem lei expressa, as ações de ressarcimento já poderiam ser propostas.

Dessa forma, para essa tese, o que a parte final do § 5º quis dizer foi unicamente que, mesmo sem Lei de Improbidade Administrativa, poderiam ser ajuizadas ações pedindo o ressarcimento ao erário. Isso porque o § 5º deve ser interpretado em conjunto com o § 4º.

Como reforço a esse argumento, alegaram que a Lei de Improbidade somente foi editada em 1992 (Lei nº 8.429/92). Logo, o objetivo do constituinte foi o de evitar que se alegasse que o ressarcimento ao erário somente poderia ser exigido com a edição de lei.

Por fim, argumentavam que a Constituição Federal, quando quis, determinou

a imprescritibilidade de forma expressa (como já citado anteriormente). Ex: art. 5º, XLII (racismo) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

Tal controvérsia fora analisada pelo Supremo Tribunal Federal em 2019 (RE 852475/SP). Nas palavras do Min. Alexandre de Moraes, um dos adeptos dessa tese:

A preocupação do legislador constituinte foi legítima, pois, em virtude da exigência do § 4º de edição de lei específica para a definição dos “atos de improbidade administrativa”, bem como da forma e gradação da aplicação das sanções de suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, poderiam surgir dúvidas sobre a recepção do ordenamento jurídico que, desde a década de 1940, permitia ações de ressarcimento no caso de improbidade administrativa, apesar da inexistência de conceituação e de tipificação específica dos denominados “atos de improbidade administrativa.

Em outras palavras, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que ampliou a possibilidade de sanções por atos de improbidade administrativa, e em respeito aos princípios da reserva legal e da anterioridade, passou-se a exigir a edição de lei específica para tipificar as condutas correspondentes a atos de improbidade administrativa.

Nesse momento, houve o justo receio do legislador constituinte quanto à ocorrência de interpretações que passassem a impossibilitar ações de ressarcimento ao erário pela prática de atos ilícitos tradicionalmente entendidos como improbidade administrativa, desde a década de 1940, mas ainda não tipificados pela nova legislação, que somente foi editada em 1992.

A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado “ato de improbidade” (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.

Portanto, a ressalva do § 5º do art. 37 teria permitido a recepção dos prazos prescricionais existentes para as ações de ressarcimento decorrentes de graves

condutas de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública pela legislação então em vigor, até que fosse editada a lei específica exigida pelo §4º do mesmo artigo; não tendo, portanto, estabelecido qualquer hipótese implícita de imprescritibilidade.

Ocorre que, tal entendimento não fora acatado pelo STF, havendo decidido a maioria pela imprescritibilidade, fazendo uma “exigência” a mais que não está explícita no art. 37, § 5º da CF/88. O Supremo afirmou que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento envolvendo atos de improbidade administrativa praticados dolosamente.

Assim, se o ato de improbidade administrativa causou prejuízo ao erário, mas foi praticado com culpa, então, neste caso, a ação de ressarcimento será prescritível e deverá ser proposta no prazo do art. 23 da LIA. Há previsão legal da prática de ato de improbidade que causa lesão ao erário na modalidade culposa, in verbis:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (...)

Cabe citar que o placar da votação foi de 6 x 5 em favor da tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento decorrente de atos praticados com dolo. Votaram pela prescritibilidade os ministros: Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio.

Votaram a favor da tese vencedora, por outro lado, os ministros: Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Luiz Fux, Roberto Barroso.

Cita-se, ainda, uma peculiaridade que está no fato de que os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso inicialmente votaram em favor da prescritibilidade. Ocorre que, uma semana depois, revisaram o posicionamento e alteraram o entendimento,

votando em favor da tese da imprescritibilidade.

4. PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DECORRENTE DE OUTROS ILÍCITOS CIVIS E DECORRENTE DE DECISÃO DE TRIBUNAIS DE CONTAS

Por outro lado, se fosse realizada uma interpretação ampla da ressalva final contida no § 5º, faria com que toda e qualquer ação de ressarcimento movida pela Fazenda Pública fosse imprescritível, o que seria desproporcional. O entedimento vigente é de que § 5º do art. 37 da CF/88 deve ser lido em conjunto com o § 4º, de forma que ele se refere apenas aos casos de improbidade administrativa.

Isso decorre da premissa que a prescrição é um instituto importante para se garantir a segurança e estabilidade das relações jurídicas, sendo uma forma de se assegurar a ordem e a paz na sociedade. Desse modo, a ressalva contida na parte final do § 5º do art. 37 da CF/88 deve ser interpretada de forma estrita, não se aplicando para danos causados ao Poder Público por força de ilícitos civis. Foi como decidiu o STF anteriormente, em 2016:

É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. Dito de outro modo, se o Poder Público sofreu um dano ao erário decorrente de um ilícito civil e deseja ser ressarcido, ele deverá ajuizar a ação no prazo prescricional previsto em lei.” STF. Plenário. RE 669069/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 03/02/2016 (repercussão geral).

No que tange à (im)prescritibilidade das referidas ações baseadas em decisão de Tribunais de Contas, entendeu o STF que seriam prescritíveis. Segundo o relator do recurso, ministro Alexandre de Moraes, o STF concluiu, no julgamento do RE 636886, com repercussão geral (tema 897, 2020), que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário com base na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). Cabe citar que a referida decisão ainda não transitou em julgado, tendo sido opostos embargos declaratórios.

No caso sob análise, o relator disse que não ocorreu a imprescritibilidade, pois as decisões dos tribunais de contas que resultem imputação de débito ou multa têm eficácia de título executivo. Assim, é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário baseada nessas decisões, uma vez que a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa.

Além disso, não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao acusado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo (dolo ou culpa). Entretanto,

nada impede que, com base nas decisões das Cortes de Contas, seja ajuizada uma ação civil de improbidade administrativa para se verificar a presença de dolo na suposta conduta ímproba (hipótese na qual a pretensão de ressarcimento seria imprescritível).

De acordo com o referido ministro, no caso, deve ser aplicado o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional (CTN), que fixa em cinco anos o prazo para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente. No RE, a União alegava que a decisão do TCU configurava ofensa ao artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal, porque não se aplica a decretação de prescrição de ofício às execuções de título extrajudicial propostas com base em acórdão do Tribunal de Contas que mostram, em última análise, a existência do dever de ressarcimento ao erário. O Plenário desproveu o recurso, mantendo a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

O julgamento se deu por unanimidade, o entendimento se deu, em sessão virtual, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 636886, com repercussão geral reconhecida (tema 899).

No caso concreto, Vanda Maria Menezes Barbosa, ex-presidente da Associação Cultural Zumbi, em Alagoas, deixou de prestar contas de recursos recebidos do Ministério da Cultura para aplicação no projeto Educar Quilombo.

Por isso, o Tribunal de Contas da União (TCU) ordenou a restituição aos cofres públicos dos valores recebidos.

Com a não quitação do débito, a União propôs a execução de título executivo extrajudicial.

O juízo de 1º grau reconheceu a ocorrência de prescrição e extinguiu o processo.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5) manteve a decisão, ocasião na qual houve a interposição do Recurso Extraordinário ainda não transitado em julgado, mas já com o citado entendimento amplamente divulgado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão do significado e das problemáticas que circundam o tema prescrição é de suma importância para qualquer profissional da área do direito, tanto por ser questão presente em todos os ramos do direito, quanto por ser instituto de entendimento dificultado pelo antigo regramento civil do ordenamento brasileiro (CC/1916).

A prescritebilidade é uma realidade contemporânea e deve ser aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo fundamental para que haja estabilidade, segurança jurídica e direito ao esquecimento. Deve-se considerar a existência deste paradigma como regra, para que haja uma limitação ao abuso de um direito do credor.

Especificamente tratando do Estado, este presta serviço público e, portanto, tem como objetivo o interesse público, não o seu interesse público, mas sim o interesse público do administrado. O escopo da administração a partir da CRFB de 1988 é trazer para o cidadão um serviço público eficiente, apto a trazer benefícios, celeridade, moralidade, impessoalidade, entre tantos outros princípios previstos na constituição, os quais se coadunam com a prescrição, devendo perseguir estes objetivos dentro da razoabilidade.

Importante ressaltar, ademais, o aspecto histórico à época do Direito Romano, que retirou o caráter perpétuo das ações para a possibilidade de prescrição, sendo adaptadas às reais necessidades daquela realidade e do que veio a ser o direito contemporâneo. A ausência da referida perpetuidade legitima o entendimento esboçado neste artigo no que tange aos ilícitos civis e às decisões de tribunais de contas.

Por outro lado, a existência da "perpetuidade" no que tange à ação de ressarcimento proveniente de condenação em improbidade administrativa não acarreta no entendimento de que a regra tenha sido desrespeitada, sendo a compatibilidade de entendimentos diversos em casos excepcionais fortalecida a partir do voto do Ministro Luis Roberto Barroso – forte defensor da regra da prescritebilidade – no sentido da imprescritebilidade no citado caso da ação de improbidade administrativa, uma vez defende que num Estado Democrático de Direito a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça, sendo a prescrição um dos mecanismos fundamentais para concretizar a segurança jurídica.

O ordenamento jurídico vive, em verdade, um modelo de prescrição calcado com razoável experimentação, cujos efeitos são efetivamente desconhecidos. Ante a imprescindibilidade do instituto, é possível enxergar a modificação do instituto com olhos desanimados, mas é necessário considerar a situação presente em cada nova interpretação dada ao fenômeno, para que haja um equilíbrio entre a ideia de satisfação do credor e o direito do prescritebente, bem como que não sejam sacrificados os princípios constitucionais e a função social do direito.

Concluindo, o objetivo do presente trabalho foi o de subsidiar a compreensão do instituto prescritebional sob à luz da ação de ressarcimento ao erário, tão incompreendido no mundo processual. Por isso, foi demonstrado o surgimento, a fundamentação e o posicionamento dos tribunais, para que houvesse plena distinção e compreensão do cenário jurídico-social contemporâneo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 20/10/2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31. ed. São Paulo, editora: Forense, 2018.

VELOSO, Priscila. Aspectos gerais da prescrição. Jus.com.br, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38201/aspectos-gerais-da-prescricao>. Acesso em: 30/10/2020.

DEPIERI, Matheus; BRITO, Livia. Quais os limites da (im)prescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário. <https://migalhas.uol.com.br/>, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/329946/quais-os-limites-da--im-prescritibilidade-de-aco-es-de-ressarcimento-ao-erario>. Acesso em: 30/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas é prescritível, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442028&ori=1>. Acesso em: 30/10/2020.

ANDRÉ, Márcio. Imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em caso de atos de improbidade praticados dolosamente. <https://www.dizerodireito.com.br/>, 2020. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/08/prescricao-se-um-direito-aviolado-o.html>. Acesso em 30/10/2020.

ALMEIDA, Isaac. Prescrição e Decadência no Direito Civil. <https://ambitojuridico.com.br/>, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/prescricao-e-decadencia-no-direito-civil-analises-e-interpretacoes/>. Acesso em 30/10/2020.

SANTO, Rogério. O Princípio da Juridicidade como Parâmetro do Ato Administrativo. <https://www.emerj.tjrj.jus.br/>, 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_administrativo/edicoes/n3_2016/pdf/RogérioMonteSanto.pdf. Acesso em: 30/10/2020.

SALM, Bruna. Prescrição E Decadência: Análise Jurisprudencial Acerca Da Natureza Do Prazo Para Ajuizamento Da Ação De Resolução Contratual. <https://repositorio.ufsc.br/>, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/203265/TCC%20->



www.conteudojuridico.com.br

[%20BRUNA%20-%20VERS%c3%83O%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y.](#)

Acesso em: 30/10/2020.

LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CRIMES DE RESPONSABILIDADE: A SUJEIÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS AOS REGIMES SANCIONATÓRIOS

MATHEUS FRANÇOIS VIANA CAVALCANTE:

Bacharel em Direito pelo ICEV – Instituto de Ensino Superior. Assessor de Promotor de Justiça no Ministério Público do Piauí - MPPI

RESUMO: O presente artigo versa sobre a (in)sujeição dos agentes políticos ao regime das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa – LIA. Tal controvérsia se dá pelo fato de a Constituição da República também dispor de outro mecanismo específico voltado a sancionar os agentes políticos por desempenhos inadequados: os crimes de responsabilidade. Nessa perspectiva, discorreu-se sobre: o objeto da tutela dos mecanismos sancionadores previstos – a moralidade administrativa; a construção histórico-normativa do combate aos atos ímprobos no Brasil; questões relevantes sobre os crimes de responsabilidade; as correntes doutrinárias que remanescem em dissonância quanto a sujeição dos agentes políticos aos mencionados regimes sancionatórios; e a construção jurisprudencial dos Tribunais Superiores no que atine ao tema. A metodologia empregada foi, essencialmente, a pesquisa bibliográfica; realizado o levantamento de informações sobre o objeto do estudo em livros, artigos, Constituições anteriores e leis. Com o objetivo de enxergar a melhor solução à problemática posta, concluiu-se, considerando o inteiro teor do que está expresso na Carta Constitucional e a natureza jurídica das sanções nela previstas, pela aplicabilidade aos agentes políticos das sanções do regime da Lei de Improbidade Administrativa, com ressalva às sanções de natureza política, tão somente enquanto eles estiverem submetidos ao regime especial dos crimes de responsabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Moralidade Administrativa. Agentes Políticos. Improbidade Administrativa. Crimes de Responsabilidade. Regime Sancionatório.

ABSTRACT: This paper discusses about the subjection (or not) of political agents to the sanctionatory regime provided for in the Law of Administrative Impropriety – LIA. This controversy occurs because the Brazilian Constitution has another specific mechanism aimed at punishing political agents for inadequate performances: crimes of political agents' responsibility. In this perspective, the discussion framed - the administrative morality; the historical-normative construction of the fight against unproblematic acts in Brazil; relevant points about crimes of political agents' responsibility; the doctrinal opinions that remain in dissonance regarding the subjection of political agents to the mentioned sanctioning regimes; and the jurisprudence of the Superior Courts regarding the subject. The methodology used was, essentially, the bibliographic research; carried out the survey of information about the object of the study in books, articles, previous Constitutions and laws. In order to seek the best solution to the problem posed, the conclusion suggests the applicability

of the sanctions of the regime of Law of Administrative Impropriety to the political agents, with the exception of political sanctions, only as long as those are subject to the special regime for crimes of liability.

KEYWORDS: Administrative Morality. Political Agents. Administrative Impropriety. Crimes of Political Agents' Responsibility. Sanctioning Regime.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A MORALIDADE E A PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 2. OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA E ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O REGIME SANCIONATÓRIO: 2.1. CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA; 2.2. ASPECTOS RELEVANTES DA LEI Nº 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA). 3. OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE. 4. A SUJEIÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS CONCOMITANTEMENTE AOS REGIMES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE: ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

1.A MORALIDADE E A PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Junto à construção histórica e social das civilizações, a moralidade, enquanto pressuposto para harmonia das sociedades, assumiu um valor no ordenamento jurídico das nações, exigindo, para mais das condutas dos particulares, também uma conduta moral escorreita do Estado por seus agentes públicos.

Embora polêmico, pois não há um consenso doutrinário, mostrando-se um conceito de relevante imprecisão, o princípio da moralidade administrativa ganhou notório espaço no ordenamento jurídico brasileiro, mormente nos últimos tempos, com o neoconstitucionalismo e o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno consolidou a ideia da Constituição como elemento central do Estado, isto é, um Estado Constitucional de Direito, onde todas as leis e demais normas devem estar sempre em consonância e harmonia com aquela Carta Maior, inclusive como condição de eficácia e de validade. O que se busca, nesse sentido, é a máxima eficácia da Constituição, e não mais somente a ideia de limitação do poder político.¹

¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** – 20. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 60-70.

Esse fenômeno trouxe novas percepções e novas práticas, que incluem: o reconhecimento de força normativa à Constituição, e também, aos princípios constitucionais; e o desenvolvimento de uma dogmática inovadora da interpretação constitucional, com novas categorias, inserindo os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a argumentação e a ponderação.²

Por sua vez, a Constituição da República de 1988 estabeleceu expressamente a moralidade como princípio que rege à Administração Pública, em seu art. 37, caput³. Partindo disso, o dever de moralidade irradiaria não somente a todas as normas positivadas no ordenamento jurídico, mas também a todas as condutas do Poder Público.

A moralidade administrativa exige que o Poder Público siga preceitos éticos em todas as suas ações, elevando sempre o dever de honestidade nos atos praticados. Isso não está restrito apenas à relação entre a Administração e os administrados – presente, via de regra, a supremacia do interesse público⁴ –, mas também entre a Administração Pública e os agentes públicos, de modo que os membros respeitem as instituições que representam.

Nesse caminho, tem-se que a moralidade administrativa alcança não somente os atos vinculados da Administração, mas também opera no exercício da discricionariedade para que siga adstrita aos limites concedidos por lei. Percebe-se que a moralidade ultrapassa a barreira do que é expresso restritamente em lei; não à toa remanesce em destaque o notório brocardo romano “*non omne quod licet, honestum est*”, ou seja, “nem tudo que é lícito, é honesto”, a denotar que, desde os primórdios, praticam-se absurdos morais sob a autorização da lei. Nesse contexto de complementaridade dos parâmetros de *moralidade* e *legalidade*, aquela é, hoje, posta em destaque, alavancada a impedir que se operem vícios éticos e desvio de poder.

No que diz respeito à dicotomia “*moralidade versus probidade*” é preciso atentar às semelhanças e diferenças. Martins Júnior (2001) se posiciona no sentido de que a probidade representa um mero subprincípio da moralidade⁵. Por outro lado, Di Pietro (2020) leciona que “*a rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na*

2 BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

3 “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)*”

4 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** -42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016 p.113-114.

5 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**, São Paulo, Saraiva, 2001. p. 111

Administração Pública”6. Entretanto, Di Pietro (2020) defende que a Constituição da República atual tece alguma distinção, pois “*quando se quis mencionar o princípio, falou-se em moralidade (art. 37, caput) e, no mesmo dispositivo, quando se quis mencionar a lesão à moralidade administrativa, falou-se em improbidade (art. 37, § 4º)*”7.

Parece-nos mais adequado entender pela sinonímia entre as expressões, pois o que se pretende zelar, seja com a moralidade, seja com a probidade, é a efetiva preservação da boa-fé, da ética e da retidão.

O ato que falta com a probidade e/ou a moralidade, no que diz respeito à atuação do Poder Público, vai de encontro aos princípios constitucionais, sendo, portanto, passível de nulidade. Mais que isso, a própria Constituição da República de 1988 previu mecanismos sancionadores aos agentes públicos que ousem praticar atos que atentem contra a moralidade administrativa – nessa linha destacam-se: (I) as sanções pelas práticas de atos de improbidade administrativa, previstas no art. 37, §4º, da Constituição da República; e (III) os crimes de responsabilidade, com previsão no art. 29-A, art. 52, incisos I e II, art. 85, e art. 102, inciso I, alínea c, complementados pelas Leis nº 1.059/1970, 7.106/1983 e pelo Decreto-Lei nº 201/1967.

Mais especificamente, as sanções pela prática de atos de improbidade administrativa introduzidas em capítulo próprio da Administração Pública, surgiram como uma inovação da Assembleia Nacional Constituinte de 1988. No entanto, esse regime direcionado é melhor compreendido como resultado de uma construção histórica dos mecanismos de combate à corrupção e ao desvio de poder, construção essa gradativa – a cada nova constituição, angariando mais mecanismos e elementos para confrontar os atos ímprobos praticados por quem exercia funções públicas.

Por seu turno, os crimes de responsabilidade não são uma inovação trazida pela nova Constituição da República. Encontram-se previstos no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira Constituição pós-Proclamação da República-, e mantiveram-se como mecanismo sancionador pelas constituições seguintes, com o fito de resguardar, sobretudo, a responsabilidade dos agentes políticos com a coisa pública.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1041.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1041.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1043.

Ainda que os regimes sancionatórios dos atos de improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade não se restrinjam a combater, exclusivamente, a imoralidade ou a improbidade administrativa, sobreleva-se a importância deles, pois, ao contrário do rigor exigido para a aplicação das sanções de natureza penal, abrangem atos praticados que violam princípios, comandos de caráter geral abstrato.

2.OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA E ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O REGIME SANCIONATÓRIO

Com o fito de resguardar e preservar a moralidade e a probidade na Administração Pública, o Poder Constituinte Originário de 1988 consagrou no art. 37, §4º, da Constituição da República, que *“os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”*.

Nota-se, de plano, que as sanções atribuídas pelo texto constitucional visam a obstar, de imediato, o dano causado à Administração, garantir a reparação pelos danos ocasionados, e tudo isso sem impedir que os atos repercutem em outras esferas. Ainda, o dispositivo representa uma permissão constitucional de uma via sancionadora independente, observada a sua parte final.

Trata-se de disposição constitucional inovadora, pois, no Brasil, as constituições anteriores, de forma sutil, dispunham apenas de permissivos à legislação infraconstitucional, mas sem deixar grandes diretrizes expressas como na Constituição em vigor. Em verdade, as Cartas Constitucionais anteriores se mostravam mais zelosas, especificamente, com a possibilidade do Presidente da República vir a praticar algum ato de improbidade, já prevendo, há tempos, os crimes de responsabilidade voltados ao exercício deste cargo⁹.

No dispositivo vigente (art. 37, §4º, da CRFB), contudo, as sanções descritas não se limitam a agente específico, denotando permissivo de aplicabilidade a qualquer agente público que houver praticado improbidade administrativa. Em reforço a essa conclusão sobre a aplicabilidade geral, aponta-se que as sanções de improbidade estão inseridas no capítulo que trata sobre a Administração Pública, com enfoque sobre os servidores públicos em geral.

Assim, ainda que previstas de forma inovadora no ordenamento jurídico brasileiro a partir da CRFB/88, as sanções por atos de improbidade administrativa,

9 Conforme se verifica: art. 53 da **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891**; art. 58 da **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**; art. 86 da **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**; art. 88 da **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**; e art. 84 da **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**.

como reprimendas à violação da moralidade administrativa, não representam uma completa inovação, mas, sim, frutos de uma construção histórico-normativa das Constituições anteriores e de leis infraconstitucionais editadas à luz daquelas Cartas. O próximo tópico detalhará a evolução temporal dessas previsões e mecanismos.

2.1 CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA

Inicialmente, cita-se a edição do Decreto-Lei nº 3.240/1941 que, no ensejo de complementar o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) e de assegurar a punibilidade de condutas praticadas em desfavor dos interesses da Administração Pública, previu a possibilidade do sequestro de bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública, desde que dele resultasse locupletamento ilícito para o indiciado (art. 1º). O mesmo diploma legal, inclusive, permitiu que o sequestro compreendesse bens em poder de terceiros, contanto que estes tenham adquirido dolosamente ou com culpa grave (art. 4º). A mencionada legislação, ainda que de forma sutil, bem representa um mecanismo de combate a práticas ímprobas, que, frisa-se, ainda continua em vigor.

Após, foram editadas duas importantes leis sob a égide da Constituição da República de 1946, regulamentando o previsto no art. 141, §31 desta: *“A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”*. Cuida-se da Lei nº 3.164/1957 e da Lei nº 3.502/1958.

A primeira, também chamada de Lei Pitombo Godói Ilha, sujeitava os bens adquiridos por servidor público por influência ou abuso de cargo ou função pública a sequestro e a perda em favor da Fazenda Pública, sem prejuízo de possível responsabilidade criminal (art. 1º). Já a segunda, também conhecida como Lei Bilac Pinto, de forma semelhante, previa o sequestro ou perdimento de bens eventualmente adquiridos por servidor público que se beneficiasse de enriquecimento ilícito. O enfoque, nesta última lei, era sancionar o agente que agiu com a intenção de alcançar o enriquecimento ilícito. Além disso, a Lei Bilac Pinto (nº 3.502/1958) contava com rol exemplificativo e detalhado em seus arts. 2º, 3º e 4º¹⁰, descrevendo condutas a se

10 *“Art. 2º Constituem casos de enriquecimento ilícito, para os fins desta lei:*

(...)

Art. 3º Constitui também enriquecimento ilícito, qualquer dos fatos mencionados nas letras c e e do artigo 2º, quando praticado por quem, em razão de influência política funcional ou pessoal, intervenha junto às pessoas indicadas no art. 1º e seus parágrafos, para delas obter a, prática de algum dos atos funcionais citados em favor de terceiro.

(...)

enquadrar nas hipóteses de enriquecimento ilícito, prevendo, ainda, a possibilidade do próprio ente político ingressar em juízo com a demanda (art. 5º).

Assim, tem-se que o art. 37, §4º da Constituição da República de 1988 trouxe importante direcionamento sancionatório, denotando uma evolução em termos de manter a higidez do Poder Público. Referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa – LIA, que dispõe sobre a operacionalização e aplicabilidade das sanções. O ato regulamentar foi essencial, pois conforme previsto no próprio dispositivo constitucional citado alhures, as sanções não possuíam eficácia imediata, sendo, portanto, norma de eficácia limitada (conforme a classificação de SILVA, 2012:11), dependendo de lei posterior que detalhasse sua aplicabilidade. Desse modo, as sanções previstas no §4º do art. 37 da nova Constituição somente tiveram sua efetiva aplicação após a entrada em vigor da Lei que o regulamentou.

Registre-se, ademais, que a Lei nº 8.429/1992 expressamente revogou, em seu art. 25, as Leis nº 3.164/1957 (Pitombo Godói Ilha) e 3.502/1958 (Bilac Pinto), já que a nova previsão, suficientemente, superou-as.

2.2. ASPECTOS RELEVANTES DA LEI Nº 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA)

A Lei nº 8.429/1992 fixou o sujeito ativo, o sujeito passivo, as sanções, as questões processuais, e demais pontos relevantes à aplicabilidade das sanções sobre as quais dispõe. Previu inicialmente a prática de três modalidades de atos de improbidade administrativa: (a) atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) atos que causam prejuízo ao erário (art. 10); e (c) atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). Mais recentemente, foi inserida mais uma modalidade, de escopo específico – distinguindo-se das modalidades gerais até então existentes. Com a Lei Complementar nº 157/2016, foram afetados os atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, segundo o art. 10-A.

É elucidativa a leitura da íntegra desses comandos da LIA:

Art. 4º O enriquecimento ilícito definido nos termos desta lei, equipara-se aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando os responsáveis ao processo criminal e à imposição de penas, na forma das leis penais em vigor.

Parágrafo único. É igualmente enriquecimento ilícito o que resultar de: (...)”

11 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais** – 8. Ed. - São Paulo: Malheiros, 2012. n. p.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

(...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Como se vê, essas modalidades foram dispostas em artigos contendo diversos incisos, um rol meramente exemplificativo, onde se descreve condutas enquadráveis, com exceção da última modalidade inserida, qual seja, a do art. 10-A, que não contém outras hipóteses, senão a do *caput*. Salta aos olhos, também, que a gravidade dos atos ímprobos é escalonada do mais grave para o menos grave em sequência¹², sendo mais graves os atos que ensejam enriquecimento ilícito (art. 9º) e os “menos graves” os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), nada impedindo que a conduta praticada possa ser plenamente enquadrada em mais de um desses artigos. Aliás, essa cominação cumulativa dos fundamentos para improbidade é comum, sobretudo com a aplicação concomitante do art. 11 com os demais (arts. 9º, 10 e 10-A), já que condutas tipificadas, implicam, via de regra, violação a princípios da Administração Pública.

¹² CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** -3. ed, Salvador: Juspodivm, 2016. p. 941.

O escalonamento de gravidade dos atos de improbidade administrativa previstos na lei também importa, pois os mencionados dispositivos (9º, 10, 10-A e 11) são sancionados pelas “penas” previstas no art. 12. Seguindo a mesma lógica, o referido artigo impõe sanções mais severas a quem pratique atos que importem em enriquecimento ilícito, sobrepondo os prazos, em comparação com as outras modalidades, no que atine à suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios provenientes dele. Por via de consequência, também se incluiu a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, por representar característica intrínseca à modalidade do ato que ocasiona o enriquecimento ilícito. Nesse particular, reproduz-se, na íntegra:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda

que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

É perceptível que a Lei nº 8.429/1992 não se restringiu a prever aquelas sanções previstas no dispositivo constitucional que lhe deu origem. Nessa lei, foram incluídas sanções adicionais, tais como o pagamento de multa civil e a proibição de contratação com o Poder Público. Essas sanções acrescidas parecem adequadas e pertinentes ao propósito da lei, revelando preocupação por parte de nossos legisladores, que não se ativeram em copiar as sanções previstas na Constituição.

Veja-se, que, em se tratando da matéria de improbidade administrativa, a Constituição da República é imprecisa em consignar a competência legislativa. Diante desse quadro normativo, parte da doutrina entende que a Lei de Improbidade Administrativa tem eficácia em todo o âmbito nacional, sendo de competência legislativa privativa da União, em conformidade com o art. 22, I, da Constituição da República, pois, trata de sanções de natureza civil e política, bem como de questões processuais. Ressalva, todavia, quanto a alguns trechos de matéria exclusivamente administrativa, em que se entende pela autonomia legislativa autônoma de cada ente federado¹³.

Nesse sentido, o sujeito passivo dos atos de improbidade administrativa é a pessoa jurídica que suporta o ato praticado, a "vítima", podendo ser tanto qualquer ente da federação, quanto alguma pessoa jurídica vinculada a este.

É de se observar, contudo, que a lei não exclui a possibilidade de algumas pessoas jurídicas que não integram a Administração Pública serem classificadas como o sujeito passivo de atos ímprobos. Porém, para que essas se enquadrem, precisam ter recebido algum tipo de benefício, subvenção ou incentivo oriundo de recursos

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Improbidade administrativa: direito material e processual** / Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 19-20.

públicos ou que seja em parte custeado ou criado com patrimônio público. Assim leciona Carvalho Filho (2020):

O art. 1º da Lei nº 8.429/1992 enumera os *sujeitos passivos principais*, podendo estes ser divididos em três grupos (embora nele se mencionem quatro grupos): (1º) pessoas da administração direta: são as entidades componentes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios; (2º) pessoas da administração indireta: autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedades de economia mista; (3º) pessoa para cuja criação ou custeio o erário haja contribuído (criação) ou contribua (custeio) com *mais de 50%* do patrimônio ou da receita anual.

No parágrafo único do art. 1º, a lei aponta os *sujeitos passivos secundários*, divididos em dois grupos: (1º) entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público; (2º) entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com *menos de 50%* do patrimônio ou da receita anual.¹⁴

Por sua vez, a autoria do ato de improbidade administrativa provém, de acordo com Lei nº 8.429/1992, de qualquer agente público, servidor ou não (art. 1º), definindo-se, no art. 2º, que agente público é *“todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”*

Carvalho Filho (2020) aduz que *“abrangem a categoria: (1º) os agentes políticos; (2º) os agentes colaboradores; (3º) os servidores públicos em geral”*. Nesse sentido, por sua amplitude subjetiva, a lei consiste em poderoso mecanismo sancionador, sem precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Além dos agentes públicos, todavia, a Lei nº 8.429/1992 prevê a possibilidade de que terceiros, que não integrem a Administração Pública, também sejam incluídos como sujeito ativo de atos de improbidade. Na realidade, para que isso ocorra é indispensável a presença concomitante de um agente público, pois a lei dispõe que o terceiro deve *concorrer* ou *induzir* a prática do ato ímprobo - ou se *beneficiar* dele sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º). Menciona-se a possibilidade do terceiro se

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**/José dos Santos Carvalho Filho. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 1157-1158.

sujeitar as sanções, ainda que não tenha auferido qualquer vantagem, bastando, para tanto, que tenha induzido ou concorrido para a prática do ato.

Como se passa a expor, a aplicabilidade das sanções por improbidade administrativa perante os agentes políticos não é entendimento uníssono. A mesma Constituição que dispõe sobre a sanção da perda do cargo público pela prática de atos de improbidade administrativa também prevê o foro por prerrogativa de função de algumas autoridades, e a sujeição a perda do cargo por crimes de responsabilidade, em regime especial político e cuja lógica jurídica aponta para uma situação de excepcionalidade. Logo, a indagação que emerge é a seguinte: teria a Lei de Improbidade Administrativa conservado seu traço de ampla aplicabilidade, para impor sanção de perda de cargo público aos representantes eleitos e aos cargos tratados com distinção pela própria Lei Maior?

3.OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

A Constituição da República, que traz em seu bojo a forma republicana de Governo e a forma federativa de Estado (considerando, oportunamente, a legitimidade do plebiscito de 1993, em que o eleitorado escolheu definitivamente essas opções), previu hipóteses de crimes de responsabilidade, com o escopo de salvaguardar a nação de comportamentos lesivos perpetrados por ocupantes de cargos essenciais para a administração e para o desenvolvimento do Estado.

Os crimes de responsabilidade caracterizam-se como infrações político-administrativas que dão ensejo à perda do cargo e à inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos (CF, art. 52, parágrafo único)¹⁵. Referencia-se, aqui, os crimes de responsabilidade previstos no art. 85 da Constituição atual (seção III, Capítulo 2), os quais, conquanto sejam intitulados de “crimes”, não são sinônimos daqueles fatos típicos, culpáveis e antijurídicos tutelados pelo Direito Penal (como *última ratio*) e que podem corresponder à pena privativa de liberdade. Acerca dessa distinção, o penalista Rogério Greco argui:

Pelo que se percebe por intermédio das sanções previstas nos diplomas legais que cuidam do crime de responsabilidade, embora possuam essa denominação, não se infligem sanções de natureza penal, mas, sim, aquelas de cunho político administrativo, conduzindo à aplicação de sanções políticas, a

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** – 4. Ed – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 969.

exemplo da perda do cargo, a inabilitação por um período predeterminado etc¹⁶

A rigor, a própria Constituição trata de “crimes de responsabilidade” em mais de um comando, com sentidos distintos entre si. A título de exemplo, o mencionado art. 85, que trata da responsabilidade do Presidente da República, distingue-se do significado disposto no art. 102, I, c, que trata dos crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, bem como dos membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, nesse caso, referindo-se a ilícitos penais funcionais, em que há foro por prerrogativa de função relacionado à ocupação desses cargos.

Logo, deve-se esclarecer que os “crimes de responsabilidade” aqui retratados se referem às infrações político-administrativas (conforme preceituam MENDES e GRECO). As demais normas que compõem tal sistema normativo são a Lei nº 1.079/1050, o Decreto-Lei nº 201/1967, e também a Lei nº 7.106/1983.

Mediante essa delimitação temática, as infrações de responsabilidade visam a tutelar, sobretudo, a proteção do Estado, a probidade administrativa, reforçada pelas responsabilidades jurídica e ética, impondo como sanções a perda do cargo público e a inabilitação para o exercício de função pública, sanções estas de natureza política.

Consoante já aludido, a Constituição da República qualifica em seu art. 85 como “crimes” de responsabilidade, os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;**
- VI - a lei orçamentária;

¹⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – 18. Ed – Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 241.

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

De início, logo se verifica que o rol inserido no artigo é meramente exemplificativo, abrindo margem à responsabilização do Presidente da República por qualquer ato que atente contra à Constituição da República. Na visão de Alexandre de Moraes (2017):

(...) o Presidente poderá ser responsabilizado por todos os atos atentatórios à Constituição Federal, passíveis de enquadramento idêntico ao referido rol, desde que haja previsão legal, pois, o brocardo *nullum crimen sine typo* também se aplica, por inteiro, ao campo dos ilícitos político-administrativos, havendo necessidade de que a tipificação de tais infrações emane de lei federal, eis que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a definição formal dos crimes de responsabilidade se insere, por seu conteúdo penal, na competência exclusiva da União.¹⁷

Alexandre de Moraes (2017) menciona o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal sobre a competência exclusiva da União para tratar sobre a definição dos crimes de responsabilidade. Aliás, importante ressaltar, a Suprema Corte tem Súmula Vinculante editada e vigente nesse sentido, a SV nº 4618: *“A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União.”* E é amparado nesse entendimento que houve a recepção das Lei nº 1.079/1950 e 7.106/1983, bem como do Decreto-Lei nº 201/1967 pela Constituição em vigor.

A menção a crimes de responsabilidade com a natureza de infração político-administrativa está consolidada no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira Constituição da República de 1891 (art. 54), tendo sido regulamentada pelas Leis nº 27 e 30 de 1892, especificamente sobre os crimes de responsabilidade do Presidente da República¹⁹.

Importa consignar que, além do mencionado art. 85, a Constituição da República também menciona hipóteses de crimes de responsabilidade praticados pelo Vice-Presidente da República, bem como pelos Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica nos crimes de mesma natureza e conexos com

17 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 33. Ed – São Paulo: Atlas, 2017. p. 534-535.

18 Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2368> >

19 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 33. Ed – São Paulo: Atlas, 2017. p. 534-535.

aqueles – referindo-se ao Presidente e o Vice-Presidente da República (art. 52, I, da CRFB). Além desses, a Lei Maior também menciona hipóteses de crime de responsabilidades cometidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União (art. 52, II, da CRFB).

Em consonância com esse dispositivo constitucional, a Lei nº 1.079/1950 (que fora recepcionada pela CRFB/1988, repise-se), além de regulamentar os incisos do art. 85, também regulamenta as hipóteses cabíveis de crimes de reponsabilidades pelas autoridades do art. 52, II, da CRFB, e delimita outras questões processuais, consoante artigo 14 e seguintes.

Em se tratando de um regime especial político-administrativo, a casa competente para julgar essas infrações é o Senado Federal (art. 52 da CRFB). Destaca-se que, quanto às infrações de responsabilidade praticadas pelo Presidente da República, a Constituição da República promove uma importante diferenciação. No que concerne às infrações de responsabilidade da autoridade máxima do Poder Executivo Federal, o art. 86 impõe a necessidade de prévia autorização pelo quórum qualificado de 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados.

Por essa sistemática, evidencia-se uma forma de manter o equilíbrio entre os Poderes, inclusive na interação entre as Casas Legislativa, para não sobrelevar o poder do Senado Federal em detrimento da Câmara dos Deputados - considerando que nesta última estão a grande maioria dos representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional.

Em ambos os procedimentos (*ex vi* CRFB/88, art. 52 e art. 86) o julgamento político pelo Senado Federal representa o sistema de freios e contrapesos (ou *check and balances*)²⁰ consagrado pela Constituição da República, a obstar excessos por parte de determinado Poder ou autoridade, e a garantir, sobremaneira, a moralidade administrativa e a responsabilidade com a *res pública*.

No âmbito estadual, conforme preceituam as Leis nº 1.079/1950 e 7.106/1983, os Governadores e os Secretários de Estado devem ser julgados em infrações de responsabilidade pela Assembleia Legislativa do referido ente federativo ao qual são vinculados.

Já o regime de responsabilidade dos Prefeitos Municipais está disposto no Decreto-Lei nº 201/1967, que versa também sobre a cassação dos Vereadores. É salutar, contudo, destacar que os “crimes de responsabilidade” previstos no art. 1º do

²⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. n. p.

referido Decreto-Lei, na realidade, são crimes comuns, sendo, por isso, julgados pelo Poder Judiciário²¹. Dessa forma, consolidou-se na jurisprudência o entendimento de que apenas as infrações previstas no art. 4º do diploma normativo são crimes de responsabilidade de natureza político-administrativa.

A título conclusivo, verifica-se que, diferente dos sujeitos ativos que respondem às sanções da Lei de improbidade administrativa (conforme detalhado em tópico anterior), os sujeitos ativos das infrações de responsabilidade são bem mais restritos, determinados até o momento, pelas já mencionadas Leis nº 1.079/1950, 7.106/1983 e pelo Decreto-Lei nº 201/1967.

4.A SUJEIÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS CONCOMITANTEMENTE AOS REGIMES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE: ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

Uma vez delineados os institutos, é possível compreender por que a definição do regime de responsabilidade dos agentes políticos segue controversa. Desde a entrada em vigor da Lei nº 8.429/1992, discute-se aplicar (ou não) aos agentes políticos, sobretudo, considerando que a Constituição da República abarca concomitantemente dois regimes sancionatórios: o do art. 37, §4º (que sustenta a Lei de Improbidade Administrativa) e o dos arts. 52, I e II, 85 e outros (que recepcionaram às Leis nº 1.079/1950 e 7.106/1983 e o Decreto-Lei nº 201/1967).

Com isso, há condutas que podem ser sancionadas tanto pela Lei de Improbidade como pelas leis que regulamentam os crimes de responsabilidade. Além disso, o art. 85, inciso V, aponta o cabimento de Crime de Responsabilidade ao Presidente da República na hipótese de violação a probidade na administração, o que está respaldado pelas Leis infraconstitucionais que tratam sobre a matéria, também extensíveis a outros agentes políticos.

Daniel Assumpção Neves e Rafael Rezende Oliveira apontam a existência de três entendimentos sobre a aplicabilidade da Lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, a citar:

Primeiro entendimento: os agentes políticos submetidos à legislação especial, que versa sobre os crimes de responsabilidade, não se submetem à Lei 8.429/1992.

(...)

²¹ De acordo com o julgado no HC 70.671/PI de 1996, de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello (STF).

Segundo entendimento: os agentes políticos sujeitam-se às sanções de improbidade administrativa, previstas na Lei 8.429/1992, e às sanções por crime de responsabilidade, tipificadas na Lei 1.079/1950, no DL 201/1967 e na Lei 7.106/1983, que podem ser aplicadas de forma cumulativa sem que isso configure bis in idem.

(...)

Terceiro entendimento: os agentes políticos podem ser réus na ação de improbidade administrativa, com a consequente aplicação das sanções da Lei 8.429/1992, salvo aquelas de natureza política que somente podem ser aplicadas por meio do respectivo processo por crime de responsabilidade, com fundamento na Lei 1.079/1950, no DL 201/1967 e na Lei 7.106/1983.²²

O primeiro entendimento faz referência a uma distinção presente no texto constitucional entre a prática de atos ímprobos por agentes políticos, de um lado; e os agentes públicos, de outro. Seguindo esse raciocínio, os agentes públicos se enquadrariam na prática dos atos de improbidade previstos na Lei nº 8.429/1992, enquanto os agentes políticos somente responderiam por crimes de responsabilidade, previstos na própria Constituição, bem como das leis infraconstitucionais que regulam a matéria. Esse foi o entendimento encampado pelo Ministro Gilmar Mendes na RCL nº 2.138/DF23 (STF)²⁴.

O segundo entendimento aduz a possibilidade do duplo regime sancionatório aos agentes políticos (isto é, a sujeição concomitante ao regime especial dos crimes de responsabilidade, e ao regime geral da Lei de Improbidade Administrativa). Pontue-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem encampado este entendimento, sobretudo no que se refere aos agentes políticos municipais, consoante se verifica na edição nº 40 do Jurisprudência em Teses, mais especificamente na tese nº 2: *“Os agentes políticos municipais se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no*

22 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Improbidade administrativa: direito material e processual** / Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 51-56.

23 STF, Reclamação 2.138/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe070 18.04.2008 (Informativo de Jurisprudência do STF 471).

24 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional – 4. Ed – São Paulo: Saraiva, 2009.

Decreto-lei n. 201/196725”. No campo doutrinário, esse é o entendimento defendido por MARTINS JÚNIOR (2003)²⁶.

Por último, o terceiro entendimento é acolhido pela pesquisa. Não há que se falar em inaplicabilidade da Lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, porém, há uma importante distinção no quesito de aplicabilidade das sanções; uma vez que somente seriam cabíveis as sanções de natureza civil (multa, ressarcimento ao erário, por exemplo), resguardando-se as sanções de natureza política (perda do cargo, inabilitação para o exercício de função pública) para o processamento segundo o regime especial dos crimes de responsabilidade.

Dessa forma, defende-se a coexistência de ambos os regimes sancionatórios aos agentes públicos, porém com a separação dos escopos punitivos, não sendo possível a aplicação dessas sanções concomitantes – como a perda da função pública – no regime da Lei de Improbidade, enquanto o agente político se submetesse à competência desse regime especial. Nada impediria, porém, encerrado o mandato desse agente político, a possibilidade do regime sancionatório da lei de improbidade administrativa também impor aquelas sanções políticas, que antes só seria possível serem-lhe aplicadas no regime especial das infrações político-administrativa de responsabilidade.

A título ilustrativo, o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Ag.Reg nº 3.240/DF27, em 2018:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. SUJEIÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS A DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um **duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade**. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo

²⁵ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>

²⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Improbidade administrativa, agentes políticos e foro privilegiado**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 231-254, abr. 2003. ISSN 2238-5177.

²⁷ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315062116&ext=.pdf>

que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. 2. O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a Supremo Tribunal Federal regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Firmou-se neste julgado a sujeição dos agentes políticos ao duplo regime sancionatório, isto é, estes estão sujeitos às sanções da Lei de Improbidade Administrativa e das infrações político-administrativas, concomitantemente, reconhecido a independência de cada instância. A única exceção trazida ao bojo desse julgado é a do Presidente da República, que segundo o entendimento consolidado, somente se sujeita aos crimes de responsabilidade, de acordo com o art. 85, V, da CRFB/88.

Ademais, restou também fixado que inexistente o foro especial de prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, eis que estas possuem natureza civil, enquanto o foro funcional previsto na Constituição da República diz respeito a

situação, excepcionalíssima, de infrações penais comuns. Na verdade, esse entendimento é lógico: se o legislador constituinte quisesse estender hipóteses de foro por prerrogativa funcional ao regime dos atos de improbidade, este o teria feito de forma expressa, assim como fez com as infrações penais comuns de diversas autoridades.

O STF, ainda, julgou em 2019 o tema nº 576 da Repercussão Geral, firmando a seguinte tese: *"O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias"*. Com esse precedente, houve o alinhamento dos entendimentos do STF e do STJ, conforme o supramencionado no Jurisprudência em Teses, edição nº 40.

Assim, verifica-se que a atual composição do STF caminha no sentido de sujeição irrestrita dos agentes políticos ao duplo regime sancionatório, com exceção do Presidente da República. A corte parece ter seguido o posicionamento do eminente Ministro Carlos Velloso à época do julgamento da RCL nº 2.138/DF, tendo se posicionado no sentido de que abolir a ação de improbidade em face dos agentes políticos é o mesmo que estimular à corrupção, ressaltando: *"Precisamos, portanto, nos esforçar, cada vez mais para eliminar a corrupção na administração pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar máxima eficácia à Lei de Improbidade"*.

Entendemos, outrossim, de pouca razoabilidade a corrente que sustenta a inaplicabilidade do regime da Lei nº 8.429/1992 aos agentes políticos. Se esta, com toda a força das sanções que possui, é inteiramente aplicável aos agentes públicos de modo geral, não há lógica para que seja dispensada dos ocupantes de cargos públicos de relevante posição, como são os agentes políticos.

A bem da verdade, não há como se admitir que a previsão do regime especial dos crimes de reponsabilidade para esses agentes obste por completo a aplicação da lei de improbidade administrativa. É dever de todos os agentes públicos, e mais ainda dos agentes políticos, pelo grau de importância e responsabilidade da função, o correto trato da coisa pública e o estrito cumprimento dos princípios que complementam e guardam consonância com a moralidade administrativa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preservação da moralidade administrativa, da probidade, e da ética no tratamento da coisa pública é uma imposição de nossa Constituição da República vigente. Não à toa, como demonstrado no decorrer deste artigo, sobrelevaram-se em nosso ordenamento jurídico mecanismos sancionadores aos agentes que, no exercício

de funções públicas, violem os princípios constitucionais, a retidão e a responsabilidade nesse desempenho.

Não remanescem dúvidas da substancial importância da Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa, como artifício de inibição das práticas que afetam a moralidade na Administração Pública. No Brasil, faz-se mister que as políticas públicas exercidas pelos gestores sejam, no mínimo, executadas conforme o planejamento, sem que ocorram desvios de recursos públicos, enriquecimentos ilícitos, danos ao erário e violação aos princípios consolidados pela Constituição Cidadã.

Conforme narrado, a Lei Maior manteve em nosso ordenamento jurídico o regime especial dos crimes de responsabilidade, que adveio de Constituições anteriores, elevando o julgamento dos agentes políticos à regime especial, pelo Poder Legislativo, em resposta ao sistema de freios e contrapesos, de harmonia e separação dos poderes. Assim: o Presidente da República é julgado em crime de responsabilidade pelo Senado Federal; o Governador do Estado é julgado em crime de responsabilidade pela respectiva Assembleia Legislativa; e, por sua vez, o Prefeito Municipal é julgado pela Câmara de Vereadores nos crimes de responsabilidade, tendo todos eles em comum, a possibilidade de aplicação da sanção política da perda do cargo e da inabilitação temporária ao exercício de função pública, em decisão proferida atipicamente pelo Poder Legislativo.

Por sua vez, as sanções por atos de improbidade administrativa, de natureza constitucional, também incluem a perda da função pública, mas mediante processamento e julgamento por instância ordinária do Poder Judiciário, não havendo se falar, via de regra, em foro por prerrogativa funcional.

Seriam essas sanções também aplicáveis aos agentes políticos que recebem um tratamento diferenciado pelo mesmo diploma constitucional? Conclui-se em consonância com a lógica disposta no Terceiro entendimento do capítulo 4, ou seja, deve-se fazer uma diferenciação entre a natureza jurídica das sanções aplicáveis, em que pese a previsão irrestrita de aplicação dessas sanções.

Em favor dessa conclusão, milita a circunstância de a Constituição dispor acerca das sanções por atos de improbidade administrativa em capítulo que trata sobre a Administração Pública como um todo, ante a criação de uma norma geral, a atingir todos os agentes públicos, inclusive os agentes políticos. Por outro lado, admitido o tratamento diferenciado imposto pela Constituição aos agentes políticos, no caso de crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas), cuja sanção é a perda do cargo público ou a inabilitação temporária para o exercício de função pública, não há como se desconsiderar essa sistemática, tampouco minorar esse tratamento especial conferido pela Lei Maior.

A lógica constitucional confere um sistema de prerrogativas aos ocupantes de cargos fundamentais à Administração da República Federativa do Brasil. Violaria essa lógica, por exemplo, a possibilidade de, considerando o tratamento dado aos crimes de responsabilidade, o Presidente da República perder o seu cargo por decisão de Juízo ordinário de qualquer lugar do país.

Nessa lógica, parece mais harmonioso com as normas constitucionais a interpretação que preconiza a distinção entre a natureza jurídica das sanções, assim sintetizada: a Lei nº 8.429/1992 deve ser aplicada a todos os agentes públicos, sem distinções, porquanto a moralidade administrativa alcança todos os agentes públicos, todavia, as sanções de natureza política não devem ser aplicadas aos agentes que se sujeitarem ao regime especial dos crimes de responsabilidade, mas tão somente as sanções de natureza civil.

Acrescente-se, ainda, que a aplicação das sanções políticas da lei de improbidade administrativa somente será obstada enquanto o agente for titular do cargo público sujeito aos crimes de responsabilidade. A própria Lei nº 8.429/1992 dispõe que a prescrição começará a contar do término do mandato. Em decorrência disso, é plenamente possível a regência pela Lei de Improbidade, inclusive com a cominação das penalidades de natureza política, aos *ex-ocupantes de cargos públicos* - que antes estavam sujeitos somente ao regime das infrações político-administrativas de responsabilidade.

Por todo o exposto, entender pela não sujeição integral da Lei de improbidade administrativa aos agentes políticos careceria de plausibilidade jurídica. Estar-se-ia a dispensar a aplicação das sanções de natureza civil previstas naquele diploma normativo, que incluem o ressarcimento ao erário, a indisponibilidade de bens e a aplicação de multa. Não haveria razoabilidade em se aplicar essas sanções aos agentes públicos em geral e fazer grande distinção para com os agentes políticos, que se sujeitariam tão somente à perda do cargo e a inabilitação temporária a função pública (sanções políticas dos crimes de responsabilidade).

É certo, todavia, que a controvérsia acerca desse tema ainda remanescerá, tendo os Tribunais Superiores que se manifestarem em casos vindouros. No atual cenário jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal afirmou a sujeição dos agentes políticos ao duplo regime sancionatório, com única ressalva ao Presidente da República - entendimento esse que é também acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.

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

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.240**, de 8 de maio de 1941. Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm.

BRASIL. **Lei nº 1.079**, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm.

BRASIL. **Lei nº 3.164**, de 1º de junho de 1957. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do artigo 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/1950-1969/L3164.htm.

BRASIL. **Lei nº 3.502**, de 21 de dezembro de 1958. Regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3502.htm.

BRASIL. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm.

BRASIL. **Lei nº 7.106**, de 28 de junho de 1983. Define os crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal, dos Governadores dos Territórios Federais e de

seus respectivos Secretários, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7106.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.106%2C%20DE%2028,Secret%C3%A1rios%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** -3. ed, Salvador: Juspodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos** / José dos Santos Carvalho Filho. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**/José dos Santos Carvalho Filho. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

DELGADO, José Augusto. **O princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988**. Revista dos Tribunais, v. 680, p. 34-46, 1992. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79062610.pdf>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**, São Paulo, Saraiva, 1974.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – 18. Ed – Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** – 20. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Improbidade administrativa, agentes políticos e foro privilegiado**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 231-254, abr. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45693>.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**, São Paulo, Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** -42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** – 4. Ed – São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 33. Ed – São Paulo: Atlas, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Improbidade administrativa: direito material e processual** / Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais** – 8. Ed. - São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – 25. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2005.

STF, **Reclamação 2.138/DF**, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe070 18.04.2008 (Informativo de Jurisprudência do STF 471).

STF, **Ag.Reg nº 3.240/DF**, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 171 21.08.2018 (informativo de Jurisprudência do STF 901).

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**/ André Ramos Tavares. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A REFORMA TRABALHISTA E A NOVA MODALIDADE DE TRABALHO DENOMINADA TRABALHO INTERMITENTE

JOÃO ERNESTO LIMA DE OLIVEIRA:

Bacharelado do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus de Manaus.

RESUMO: O trabalho intermitente surge com a redação do artigo 443 da CLT e a letra fria da lei se denomina como toda prestação de trabalho de forma descontinuada, ou seja, aquele tipo de trabalho em que o trabalhador não fica a disposição da empresa pelo espaço temporal contínuo com alternância de atuação laboral. É uma inovação ou um retrocesso? Esse é um questionamento cujas respostas estão cercadas de posicionamentos ideológicos e não puramente técnicos. Assim, este trabalho tem como objetivo geral discutir as nuances do trabalho intermitente no Brasil, a partir da redação do artigo 443 da CLT, além de especificamente entender o que se classifica como trabalho intermitente, verificar suas condicionalidades, características e especificidades, e analisar como a lei se aplicará no Brasil. Assim sabe-se que a interpretação das normas trabalhistas está profundamente submetida à interpretação jurídica, a denominada hermenêutica jurídica, mas não se pode esquecer que as decisões no campo do direito a jurisprudência axiológica que se consubstancia nas interpretações em que os valores sociais devem se sobrepor aos valores particulares. A pesquisa foi eminentemente bibliográfica em artigos científicos que trata do problema. Não resta dúvida que o contrato de trabalho intermitente regulamentado pela reforma trabalhista é um amplo espectro de arranjos contratuais, centrados na ausência de horas contínua em algumas atividades econômicas. Mas seria preciso estabelecer diferentes definições e cláusulas de amostra, situando essa modalidade de trabalho no contexto mais amplo de arranjos de trabalho precário ou casuais e, isso não foi feito.

Palavras-Chaves: Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista. Trabalho Intermitente.

ABSTRACT: Intermittent work appears with the wording of article 443 of the CLT and the cold letter of the law is called as all work provision in a discontinued way, that is, that type of work in which the worker is not available to the company for the continuous time space alternating work activities. Is it an innovation or a setback? This is a question whose answers are surrounded by ideological and not purely technical positions. Thus, this work has as its general objective to discuss the nuances of intermittent work in Brazil, based on the wording of article 443 of the CLT, in addition to specifically understanding what is classified as intermittent work, verifying its conditionalities, characteristics and specificities, and analyze how the law will apply in Brazil. Thus, it is known that the interpretation of labor standards is deeply subject to legal interpretation, the so-called legal hermeneutics, but one must not forget that

decisions in the field of law and axiological jurisprudence that are embodied in interpretations in which social values must overlap particular values. The research was eminently bibliographic in scientific articles that deal with the problem. There is no doubt that the intermittent employment contract regulated by the labor reform is a wide spectrum of contractual arrangements, centered on the continuous absence of hours in some economic activities. But it would be necessary to establish different definitions and sample clauses, placing this type of work in the broader context of precarious or casual work arrangements, and this has not been done.

Keywords: Labor Law. Labor Reform. Intermittent work.

1 INTRODUÇÃO

O artigo oferecerá uma definição ampla de emprego precário, regulamentado no Brasil da mudança do artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT a partir do advento da Lei nº 13.467/2017, dentro da qual os outros argumentos podem ser posicionados. A definição busca unificar os relatos econômicos e sociológicos do emprego precário que dominaram as justificativas para a inclusão deste tipo de trabalho no Brasil.

O artigo vê o emprego precário como parte de uma estratégia perseguida pelas elites políticas e econômicas para estender e aprofundar a mercantilização do trabalho. O estudo fornecerá então um estudo bibliográfico de emprego precário no Brasil. Especificamente, analisará o recente aumento de contratos intermitentes no Brasil.

Os contratos intermitentes aumentaram acentuadamente no contexto pós-reforma trabalhista e são associados a baixos salários, insegurança de renda e crescente desigualdade. No entanto, por muitos anos, o mercado de trabalho altamente flexível do Brasil foi incapaz de gerar competitividade em relação aos outros países.

Dessa forma, a regressiva reestruturação do mercado de trabalho no Brasil provavelmente aprofundará as principais fraquezas de sua economia política. O exemplo do Brasil deve servir de alerta para outros países que buscam a salvação econômica em uma maior flexibilização e precarização do mercado de trabalho do lado da oferta.

Com base nas lições de países que possuem essa modalidade de trabalho, o artigo concluirá argumentando que a mercantilização do trabalho por meio da precarização deve ser rejeitada por razões econômicas, sociais e políticas a partir da luta política entre liberais e progressistas.

O aumento do emprego precário pode agravar as desigualdades e envolver uma corrida ao fundo do poço econômica. Além disso, é provável que privilegie o trabalho com baixos salários e poucas qualificações na economia brasileira em violação direta das propostas da estratégia para obter uma conta de valor acrescentado baseada no conhecimento para o crescimento econômico.

Assim, este trabalho tem como objetivo geral discutir as nuances do trabalho intermitente no Brasil, a partir da redação do artigo 443 da CLT, além de especificamente entender o que se classifica como trabalho intermitente, verificar suas condicionalidades, características e especificidades, e analisar como a lei se aplicará no Brasil.

2 ÂNGULO VISUAL DA REFORMA TRABALHISTA

O ponto de observação do tema pressupõe a identificação de uma interpretação da reforma trabalhista de 2017. Se a reforma foi recentemente aprovada e entrou em vigor em 2018, um primeiro teste deve ser tentado, isso se relaciona essencialmente com o modelo que o legislador forneceu, tendo que notar que os tempos ainda são prematuros para expressar um julgamento definitivo sobre os resultados que esse modelo é capaz de expressar.

Entre as interpretações que surgiram no debate do direito do trabalho, aqueles que se referem a ele certamente têm um peso particular à continuidade/ ruptura do modelo oposto, daí derivando posturas muito diversificadas, destinadas, respectivamente, a realçar ou a ofuscar os traços de conservação ou de inovação, com muitas e variadas distinções internas.

Não faltam pontos de observação que enfatizem uma manutenção geral ou atualização do modelo, enquanto outros submetem as intervenções do legislador a uma espécie de teste de resistência do lado da eficácia.

O plano de observação que privilegiou em vez disso (sem necessariamente excluir outros) para os temas de trabalho intermitente é aquele de consistência entre os objetivos declarados e a realização do mesmo, pelo menos no estado potencial; só nesse sentido, permite falar de um modelo, um modelo que pertence ao modelo que o legislador adotou após anunciá-lo.

Com uma boa dose de vontade, é possível se vislumbrar o *design* geral da reforma que começou ainda no governo Fernando Henrique e ficou anos e anos na gaveta do presidente da Câmara dos Deputados, chegando ao plenário somente no ano de 2017, após uma decisão do presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia que se aliou ao discurso neoliberal do presidente da república Michel Temer e sua "ponte para o futuro". Assim surgiu a figura do trabalho intermitente da reforma

trabalhista, fruto da proposta do ultraliberal deputado Rogério Marinho, relatou da reforma trabalhista na Câmara dos Deputados, admitida pelo relator da projeto de lei no senado federal, o ultraliberal senador Ricardo Ferraço. Tanto Rogério Marinho, quanto Ricardo Ferraço não se reelegeram aos seus respectivos cargos nas eleições de 2018,

A inclusão do trabalho intermitente na reforma trabalhos se baseou em quatro fundamentos, segundo o relator na Câmara dos Deputados, deputado Rogério Marinho: a) encontrar uma ordem interna no trabalho subordinado (primeiro reorganização e depois disciplina orgânica) e reduzir os tipos flexíveis de trabalho subordinado para trazer de volta o universo flexível de trabalho para uma relação de emprego permanente; b) Iniciar a migração do trabalho não subordinado para o trabalho subordinado por tempo indeterminado; c) Em algum tipo de troca ou compromisso sistemático, para intervir em uma remodelação das consequências sancionatórias da demissão ilegítima; e. d) remodelar o sistema de proteção social, tornando-o universal, e intervir nas políticas ativas de trabalho.

Sem poder entrar em uma investigação mais aprofundada, acredita-se que as novas disciplinas de trabalho intermitente e trabalho acessório contidas na Lei 13.467/2017 são a contraprova de que os objetivos indicados acima lutam para a ser realizado, tendo em conta os temas mencionados na alínea a e sub b: à luz destes objetivos, o legislador de 2017 teria esperado a superação dos trabalhos intermitente e não a sua permanência em sistema, considerando que a transferência de trabalho flexível e precário para trabalho permanente não são exatamente compatíveis com casos concretos.

As duas disciplinas - sujeitas a manutenção substancial e trabalhos de manutenção atualização e, no caso de trabalhos auxiliares, alguns perigosos aberturas para cenários elusivos - eles confiam questões críticas ao advogado trabalhista sem solução, com repercussões sistemáticas importantes: força de trabalho intermitente questionar qual é o limite extremo do vínculo de subordinação enquanto o trabalho auxiliar levanta mais de uma questão sobre qual é o limite natural entre trabalho autônomo e trabalho subordinado;

3 CONTRATOS INTERMITENTES NO CONTEXTO GERAL DO MERCADO DE TRABALHO

A modalidade de trabalho denominada intermitente é uma forma utilizada no mercado de trabalho em muitos países há muito tempo têm um significado simbólico de tudo o que se pensa estar errado no mercado de trabalho de hoje. Eles tiveram notícias adversas na imprensa de campanhas políticas e sindicais, destacando as más práticas (ADAMS e PRASS, 2016).

As percepções do público permanecem altamente negativas. Por outro lado, algumas organizações empresariais e comentaristas argumentaram que o desemprego seria muito maior sem o trabalho intermitente e eles são parte integrante do mercado de trabalho flexível que tem registrado números recordes de empregos no mundo inteiro (SOUZA JÚNIOR, 2017).

Nenhuma das opiniões deve ser descartada levemente. As evidências recentes apresentadas confirmam que há muitos exemplos de práticas ruins em torno do trabalho intermitente que poucos endossariam. Da mesma forma, se deve ter cuidado ao introduzir restrições que possam reduzir as oportunidades de emprego e a flexibilidade que possa servir tanto para empregadores quanto para trabalhadores (DELGADO e DELGADO, 2017).

No entanto, acredita-se que ambas as visões não refletem a real importância do trabalho intermitente no mercado de trabalho do Brasil. A melhor estimativa é que o trabalho intermitente representa entre 1% e 3% da força de trabalho. O mercado de trabalho do Brasil já é altamente flexível para os padrões internacionais, e é implausível dizer que a incidência ou o aparente aumento nos últimos anos podem ser responsáveis pelo forte crescimento do emprego desde 2010, quando a flexibilização do mercado de trabalho se intensificou no Brasil (GOMES e GOTTSCHALK, 2018).

Assim, nem o trabalho intermitente pode explicar plausivelmente o aumento do subemprego e a insegurança e a queda dos salários reais nos locais de trabalho do Brasil desde 2008 e nem a busca pelo trabalho regular o pode. Com isso se pode definir este tipo de trabalho atípico como todos os funcionários não permanentes (trabalho autônomo, funcionários temporários, trabalhadores familiares não remunerados e aqueles que trabalham no governo e esquemas de treinamento). A parcela de trabalho atípico por esta definição era no Brasil um pouco mais de 21% no ano de 1990 e um pouco menos de 21% no ano de 2013 (GOMES e GOTTSCHALK, 2018).

No entanto, são bem fundamentadas as percepções de que o trabalho atípico tem sido uma forte característica do mercado de trabalho no Brasil já há algum tempo. Ao longo dos três anos de 2010 e 2013, o trabalho atípico representou mais de 40% por cento do aumento total do emprego, mesmo não possuindo nenhum tipo de regulamentação no Brasil (ANTUNES, 2013).

Nos primeiros três anos da recuperação do mercado de trabalho na década de 1990 - entre 1993 e 1996 - o trabalho atípico representou cerca de 25% do crescimento geral do emprego. No entanto, quase todo o aumento recente do trabalho atípico foi no trabalho autônomo. Em contraste, o aumento do trabalho atípico na recuperação dos anos 1990 foi impulsionado por um aumento no número de empregados temporários, principalmente na governança pública (CESARINO JUNIOR, 2009).

A linha que mostra os contratos de trabalho intermitente ilustra porque o problema teve um perfil tão inesperado, com um aparente aumento entre 2010 e 2012 de quase 50% por cento. Não se estar, entretanto, confiantes de que as estatísticas do Ministério do Trabalho – MT sejam inteiramente confiáveis sobre a tendência (FANELLI, 2014).

Eles parecem não mostrar nenhum aumento subjacente nos contratos de trabalho intermitente no setor público nos últimos sete anos, o que parece implausível. No entanto, não há nenhuma outra fonte de informação disponível atualmente sobre as tendências gerais. As últimas estimativas para 2025 ilustram um problema adicional no estabelecimento de uma série temporal confiável (DELGADO e DELGADO, 2017).

Os números mostram um aparente aumento nos contratos de trabalho intermitente (embora a última seja uma estimativa intermediária do MT com uma faixa de 600 mil empregos intermitentes para refletir o pequeno tamanho da amostra). Acha-se muito improvável que isso possa ser explicado por um aumento nos empregos reais com contrato de trabalho intermitente. O MT alerta que, com os altos níveis de publicidade nos últimos doze meses, é muito provável que mais pessoas tenham percebido que estão com contrato de trabalho intermitente (GOMES e GOTTSCHALK, 2018).

Além disso, pensa-se que também é improvável que empregadores aumentaram repentinamente o uso de contratos de trabalho intermitente. A publicidade tem sido bastante adversa e pode ter desencorajado alguns empregadores de usar o trabalho intermitente, que de outra forma teriam feito, enquanto alguns empregadores disseram que revisarão o uso futuro. Também não há nenhum evento único - como as Olimpíadas de 2016 - que poderiam ajudar a explicar por que eles deram um salto nos números. Dito isso, os novos números são, sem dúvida, um reflexo mais preciso do nível real de contratos de trabalho intermitente (FORTIN, 2016).

O MT publicará mais informações sobre as estatísticas derivadas da Pesquisa de Força de Trabalho junto com novas estimativas derivadas de pesquisas de negócios em abril de 2020, ainda sem os efeitos da pademia da COVID-19. Na última linha, adiciona-se alguns contratos intermitentes ao total de trabalho atípico, assumindo que aproximadamente dois terços de todos os empregos com contrato de trabalho intermitente (SOUZA JÚNIOR, 2017).

Isso aumenta ligeiramente a participação do trabalho atípico no último ano em comparação com os anos anteriores, mas não o suficiente para mudar a conclusão geral de que o crescimento dos trabalhos intermitentes ainda não faz parte de um movimento geral em direção ao trabalho atípico no mercado de trabalho como um todo (CEZAR, 2012); (ADAMS e PRASS, 2016).

3.1 O que trabalho precário

As definições de emprego precário frequentemente estão em tensão umas com as outras, o que torna as medições comparativas entre diferentes fronteiras nacionais uma tarefa difícil. Embora existam definições gerais de precariedade, na prática, existem várias formas de acordos de trabalho precários e atípicos (DELGADO e DELGADO, 2017).

O emprego precário é geralmente definido em relação a acordos de trabalho padrão. O trabalho padrão está associado ao emprego em tempo integral, sem limite de tempo vinculado ao trabalho, e geralmente está associado a maior segurança no emprego e maiores taxas de pagamento (FORTIN, 2016).

Contra isso, o trabalho precário é visto como menos seguro e envolvendo menos proteção aos funcionários. O emprego precário tem, portanto, mais probabilidade de envolver trabalho de meio período e está provavelmente associado a menor segurança no emprego e remuneração. Pode-se seguir a definição da OIT (2011) de trabalho precário, que afirma que o emprego precário é: "relação de trabalho em que falta segurança no emprego, considerada um dos principais elementos do contrato de trabalho. Este termo abrange contratos de trabalho temporários e a termo certo, trabalho em casa e subcontratação". Essa falta de segurança no emprego é um elemento central de todas as formas de trabalho precário. Esse estado de insegurança pode assumir muitas formas qualitativas diferentes (FURTADO, 2001).

O trabalho precário inclui uma grande variedade de diferentes práticas de emprego não padronizadas. Estes incluem contratos de trabalho atípicos, associados em particular ao trabalho temporário e a períodos de emprego a termo certo, bem como o que foi denominado trabalho muito atípico - contratos de trabalho intermitente e trabalho à disposição onde nenhum número mínimo de horas é garantido nos termos do contrato. Isso é paralelo à grande variedade de trabalho informal na periferia do mercado de trabalho e em empregos não registrados (LOBO, 2014).

Como se deve abordar a aparente heterogeneidade das práticas de trabalho precárias? Na literatura, pode-se identificar uma ampla divisão entre análises amplamente econômicas da precariedade, que tendem a se concentrar no emprego precário como uma relação jurídica entre empregador e empregado, e relatos mais sociológicos que conceituam a precariedade como uma característica generalizada do trabalho e da vida dentro sociedades cada vez mais mercantilizadas e individualizadas (SILVA, 2016).

Enquanto a abordagem econômica tende a classificar diferentes graus de precariedade de acordo com uma análise de diferentes formas contratuais, focalizando

por sua vez em um conjunto limitado e quantificável de variáveis, a abordagem sócio jurídica tende a enfatizar os aspectos subjetivos e vividos de precariedade - a sensação generalizada de insegurança, isolamento e incerteza que tende a caracterizar as sociedades onde predominam os mercados de trabalho flexíveis (MACIEL, 2016).

Na definição de emprego precário defende que as abordagens sócio jurídica e econômica não devem ser separadas. Em vez disso, eles deveriam ser reunidos para gerar uma teoria crítica focada empiricamente, mas teoricamente informada, do emprego precário. Como pode proceder tal abordagem? (GOMES e GOTTSCHALK, 2018).

A análise do emprego precário deve partir das relações que definem o capitalismo como um sistema econômico distinto. Deve-se então traçar como essas relações sociais ganham forma concreta em diferentes cenários históricos e institucionais. A lucratividade é o principal imperativo que sustenta a economia política global (MARANHÃO, 2016).

A lucratividade, entretanto, depende de uma relação social. Requer a separação legal dos produtores das mercadorias que eles produzem com seu trabalho. Por esse motivo, o próprio processo de acumulação - a produção de mercadorias para troca lucrativa - passa necessariamente pela reprodução do arcabouço jurídico, moral e social que garante a existência da força de trabalho como mercadoria (POLANYI, 2010).

Isso significa que os mercados não podem existir independentemente do contexto social em que estão inseridos. Há sempre uma conexão embutida entre instituições econômicas e extra econômicas. Não se pode estudar legitimamente a esfera econômica (relações de produção-consumo-distribuição) sem também fornecer uma explicação da esfera sócio jurídica (as redes de relações extra econômicas que sustentam a acumulação) (RUSSOMANO, 2007).

Como relacionar essas reflexões à questão do emprego precário? Considera-se uma situação em que a determinação do salário é inteiramente fundamentada pelas forças de mercado. Pode-se chamar isso de determinação econômica e jurídica do preço e das condições da relação de trabalho. Se o salário for alcançado, no entanto, por meio de instituições puramente sociais fora do mercado - ou seja, por legislação salarial ou por acordos de negociação coletiva, então se pode considerar o salário, neste caso, como sendo determinado por fatores extra econômicos (SAHUQUILLO, 2015).

Na prática, esses são tipos ideais, e a determinação dos salários dos trabalhadores e suas condições de emprego tende a envolver uma complexa coarticulação dessas lógicas institucionais econômicas e extra econômicas. O que vê no emprego precário, entretanto, é o impulso crescente de tratar o trabalho como se

fosse uma mercadoria; isto é como se tivesse um preço natural determinado unicamente pelas forças do mercado (SAHUQUILLO, 2015).

A erosão dos acordos coletivos de trabalho, o assalto aos termos e condições de trabalho, a diminuição dos direitos fundamentais no local de trabalho: tudo isso representa uma invasão do econômico - e da lógica de mercantilização que o acompanha - no esfera extra econômica (SOUZA JÚNIOR, 2017).

Deve-se, portanto, ver o aumento do emprego precário expresso principalmente como uma tentativa de mercantilizar cada vez mais a força de trabalho. Isso significa essencialmente que os empregadores podem tratar o trabalho do empregado como qualquer outro insumo no processo de produção - descartável, substituível e, em essência, determinado não por instituições sociais, mas por instituições de mercado (SAHUQUILLO, 2015).

Como tal, o emprego precário não é, em última análise, simplesmente uma questão econômica. É fundamentalmente uma questão de forças sociais, que crucialmente envolve na prática um desequilíbrio de poder na relação empregador-trabalho (SOUZA JÚNIOR, 2017).

Diante dessa concepção, pode-se agora identificar uma série de características que geralmente caracterizam o trabalho precário, segundo Delgado e Delgado (2017, p. 33):

- O trabalho pode ser rescindido com pouco ou nenhum aviso prévio do empregador;
- As horas de trabalho são incertas ou podem ser alteradas à vontade pelo empregador;
- Os ganhos são incertos ou irregulares;
- As funções do trabalho podem ser alteradas à vontade pelo empregador;
- Não há contrato explícito ou implícito para emprego contínuo;
- Na prática, não existe proteção contra a discriminação, o assédio sexual e as práticas de trabalho inaceitáveis;
- O emprego é de baixa renda - igual ou inferior ao salário mínimo;

- Há pouco ou nenhum acesso aos benefícios de emprego não remunerado padrão, como licença por doença, licença doméstica, licença por luto ou licença parental;
- Há oportunidade limitada ou nenhuma oportunidade de adquirir e reter habilidades por meio do acesso à educação e treinamento;
- A tarefa executada ou as práticas de saúde e segurança no local de trabalho tornam o trabalho insalubre ou perigoso.

Este tipo de trabalho está em ascensão na economia dita liberal e no Brasil havia uma proteção com relação a essas práticas, mas com a mudança do artigo 443 da CLT provocada pela Lei nº 13.467/2017 isso mudou. Este reposicionamento exigiria uma reformulação radical da abordagem atual da economia liberal em relação ao emprego precário e à desigualdade de renda (DELGADO e DELGADO, 2017).

3.2 Trabalho intermitente - uma nova abordagem

A justificativa de regulamentar uma situação irregular pode-se afirmar ser bastante plausível, mas a justificativa de que o trabalho intermitente irá dinamizar o mercado de trabalho não é verdadeira. Nenhuma hora recebeu relativamente pouca atenção até recentemente e a base de evidências - embora incompleta - se expandiu muito desde então.

É difícil evitar a conclusão de que se trata de uma forma de contrato altamente polarizada. Eles podem fornecer aos indivíduos as flexibilidades que eles exigem e parecem se adequar a um número significativo de pessoas próximas ou na idade de aposentadoria. Eles também podem funcionar para pessoas com habilidades e conhecimentos em alta demanda e para alguns alunos.

Mas também está claro que eles também podem estar associados a algumas das piores formas de exploração no mercado de trabalho de hoje, e aumentam os problemas enfrentados pelas famílias de baixa renda.

O objetivo geral da abordagem da Reforma Trabalhista de 2017 de regulamentar o trabalho intermitente foi o de minimizar o número de pessoas que sentem que não têm escolha a não ser aceitar esses contratos porque não há trabalho regular disponível.

Os contratos de trabalho intermitente só devem ser usados quando houver uma necessidade comercial clara, quando outras opções tiverem sido descartadas como impraticáveis e quando os indivíduos as assinarem voluntariamente conforme preceitua o artigo 443 da CLT, acrescido pela Lei nº 13.467/2017. É claro que isso

dependerá do impacto mais amplo das políticas que afetam o desempenho geral do mercado de trabalho e de uma distribuição mais igualitária das oportunidades de emprego. Mas o Estado também pode influenciar o comportamento do empregador, seja por meio de alavancas diretas no setor público ou indiretamente por meio de códigos de prática no setor privado.

Uma surpresa significativa de algumas das evidências da pesquisa, é a falta de diferenciação nas respostas das pessoas com contratos intermitentes e pessoas com contratos regulares no que diz respeito a algumas das respostas sobre satisfação no trabalho e engajamento dos funcionários. A pesquisa do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE (2019) pode não ser muito comparável - por exemplo, o ideal seria comparar pessoas em, digamos, assistência social com contratos intermitentes com pessoas em assistência social com contratos regulares. Mas a suposição inicial de que as pessoas com contratos intermitentes estariam, em média, menos comprometidas ou menos satisfeitas com seu trabalho do que aquelas com contratos regulares, não parece ser apoiada pelas evidências.

O que fica claro na pesquisa do DIEESE (2019) é que muitas pessoas em contratos intermitentes e muitos empregadores que os utilizam não parecem ter muita clareza sobre o direito aos direitos trabalhistas.

Como o mais alto nível de transparência possível é uma parte fundamental da abordagem geral do governo ao mercado de trabalho, há um caso muito forte para intervenções governamentais mais eficazes para garantir que isso seja tratado como uma questão de urgência, é melhor trabalhar para melhorar as práticas em torno dos contratos de trabalho intermitentes do que legislar para sua proibição.

Suspeita-se que, para alguns empregadores, uma proibição seria ineficaz - os empregos seriam redefinidos com um número mínimo de horas e os contratos refeitos para que as pessoas passassem do *status* de empregado para trabalhador (conferindo menos direitos trabalhistas). Além disso, as más práticas não se limitam àqueles com contratos intermitentes e as pessoas sendo maltratadas com zero hora provavelmente seriam maltratadas se tivessem um contrato mais regular.

4 A LEI Nº 13.467/2017

Além da exclusividade, outra área importante é a extensão da obrigação mútua de fornecer e aceitar trabalho. Os tribunais consideraram que a prática que mais importa do que a redação dos contratos e dos trabalhadores intermitentes considerados trabalhadores pela entidade patronal podem, na realidade, ser trabalhadores. Isso, no entanto, cria uma grande incerteza para empregadores e trabalhadores, e dá a alguns empregadores um incentivo para não fornecer padrões regulares de trabalho mesmo quando isso for viável.

Além disso, há alguma confusão sobre se os funcionários podem recusar legitimamente o trabalho. A última nota informativa do MT que implica que eles podem geralmente, como empregador não ser obrigado a oferecer trabalho a trabalhadores com contrato intermitentes - mas eles também não são obrigados a aceitar qualquer trabalho que seja oferecido.

No entanto, a pesquisa do DIEESE (2019) descobriu que 15% das organizações respondentes tinham contratos que obrigavam os trabalhadores com contratos intermitentes a sempre aceitar trabalho e outros 17% deram a resposta surpreendentemente vaga de às vezes, depende das circunstâncias.

No setor público, outros 15% por cento das organizações disseram que não sabiam. A posição é pior na prática, com 23% das organizações dizendo que, na prática, espera-se que os funcionários aceitem trabalho temporário independentemente do que está escrito em seu contrato, e outros 21% disseram às vezes, depende das circunstâncias (DIEESE, 2019).

As respostas dos próprios trabalhadores intermitentes sugerem que os empregadores são menos rígidos na aplicação de penalidades, com apenas 3% relatando que as penalidades são sempre impostas. No entanto, outros 17% dos titulares de trabalho intermitente relataram que poderiam ser penalizados se recusassem. A posição atual é claramente insatisfatória. Se os empregadores quiserem ficar livres da obrigação de oferecer horas, eles também devem aceitar que os trabalhadores têm o direito de recusar o trabalho, mesmo quando isso incomoda o empregador.

A obrigação mútua ou a falta dela deve cortar nos dois sentidos. No mínimo, precisa-se de uma declaração clara apoiada pelo governo e talvez incorporada a um Código de Conduta para deixar claro que os trabalhadores têm o direito de recusar. Na prática, os empregadores podem, obviamente, discriminar os trabalhadores que consideram irracionais, restringindo ou não oferecendo horários no futuro (Brasil, 2017).

Isso seria desencorajado pelo estabelecimento mais claro do princípio de que os trabalhadores devem ser livres para recusar o trabalho sem medo de recriminação, e proporcionaria aos indivíduos que desejassem apresentar queixa por discriminação por meio dos tribunais com maior certeza (BRASIL, 2017).

4.1 Melhorando a transparência

Sem dúvida que a nova redação do art. 443 da CLT com o advento da Lei nº 13.467/2017, independente de qualquer outra avaliação, ele permite a melhoria da transparência nas relações de trabalho, muito obscuras quando se tratava deste tipo

de trabalho. Mas não se pode esquecer que essa situação ficou durante muito tempo esquecida e pode perfeitamente continuar esquecida apesar da lei. O Estado, para garantir a transparência precisa trabalhar em dois níveis através da fiscalização do MT. O primeiro é o conselho transversal que se aplicaria a todos os setores da economia sobre a definição de contratos intermitentes e a extensão das obrigações mútuas, o direito a direitos e alguns princípios básicos de uso justo em torno do uso de contratos intermitentes.

Isso incluiria conselhos sobre o uso justo da exclusividade. É claro que existe uma grande confusão e ignorância sobre exatamente quais direitos trabalhistas aqueles com contratos intermitentes têm direito, em parte relacionada a confusões sobre se as pessoas têm *status* de trabalhador ou empregado. Esta é uma área em que o Estado deve assumir a liderança, recorrendo, sempre que necessário, ao aconselhamento especializado de órgãos como a DIEESE

O segundo nível é setorial. Os contratos intermitentes podem ser bastante marginais na força de trabalho em geral, mas é muito importante em alguns setores. Por exemplo, no setor de serviços, afirma-se que até 20% da força de trabalho pode estar em contratos de trabalho intermitentes, em comparação com entre 1% e 3% nacionalmente.

Também está claro que a prática, a incidência e os trabalhadores intermitentes variam significativamente entre, digamos, o setor de serviços e al alguns casos no setor industrial e até no agronegócio. O Governo tem um papel importante em encorajar os órgãos do setor a fornecer conselhos mais detalhados para organizações e indivíduos sobre como as melhores práticas podem ser implementadas. Isso é especialmente verdadeiro em áreas onde o governo tem influência significativa, seja como um grande empregador ou como o financiador principal.

5 O "STATUS" LEGAL DO TRABALHADOR INTERMITENTE

As enormes dificuldades em garantir a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores intermitentes, que por muito tempo paralisaram o processo de legalização do caso, sem dúvida decorrem, mais do que da mera temporariedade e intermitência da aplicação trabalhista, a partir da separação estrutural e programática entre (titular do) contrato e (usuário real) da relação de trabalho.

Para o trabalhador intermitente, de fato, a ativação de um contrato de trabalho que o coloque numa relação com dois potenciais empregadores (fornecedor e utilizador) pode resultar, de fato, em nenhum empregador efetivo ou, em qualquer caso, num fluido determinação e, portanto, difícil controle dos poderes e responsabilidades ligados ao uso de mão de obra heterodireta.

Particularmente emblemática, desse ponto de vista, é a experiência inglesa. As profundas incertezas expressas pela jurisprudência com referência à qualificação do contrato entre trabalhador intermitente e agência de trabalho temporário, juntamente com a dificuldade de integração dos requisitos de antiguidade contínua de serviço exigidos pela legislação inglesa tornaram-no substancialmente irrelevante, para a maior parte desses trabalhadores, a legislação elaborada pela legislação trabalhista para proteger as relações de trabalho subordinadas.

O perigo de que, neste como em casos semelhantes, o trabalhador se degrada de um sujeito de direitos a um objeto transitório não é puramente teórico. Para evitar o perigo de mascarar as relações reais de produção e, conseqüentemente, de uma atenuação substancial dos direitos dos trabalhadores o legislador introduziu uma série de medidas corretivas destinadas a garantir, ainda que indiretamente, os direitos dos trabalhadores temporários: seleção rigorosa das pessoas habilitadas a prestar serviços de trabalho temporário; delimitação dos casos de recurso legítimo à prestação de serviços de trabalho temporário e remessa, nos casos não regulamentados, para o disposto na Lei nº. 13.467/2017 que ainda hoje representa a regra geral sobre a qualificação dos fenômenos interpositórios; repartição clara e inequívoca de responsabilidade e obrigações do cedente e do cessionário no que se refere à proteção das condições de saúde e segurança dos trabalhadores, aos impostos, à segurança social e aos serviços de previdência e ao pagamento ao trabalhador do tratamento econômico, aos danos causados a terceiros pelo trabalhador intermitente no desempenho da missão, ao seguro de acidentes e doenças profissionais, etc.

Deve agora ser acrescentado que a estas garantias indiretas de proteção dos direitos dos trabalhadores - meramente instrumentais, na maioria das vezes, para salvaguardar o emprego estável e a tempo inteiro - (CLT), ao lado de algumas disposições importantes de proteção direta dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores intermitentes, que remontam a uma espécie de estatuto real dos trabalhadores intermitentes. A duplicidade - pelo menos factual, senão legal devido aos efeitos do vínculo negocial - dos empregadores com os quais o trabalhador é chamado a interagir faz uma assimilação abstrata dos direitos do trabalhador aos de todos os outros trabalhadores contratados, indiferentemente, com contratos normais ou atípicos, e em vez disso exige uma identificação precisa (possivelmente através da estipulação de um acordo coletivo para empregados de empresas de fornecimento de trabalho temporário) das posições jurídicas ativas e passivas de o trabalhador tanto na empresa fornecedora quanto na empresa usuária. dos princípios ou igualdade de tratamento, ou não discriminação, entre trabalhadores permanentes da empresa utilizadora e trabalhadores.

Se, no que se refere à relação entre o contratador de trabalho intermitente e o próprio trabalhador sem a interferência de ninguém, permitir atenuar ou mesmo

excluir o caráter de mera especulação sobre o trabalho alheio na oferta de mão de obra ao nível da situação jurídica do trabalhador individual o princípio da igualdade de tratamento parece garantir uma certa integração social do trabalhador na comunidade da empresa.

Avaliado do ponto de vista das relações coletivas, o princípio da igualdade de tratamento permite equilibrar os interesses da força de trabalho intermitente com aqueles, normalmente prevaletentes na dinâmica sindical, do pessoal permanente quer da agência de trabalho temporário ou do usuário empresa, evitando simultaneamente os perigosos fenômenos de *dumping* social e um conflito frontal de interesses entre os diferentes grupos de trabalhadores presentes num determinado contexto de produção.

Por estes motivos, embora o *caput* do artigo 457 da CLT se refira simplesmente à remuneração do trabalhador é na Lei 13.467/2017 que se fala da remuneração do trabalhador intermitente e, parece razoável entender por igualdade de tratamento não só o econômico, mas também o normativo. Os parceiros sociais ainda não expressaram em nenhum acordo que preveja que os trabalhadores intermitentes - conforme evidenciado pelo relatório que acompanha o Projeto de Lei (Câmara dos Deputados, 1997, p. 20) - condições de plena igualdade com os empregados da empresa usuária.

A Legislação brasileiro como um todo prevê que o trabalhador intermitente atribuído a uma empresa receba um tratamento não inferior ao que têm direito os trabalhadores do mesmo nível da empresa, sem qualquer referência exclusiva à remuneração, enquanto o artigo 443 da CLT reformado obriga a indicar tanto no contrato de fornecimento como no contrato de prestação de trabalho o local, as horas de trabalho e o tratamento econômico e regulamentar da prestação de trabalho.

Na verdade, não há poucos problemas, especialmente no que se refere a níveis não homogêneos de classificação entre empresas de origem (empresa fornecedora) e de destino (empresa usuária). Tanto mais que o problema da comparação entre as funções desempenhadas pelo trabalhador intermitente e as funções de referência para a determinação da remuneração na empresa utilizadora pode não ser concretamente possível, partindo do princípio de que uma das hipóteses de recurso legítimo à oferta de mão-de-obra é utilização precisamente temporária em qualificações não previstas pelas estruturas produtivas normais da empresa.

No caso de trabalho permanente, o contrato de trabalho temporário deve prever um subsídio mensal de disponibilidade, divisível em quotas horárias, a pagar pela mesma empresa fornecedora durante os períodos em que o trabalhador está à espera de afetação (artigo 457 da CLT). A referida indenização deve obedecer à medida estabelecida em convenção coletiva e, em qualquer caso, não pode ser inferior aos

mínimos fixados por decreto do Ministro do Trabalho ainda em 2017; no caso de trabalho a tempo parcial, a referida medida deve ser reduzida proporcionalmente.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o subsídio de disponibilidade se caracteriza como uma espécie de salário mínimo devido ao trabalhador contratado por tempo indeterminado: onde, como no caso de curtos períodos de alocação, é o salário recebido pelo trabalho efetivamente realizado na empresa usuária não atinge o valor da indenização, sendo a empresa fornecedora, de fato, obrigada a integrar a remuneração até o valor fixado para o abono de disponibilidade.

6 CONCLUSÃO

Nas últimas décadas, o progresso tecnológico e a ideologia neoliberal têm facilitado a globalização dos processos produtivos. Terceirização e *offshoring* são práticas muito comuns nos dias atuais. Existem vencedores e perdedores. De acordo com a literatura científica, os trabalhadores pouco qualificados são os principais perdedores. Em nível nacional, muitos políticos usam a globalização e suas demandas para justificar políticas de desregulamentação e privatização. Eles compartilham a visão de que a competição internacional é um bom motor da economia global e mais flexibilidade (ou em outras palavras, precariedade) é a chave da prosperidade econômica.

Por trás dessa visão vive a narrativa de que não há alternativa e os países devem respeitar as leis dos mercados. Os vencedores são os 1% mais importantes. A ordem econômica e política atual se beneficia da negação dos direitos sociais e da aspiração dos trabalhadores flexíveis à mobilidade ascendente para empregos mais estáveis.

Também se beneficia da produção de graduados universitários e da falta de vagas de trabalho. Porque essa produção reduz o custo da mão de obra qualificada e atrai empresas para um *pool* de mão de obra qualificada e desempregada.

A precariedade está aumentando entre os trabalhadores altamente qualificados. Ao mesmo tempo, os lucros das corporações estão aumentando e o consumo dos trabalhadores (cujos salários estão diminuindo) nos países ricos é sustentado pelo crédito. Pode-se entender a precariedade como uma tentativa de evitar que a força de trabalho se torne uma classe trabalhadora incompatível com o comando.

Nos últimos anos, a crise financeira global tem sido usada para justificar mais repressão salarial. Os trabalhadores sofreram cortes salariais ou aumentos salariais abaixo da inflação ano após ano e as empresas privadas estão aumentando suas margens de lucro. O desemprego é uma estratégia deliberada para apoiar a repressão salarial, criando uma vasta massa de pessoas desempregadas, dispostas a trabalhar por baixos salários a fim de minar os salários dos trabalhadores. A estratégia é a mesma.

Assim conclui-se que:

- O objetivo estratégico do Governo deve ser desencorajar o uso de contratos intermitentes, exceto quando os funcionários os tenham celebrado voluntariamente e haja um bom caso comercial para fazê-lo;

- Não se deve ser a favor da proibição de contratos intermitentes, uma vez que fornecem flexibilidades bem-vindas para muitos funcionários e algumas empresas e muitos dos problemas associados a eles decorrem de maus tratos e práticas que podem estar presentes em qualquer trabalho, independentemente da situação do contrato. Também não se deve achar que uma proibição seria muito eficaz;

- O caso para a proibição de exclusividade entre os contratos intermitentes de ainda não foi feito, pois não se evidências suficientes sobre o seu uso e, portanto, não se pode fazer uma avaliação informada da gravidade do problema ou o que, se houver, impacto na legislação pode ter;

- Há, no entanto, um caso muito forte para o governo agir com urgência para melhorar o entendimento entre empregadores e empregados em contratos intermitentes de seus direitos trabalhistas existentes e passar o mais rápido possível para um código de conduta apoiado pelo governo sobre melhor prática;

- Códigos de prática mais detalhados e específicos também devem ser desenvolvidos em nível setorial, uma vez que os motivadores, implantação e escala de contratos intermitentes provavelmente diferem significativamente entre os setores da economia;

- Os códigos devem ser complementados com o uso de outras alavancas, nomeadamente através de contratos públicos. Devem ser estabelecidas as ligações entre contratos intermitentes de trabalho no setor de serviços, por exemplo e mudanças nas práticas de contratação pública e, sempre que possível, devem ser consideradas mudanças que reduzam a necessidade de contratos involuntários de contratos intermitentes.

Para terminar, conclui-se que existe uma estratégia global para aumentar os lucros e o poder de uma minoria muito rica às custas dos trabalhadores e dos Estados, cabendo aos próprios trabalhadores regularem essa situação e evitarem a precarização de sua mão de obra.

REFERÊNCIAS

ADAMS, A.; PRASS, J. **O trabalho zero hora no Reino Unido**. Tradução de José Campos Sobrinho. Conditions of Work and Employment Series N° 101, 2016.

ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

CESARINO JUNIOR, A. F. **Direito social**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2009.

CEZAR, F. G. **O processo de elaboração da CLT**: histórico da consolidação das leis trabalhistas brasileiras em 1943. Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, v.1, p. 13/3-20, 2012. Disponível em: institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/.../07/3º-artigo-Frederico-Gonçalves.pdf. Acesso em 5 de abr de 2021.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FANELLI, G. H. **O contrato de trabalho**. Tradução de Eduardo Garcia. São Paulo: Pioneira, 2014.

FORTIN, P. **Discurso reformista que nada reforma**. The Great Brazilian Slump, JournalofEconomicsXXIXno.4,761-87, 2016

FURTADO, C. **O estado do bem estar social no Brasil**. São Paulo: Summus, 2001.

GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. **Empresas e estabelecimentos**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2018.

LOBO, J. **O trabalho na historia da humanidade**. São Paulo: Pioneira, 2014.

MACIEL, M. **Trabalho no Mundo - Conheça o contrato zero hora da Inglaterra**. Notícias do TST, 2016. Disponível em <http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/22614834>. Acesso em 5 de abr de 2021. .

MARANHÃO, D. **Direito do trabalho**. 6 ed. São Paulo: Moderna, 2016.

POLANYI, K. **A grande transformação**: As origens da nossa época. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2010.

RUSSOMANO, M. V. **A projeção da empresa na ordem jurídica**. Artigo, Revista da Faculdade de Direito de Pelotas-RS, ano 12. 2007.

SAHUQUILLO, M. R. **Trabalhadores ultraflexíveis - Os 'contratos de zero horas', sem garantias de salário mínimo, proliferam no Reino Unido**. El País, 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/01/internacional/1430504838_853098.html>. Acesso em 5 de abr de 2021.

SILVA, M. do C. N. **Apontamentos de legislação social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA JÚNIOR, A. U. de et al. **Reforma trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei Nº 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017.

ANDERSON, R. O. **Reforma Traz Novidades em Relação ao Trabalho Rural Intermitente**. Artigo, 2018. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2017-ago-03/opiniao-reforma-traz-novidades-trabalho-rural-intermitente>>. Acesso em 5 de abr de 2021

BARZOTTO, L. C. **O Controvertido Contrato de Trabalho Intermitente**. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (Org). Desafios da Reforma Trabalhista. São Paulo: LTr, 2017.

BRAGHINI, M. **Reforma Trabalhista**. Flexibilização das normas sociais do Trabalho, São Paulo: LTr, 2017.

BRAMANTE, I. **Contrato Intermitente**: Uber trabalho e Ultra flexi precarização. Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia Nº 25 - Primavera 2017. São Paulo OAB/SP – p. 09

DIAS JUNIOR, I. B. **Trabalho intermitente** — A Reforma Trabalhista e a Perigosa Implantação do *Just In Time* Nos Contratos de Trabalho no Brasil. Jornal do 57º. Congresso de Direito do Trabalho. Disponível em:<http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal_direito.pdf>. Acesso em 5 de abr de 2021.

FERNANDES, P. R. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado**. Artigo, 2017. Disponível em:<<http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>>. Acesso em 5 de abr de 2017.

MONTEIRO, C. A.; GRANCONATO, M. (Org.). **Reforma Trabalhista**. São Paulo: Foco, 2017.

FURTADO, E. T. Reforma Trabalhista e o Trabalho Intermitente –O Tiro de Misericórdia na Classe Trabalhadora.In: BRAGHINI, Marcelo (Org.). Reforma Trabalhista. Flexibilização das Normas Sociais do Trabalho.São Paulo: LTr, 2017. p. 107-116.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho.16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. Consultor jurídico. 8 jun 2017. Opinião. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente?imprimir=1>>. Acesso em 28 nov. 2017.

OS LIMITES E ALCANCE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS, NO CPC/2015.

MARIA MILENA E SILVA LIMA:

Graduanda do curso de Direito do
Centro Universitário Santo Agostinho –
UNIFSA – Teresina-PI

RAYLSON RIBEIRO MORAIS

(coautor)²⁸

Me. FABRÍCIO DE FARIAS CARVALHO ²⁹

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa tem por determinação analisar o inciso IV do artigo 139 do CPC e questionar se este serve como garantia da eficácia da execução quantitativa para comprovar a importância das medidas de execução atípicas durante a execução. Partindo deste ponto, conforme a metodologia utilizada do tipo pesquisa qualitativa descritiva e bibliográfica foi feita uma análise comparativa dos argumentos utilizados pelo poder judiciário acerca do tema, além disso, foi desempenhado um estudo em conjunto entre doutrina, legislação e jurisprudência, onde foi possível demonstrar a importância da presença da atipicidade quanto à eficácia na satisfação de uma obrigação. Verificou-se também a inovação do artigo 139, IV do CPC trouxe inúmeras incontroversas entre os juristas especificamente sobre a “liberdade” encontrada no dispositivo, contudo foi possível comprovar a constitucionalidade do art. 139 do CPC, e este tem como cláusula geral, a autorização da atipicidade e confere proteção efetiva. Desse modo, por meio deste estudo, chegou-se à conclusão que a execução atípica pode prevenir a fraude, pois mesmo que os bens estejam ocultados de forma que não se enquadre na fraude, a medida forçará o devedor a indicar o bem que não foi encontrado e desestimulará de forma geral que devedores tentem frustrar a execução.

Palavras-chave: execução atípica, eficácia, atipicidade.

Sumário: Introdução 2. Constitucionalização Do Direito Processual Civil 2.1 Princípio Da Razoabilidade. 2.1.2 Princípio Da Proporcionalidade. 2.1.3 Princípio Da Efetividade. 2.1.4 Princípios Específicos Da Execução. 2.2.5 Princípio Da Patrimonialidade. 2.2.6 Princípio Da Utilidade. 2.2.7 Princípio Da Menor Onerosidade. 3 Conceito De Atipicidade Dos Meios Executórios. 3.1 Posicionamentos Doutrinários. 3.2 Meios Executivos. 3.2.1 Das Medidas Indutivas. 3.2.2 Das Medidas Coercitivas 3.2.3 Das Medidas Mandamentais. 3.2.4 Das Medidas Sub-Rogatórias. 4 A Aplicação Dos Limites

²⁸ Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI.

²⁹ Orientador professor do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA Teresina-PI. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

E Alcances Das Medidas Executivas Atípicas Previstos No Art. 139, IV do CPC Conforme O Entendimento Dos Tribunais e o STJ. 5 Conclusão. 6 Referências

1 INTRODUÇÃO

A fase de execução é o momento no qual há a concretização do direito reconhecido na sentença ou no título extrajudicial, entretanto esse direito nem sempre se materializa de forma efetiva, tornando-se uma grande frustração ao credor.

O processo de execução no ordenamento jurídico brasileiro sempre foi pauta de discussões no poder judiciário, por não atender as expectativas do credor quanto à satisfação de uma determinada obrigação.

Mesmo com a existência de mecanismos de consecução, penhora e expropriação, este binômio não foi capaz de atender as expectativas do credor na execução por quantia certa. A execução por quantia, sempre foi fadada de maior ineficácia dentre os outros tipos de execução porque era exclusivamente estruturada em uma técnica casuística, engessada e principalmente previsível, fazendo com que o executado se antecipasse tornando a penhora e a expropriação ineficazes. (DIAS, 2019).

O Código de Processo Civil de 2015 inovou, outorgando poderes ao juiz, pelo artigo 139, IV, no qual o magistrado poderá adotar medidas atípicas de natureza indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias com o intuito de garantir efetividade à ordem judicial, inclusive quando o objeto da ação for prestação pecuniária.

O mencionado dispositivo atribui ao magistrado poderes para assegurar a efetividade de suas decisões, ou seja, tem a finalidade de atingir o resultado útil ao credor, de dar efetividade à tutela jurisdicional.

Tais medidas derivadas da atividade criativa do juiz abriu margem para discussões doutrinárias e polêmicas decisões judiciais proferidas pelos tribunais pátrios que estabeleceram, por exemplo, a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, a apreensão do passaporte, o bloqueio de cartões de crédito, entre outros, com o intuito de compelir o devedor a cumprir a ordem judicial, provocando divergência entre diversos juristas quanto ao alcance, limites e finalidade da regra em estudo.

Deste modo procura-se com este artigo, esmiuçar as discussões que o referido dispositivo vem trazendo ao ordenamento jurídico, através de pesquisas aprofundadas, indicando as divergências e, ao final, apontar o que já vem sendo pacificado.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O Código de Processo Civil em seu artigo 1º traz que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. (BRASIL,2015).

De acordo com Tonini (2018) o CPC/2015 traz cada princípio constitucional em seu corpo textual, para demonstrar clareza quando se fala em constitucionalização do processo civil, sendo está vista como a principal característica das relações processuais modernas. Há a necessidade em explicar a constitucionalidade do processo civil, no qual as regras de legislação ordinária devem partir dos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Ademais conforme Streck e Nunes (2020) a execução sempre foi “calcanhar de Aquiles” do sistema processual, pela praxe do “ganhou, mas não levou”, no entanto, isso não abre espaço para uma interpretação sem maiores reflexões com resultados desconectados das balizas constitucionais.

2.1 Princípio da Razoabilidade

O Código de Processo Civil, em seu artigo 8º, prevê o princípio da razoabilidade “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. (BRASIL, 2015).

Trata-se de um princípio ligado à prudência, à sensatez, à coerência, que tem por escopo nortear o pronunciamento judicial a fim de que este acate as finalidades da lei que atribuiu ao magistrado determinada discricionariedade (DONIZETTI, 2017, p.92).

A razoabilidade é um conceito jurídico indefinido, flexível e variável no tempo e no espaço. Envolve agir com bom senso, prudência, moderação, tendo uma atitude adequada e consistente, tendo em conta a relação proporcional entre os meios utilizados e o objetivo a atingir, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do comportamento.

2.1.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem por objetivo equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade, coibindo excessos despropositados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins. Ou seja, a sua aplicabilidade depende de uma relação de causalidade entre meio e fim. Também é utilizado como uma forma de ponderação entre dois ou mais princípios constitucionais que estejam em conflito.

Tem por finalidade a solução de colisões entre direitos fundamentais. Sempre que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, restringir outro direito fundamental, a proporcionalidade deve ser empregada como regra de interpretação e aplicação do direito. (SILVA, 2010).

Ao designar o meio executivo atípico, o juiz deve centrar-se nas máximas da proporcionalidade quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se por fim que a decisão será proporcional quando for adequada ao caso e efetivamente promover o fim da situação jurídica. (TONINI, 2018).

2.1.3 Princípio da efetividade

Autorizada pelo artigo 139 do Capítulo IV do CPC, de 2015 foi inovado e habilitado aos juízes, que incorpora o princípio da atipicidade, que aquele que não cumprir determinadas obrigações alguma medida seria tomada de modo a limitar direitos básicos.

Os princípios da racionalidade do processo estão listados no art. 5º, inciso LXXVIII e está intimamente relacionado às especificações normativas neste campo. O artigo 8º do Código de Processo Civil reitera o uso do bom senso e é diretamente proporcional aos requisitos pretendidos.

As medidas coercivas devem obedecer aos limites estabelecidos pelo princípio da dignidade humana e tudo o que é absolutamente prejudicial deve ser rejeitado. Portanto, nada inconstitucionalidade material sobre o dispositivo. Além de a Constituição Federal resguardar integralmente todos os direitos fundamentais constitucionais, como o princípio da validade processual, economia processual e celeridade.

Dito isto a jurisprudência já tem se manifestado a favor das medidas atípicas e a maioria se orienta no sentido de adotar o art. 139, IV do CPC conjuntamente com o art. 8º do CPC. (DIAS, 2018).

O art. 8º do CPC trata justamente do princípio da efetividade da aplicação dessas decisões, conforme é possível perceber:

“Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e as exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” (BRASIL, 2015)

Além disso, o princípio da eficiência que está previsto no artigo 37 da Constituição Federal onde Fredie Didier sintetiza a "eficiência", como o resultado de uma atuação que observa dois deveres: a) o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); b) o de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*) (DIDIER, 2017, p. 112).

Uma vez que a segurança jurídica prevalece sempre em detrimento da eficácia, a ineficiência do adicional e do confisco do bem a executar conduziu a uma crise no processo de execução. É o que Guilherme Rizzo Amaral menciona:

“É o engessamento das técnicas” de tutela que contribui para a injustiça e a debilidade do processo, seja para o autor, seja para o réu, pois predefinir todas as etapas de um “programa processual” como único meio de realizar o direito material significa algemar o juiz e torná-lo mero espectador ou fiscalizador do funcionamento débil do aparato processual”. (AMARAL, 2008, p. 233).

Sendo assim, as medidas atípicas são utilizadas tanto na fase de execução da sentença como no processo de execução, afetando qualquer atividade administrativa, seja com base em títulos administrativos judiciais (provisórios ou definitivos), seja em títulos administrativos extrajudiciais.

2.2 Princípios Específicos Da Execução

2.2.1 Princípio da Patrimonialidade

Previsto no artigo 789 do CPC “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”. (BRASIL,2015).

O princípio da patrimonialidade impõe que a execução somente recaia sobre os bens do devedor, como maneira de satisfazer o direito do credor, resguardando os bens ditos como impenhoráveis.

A doutrina costuma chamar o princípio da patrimonialidade de princípio da realidade, ou seja, toda execução é real e não pessoal, devendo incidir, em regra, sobre o patrimônio do executado, e não imediatamente sobre sua pessoa. (LOPES, 2018).

A ideologia deste princípio nos retoma a historicidade na Lei das XII Tábuas, onde em determinadas situações seria permitido dividir o corpo do devedor em número necessário para satisfazer o montante de credores. Quando surge a dívida e o devedor não à cumpre de maneira espontânea, responderá com os seus bens, para que o direito do credor seja satisfeito, ressalvados os bens mínimos para a sua sobrevivência (TONINI,2018).

A prestação alimentícia, a título de exemplo, embora admita a prisão civil, esta tem caráter de meio coercitivo, pois busca-se a satisfação do crédito pela pressão psicológica, “o processo não extingue com o mero encarceramento do devedor, mas apenas após o pagamento, portanto, o bem jurídico hábil a saldar a dívida é o patrimônio e não a pessoa do devedor” (MOUZALA; NETO; MADRUGA, 2016, p. 774).

2.2.2 Princípio da Utilidade

O Código de Processo Civil prevê em seu artigo 4º “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

“O princípio da utilidade é o princípio que representa a essência da execução, pois ordena que a via executiva deva sempre ser útil ao credor, com a satisfação completa de seu crédito” (THEODORO JÚNIOR, 2016).

De acordo com o artigo 836 do CPC: “não se levará a efeito a penhora quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”, conseqüente subentende-se que não será admitido o prosseguimento da execução quando esta não resultar em meios aptos a satisfação do crédito. (BRASIL, 2015).

A fim de tornar a execução útil e eficaz, os juízes têm o poder-dever de utilizar as medidas executivas necessárias para satisfazer plenamente a tutela executiva, de modo que os meios atípicos poderão ser aplicados como forma de prestação integral, à disposição da execução.

2.2.3 Princípio da Menor Onerosidade

O princípio da menor onerosidade está previsto no artigo 805 do CPC “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o e executado”, sendo necessário que o devedor demonstre que a medida adotada é mais gravosa, é requer a substituição indicando ao juiz a existência de outra medida mais ou igualmente eficaz e menos onerosa, conforme parágrafo único do mencionado artigo. (BRASIL, 2015).

Portanto é assegurado que o procedimento executório será feito do modo menos gravoso, mas incumbe ao devedor demonstrar que há mais de uma forma de se cumprir a obrigação estabelecida. Não há justificativas plausíveis para que o executado sofra mais do que o necessário para a satisfação do direito do exequente, visto que a execução não é instrumento de vingança, devendo-se evitar gravames desnecessários sempre que for possível satisfazer o direito por meio de outros mecanismos.

“Este princípio processual vem como garantia de que o executado não sofra mais gravames do que o necessário para a satisfação do direito do exequente. Sempre que for possível a satisfação do direito do exequente por outros meios que sejam menos dolorosos ao executado estes devem ser adotados. A menor onerosidade vem como uma barragem a onda daqueles sujeitos que creem ser a execução um instrumento de vingança” (SALLA, 2016).

Conforme Marinoni (2015) Sempre que a satisfação do crédito puder ser promovida com o menor sacrifício do devedor essa deverá ser a escolha, portanto pressupõe se mais de uma alternativa à disposição do credor que gozem do mesmo grau de eficácia, não tendo incidência a regra do artigo 805 se houver apenas um meio executivo viável.

3. CONCEITO DE ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS

De acordo com Jales (2017) "O termo atipicidade dos meios executivos se justifica pelo fato de serem meios não previstos na legislação, porém permitidos". São, portanto medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionados pôr em pratica, visando tornar útil a execução ao credor.

É possível conceituar a atipicidade dos meios executórios como a possibilidade do magistrado ser criativo ao ponto de criar modelos executivos adequados para garantir a satisfação do direito credor, vedado pelo inadimplemento do devedor. Portanto a tipicidade ocorre quando a lei expressa à técnica aplicável para determinada situação, é o inverso caracteriza a atipicidade.

Seriam assim admitidas medidas executivas que nunca foram aplicadas na vigência do CPC e que não estão previstas expressamente no novo diploma legal. Interessantes exemplos são dados pela doutrina: suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com a apreensão física da CNH, em caso de não pagamento de dívida oriunda de multas de transito (incluo as indenizações por acidentes ocorridos no transito); vedação de contratação de novos funcionários por empresa devedora de verbas salariais; proibição de empréstimo ou de participação em licitações a devedor que não paga o débito relativo a financiamento bancário (NEVES, 2016).

Indiscutivelmente o novo CPC trouxe medidas que visam alcançar o preceito constitucional do processo civil, que se baseia no princípio da efetividade, que tem por fim garantir que o processo alcance o objetivo a que se propõe. Sabemos que os tribunais estão abarrotados de processos de processo executivos. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, alguns processos estão em tramitação a mais de 9 (nove) anos, sendo que, devido à crise financeira que país tem enfrentado nos últimos anos, a inadimplência aumentou e fez com que o número de processos executivos aumentasse significativamente, fazendo com que essas demandas se tornem ainda mais lentas. (D'ARCE, 2017).

3.1 Posicionamentos Doutrinários

A aplicabilidade das medidas atípicas passou a ser alvo de inúmeros questionamentos quanto os seus limites, bem como se estas medidas estariam em conformidade com a Constituição Federal. Para os juristas a aplicação dos meios

executivos atípicos não pode ser feita de maneira aleatória e sem parâmetros, pois podem acabar restringindo alguns direitos fundamentais e tampouco a sociedade pode ficar à mercê da atividade criativa do juiz, sendo está uma conduta inadmissível frente a um Estado de Direito.

Para Streck e Nunes (2020), o artigo 139, IV do CPC é uma carta branca para o arbítrio, pois, para os mesmos a nova clausula geral impõe novos desafios interpretativos que podem conduzir a uma análise superficial, desprezando as balizas constitucionais.

De acordo com Neves (2016) a liberdade atribuída ao juiz aumenta sua responsabilidade, sendo inadmissível que seja utilizada para contrariar leis ou princípios do direito, para o mesmo, o juiz deve atuar com imparcialidade e razoabilidade "Não pode, por exemplo, determinar a prisão civil fora da hipótese de devedor inescusável de alimentos, nos termos do art. 5º, LXVII, da CF. Tampouco poderá determinar que banda de música com camisetas com foto do devedor o persiga cantarolando cantigas relacionando-o à obrigação inadimplida ou outras forma vexatórias de pressão psicológica (...) determinar a suspensão da habilitação de devedor que tem na condução de automóveis sua fonte de subsistência (taxista, motorista do Uber, motorista de ônibus)".

Alguns doutrinadores são totalmente contrários aos poderes atribuídos aos juízes, com o argumento de que estes poderes redundam em simples arbitrariedades. Ademais alegam ser inconstitucional retirar o passaporte e a carteira de habilitação frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se apenas um meio de vingança, pois a suspensão não gera ao credor o resultado almejado.

Para Oliveira (2017) não são possíveis, em princípio, medidas executivas consistentes na retenção de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) ou de passaporte, ou ainda o cancelamento dos cartões de crédito do executado, como forma de pressioná-lo ao pagamento integral de dívida pecuniária. Essas não são medidas adequadas ao atingimento do fim almejado (o pagamento de quantia) não há, propriamente, uma relação meio/fim entre tais medidas e o objetivo buscado, uma vez que a retenção de documentos pessoais ou a restrição de crédito do executado não geram, por consequência direta, o pagamento da quantia devida ao exequente. Tais medidas soam mais como forma de punição do devedor, não como forma de compeli-lo ao cumprimento da ordem judicial e as cláusulas gerais executivas não autorizam a utilização de meios sancionatórios pelo magistrado, mas apenas de meios de coerção indireta e sub-rogatórios.

Em contrapartida, conforme Dias (2019), juízes fundamentam suas decisões no sentido de que a medida não ocasiona ofensa ao direito de ir e vir, pois o detentor segue com a capacidade de ir e vir para todo e qualquer lugar desde que não faça

como condutor do veículo, não violando, portanto o direito fundamental à liberdade já que poderá, mesmo sem aquele documento, transitar normalmente pelo território nacional.

O ex-jogador de futebol Ronaldinho Gaúcho e seu irmão teve seu passaporte apreendido em uma recente decisão da 2ª Turma do STJ como forma de coagi-los a pagar multa e indenização fixadas em um processo por dano ambiental, para o relator “as medidas atípicas são cabíveis em situações em que o executado adota “uma postura processualmente desleal e não cooperativa”, que ocorre, por exemplo, quando “a busca persistente de bens do devedor não descortina patrimônio sujeito à execução, mas o comportamento social do executado evidencia o descolamento desse dado com a realidade: sinais de solvência em redes sociais ou no trânsito público em oposição à indisponibilidade patrimonial dentro das paredes do processo” (WAMBIER; RAMOS, 2019).

Conforme Amaral e Batista (2017) outra situação no qual está sendo utilizada as medidas atípicas é quando o executado age de má-fé perante o cumprimento da decisão judicial, agindo por meios ardilosos, ocultando seu patrimônio, revelando-se insolvente no processo. Sua conduta desonesta fica evidenciada pela incompatibilidade entre o padrão de vida existente e as condições alegadas no processo.

É importante registrar que a adoção de medidas executivas coercitivas que recaiam sobre a pessoa do executado não significa que seu corpo passa a responder por suas dívidas, o que, obviamente, seria um atentado civilizatório. São apenas medidas executivas que pressionam psicologicamente o devedor para que esse se convença de que o melhor a fazer é cumprir voluntariamente a obrigação. (NEVES, 2017).

Em decisão monocrática no AREsp 1301476, o Ministro Marco Aurélio Bellizze, manteve a determinação de suspensão da CNH por 3 anos, fundamentando sua decisão no fato de que a devedora ostentava padrão de vida luxuoso fora da realidade de sua suposta ausência de patrimônio. Porém no AREsp 1335900, no á no AREsp 1335900, no AgInt no AREsp 1283998 e no AREsp 1388220, os Ministros Luiz Felipe Salomão, Raul Araújo e Marco Buzzi, negaram não só o pedido de suspensão da CNH, como também do bloqueio de cartões de créditos e apreensão do passaporte do devedor, alegando que tais medidas não são proporcionais ao fato concreto. Além das decisões acima mencionada, a discussão sobre a suspensão da CNH, já fora objeto de duas recentes decisões colegiadas no STJ. Em 05/06/2018 em julgamento de RHC 97876 no seu voto o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, decidiu que o pedido de suspensão da CNH não está relacionado ao direito de ir e vir, assim, não podendo ser analisada tal pretensão por meio de HC, e por isso manteve a decisão de suspensão. Mais recentemente, no RHC 99606, julgado em 13/11/2018, a Ministra Nancy Andrichi manteve a

impossibilidade da análise do pedido de afastamento da suspensão da CNH, pelo mesmo motivo, por não violar o direito de ir e vir, assim, não podendo ser objeto de HC” (JALES, 2017).

Caberá ao magistrado, diante das especificidades do caso concreto, analisar se o meio utilizado contribuirá para a garantia do direito, as vantagens e desvantagens de sua adoção, não determinando indiscriminadamente qualquer meio para solucionar a lide.

3.2 DOS MEIOS EXECUTIVOS

3.2.1 Das medidas Indutivas

Nas medidas indutivas busca-se oferecer ao devedor uma vantagem como incentivo ao cumprimento da ordem judicial, por isso o termo dado pela doutrina como “sanção premial”.

O Código de Processo Civil contém diversos dispositivos que buscam estimular o devedor, conforme Meireles (2015) “dentre eles podemos citar o art. 827, § 1.º, que prevê a redução dos honorários advocatícios devidos pelo devedor caso o executado por título extrajudicial efetue o pagamento da dívida no prazo de três dias. Ou seja, por este dispositivo, o devedor é citado para pagar o valor certificado no título, acrescido de 10% (dez por cento) de honorários advocatícios. Caso, porém, efetue o pagamento no prazo, esse percentual é reduzido à metade. Logo, o devedor é “premiado” com a redução do seu débito cobrado judicialmente”. Entretanto o professor faz uma crítica a tais medidas “sem expresse respaldo na lei, todavia, ao juiz não cabe fazer ‘caridade com o chapéu alheio”.

No mesmo sentido, o artigo 701, §1º, do CPC, desobriga o réu ao pagamento de custas, caso cumpra o mandado monitório no prazo legal de 15 dias, bem como o artigo 916 do mesmo diploma legal, concede ao devedor a permissão de parcelar em até 06 parcelas mensais, caso reconheça o crédito do exequente, e desde que efetue o depósito de 30% do débito. A lei processual inseriu inúmeros casos em que o devedor será contemplado com um benefício, caso cumpra a ordem judicial ou com seu dever (MINATTO, 2017).

É compreensível que as medidas indutivas determinadas pelo juiz devam ser claramente estipuladas nas normas do processo civil, pois, caso contrário, se o juiz adotar a forma de redução dos honorários em outra situação, poderá prejudicar os interesses do advogado da outra parte.

3.2.2 Das medidas Coercitivas

“A coercibilidade quer dizer a possibilidade de uso da coação, esta possui dois elementos: psicológico e material, a primeira exerce a intimidação, através das

penalidades previstas para a hipótese de violação das normas jurídicas e o elemento material é a força propriamente, que é acionada quando o destinatário da regra não a cumpre espontaneamente” (DIAS, 2109).

Nesse caso, quando o devedor se recusar a cumprir as obrigações estabelecidas, o juiz determinará as multas “suficientes e compatíveis com as obrigações e fixará um prazo razoável para cumprir os preceitos” de acordo com as cláusulas seguintes. O disposto no artigo 537 da Lei de Processo Civil. Outros exemplos válidos de medidas compulsórias previstas na Lei de Processo Civil são: prisão por dívidas alimentares (art. 528), o termo protesto (art. 517), e incluir o nome da pessoa executada no registro de inadimplência, tais como: Previsto de acordo com o artigo 782, parágrafo 3 do CPC.

Um dos meios de coerção mais utilizado é a imposição de *astreinte*, que representa uma espécie de multa pecuniária de caráter cumulativo, ou seja, para cada dia de atraso. Claramente, a adoção dessas novas medidas deve se dar em casos excepcionais, como por exemplo, nos casos em que evidentemente o devedor comporta-se com o objetivo de frustrar a execução, pois mesmo levando alto padrão de vida, obtendo bens em seu patrimônio passíveis de penhora e ocultando dinheiro em contas de empresas ou de familiares, nega-se a cumprir com seu dever. Logo o emprego dos meios coercitivos deve ser compatível com a possibilidade de cumprimento da ordem judicial, uma vez que ficaria evidente o intuito do devedor em se recusar à satisfazer a execução, ainda que possua condições” (MEDINA, 2016, p. 1070-1072).

3.2.3 Das Medidas Mandamentais

Preferencialmente somente devem ser adotadas em casos extremos. Isso porque, se o juiz pode alcançar a satisfação da obrigação através da adoção de medidas sub-rogatórias, coercitivas ou indutivas, deve evitar a expedição de ordem mandamental, já que, o descumprimento da mesma, acarretará na prática de crime de desobediência. (MEIRELES, 2015).

3.2.4 Das medidas Sub-rogatórias

São os meios de cumprir determinada ordem judicial que não necessite da permissão do executado para ser exercida, podendo ser desempenhado pelo juiz, ou por seus auxiliares, exatamente da mesma forma que ocorreria caso o obrigado o fizesse (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 45-60).

Araken de Assis (2016, p. 193-194) aponta como mecanismos sub-rogatórios o desapossamento, a transformação e a expropriação.

Portanto conforme Meireles (2015, p. 234) as medidas sub-rogatórias “são as atividades desenvolvidas pelo juiz ou, à sua ordem, efetivadas por seus auxiliares ou

por terceiros, com o intuito de obter o resultado idêntico àquele que deveria ter sido concretizado pelo sujeito obrigado ou o resultado prático equivalente”.

4 A APLICAÇÃO DOS LIMITES E ALCANCES DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS PREVISTOS NO ART. 139, IV DO CPC CONFORME O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS E O STJ

Conforme o enunciado n.º 164 do STJ do Paraná:

Conforme previsão no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, as medidas executivas atípicas somente podem ser deferidas em caráter excepcional, depois de esgotados meios menos gravosos de execução, e devem servir ao adimplemento da obrigação, sendo vedado o emprego delas como simples meio de constrangimento do devedor.

Os devedores usam meios astutos para libertar os seus bens de uma possível expropriação ou confisco, que é onde as medidas coercivas atípicas desempenham um papel importante. O artigo 139, inciso IV do CPC só é utilizado quando o réu é claramente solucionável: no processo de execução, o réu alegou que não era capaz de reembolsar a dívida, mas por outro lado mostrou que seu modelo não era compatível com o réu. E ter os direitos e interesses que podem ser usados para cumprir obrigações.

O conceito de validade deve ser entendido como um preconceito, ou seja, o processo cível deve estar relacionado à tutela judicial exigida, de modo a garantir três fatores básicos: o prazo razoável, os adversários e a efetivação da lei.

Quando a situação do direito material é semelhante à dos problemas da sociedade, um modelo baseado na tipicidade dos pedidos administrativos muitas vezes alcançará resultados satisfatórios. Nesse caso, é ainda mais conveniente fornecer medidas semelhantes para reproduzir problemas semelhantes, de modo que procedimentos semelhantes possam ser seguidos para pessoas sob a mesma lei de substâncias. No entanto, quando o modelo típico de medidas de implementação se mostra insuficiente, o sistema típico acabará por se tornar ineficiente perante os menores, sendo necessário fazer ajustes para especificar os procedimentos de adaptação ao problema.

Wambier (2015) estimula a precaução para o julgador não se desviar do devido processo legal, pois, a regra processual criada pela jurisprudência é que primeiramente seja instaurado o binômio penhora e expropriação e retem fracassados e só então, decretar a atipicidade se houver sinais de que o devedor esteja se esquivando da obrigação. Procedimentos típicos com previsibilidade mínima estimularão a pessoa a ser forçada a ocultar seus bens até certo ponto, e antes que as próprias regras percam

sua compulsão, a tipicidade das medidas de coação permite que a pessoa seja executada para se preparar para seu comportamento.

Portanto, quando chegar a hora de realizá-los, eles não serão mais capazes de produzir resultados eficazes. Diante disso, é necessário estabelecer um mecanismo que possa induzir o devedor a praticar a conduta exigida pelo devedor, a fim de produzir resultados reais o mais próximos possível dos resultados reais produzidos pelo desempenho voluntário e voluntário do devedor de obrigações.

Os direitos básicos da pessoa executada não são estritamente estipulados pela constituição. O direito comum e a jurisprudência também estipulam a ordem orientadora da proteção processual. A pessoa executada não só recebe deveres, mas também tem o direito de garantir o respeito pelo princípio da humanidade dignidade.

O princípio da dignidade humana é um preceito que impõe restrições ao comportamento do Estado, e a palavra "garantia" está relacionada ao conceito de segurança em um determinado estatuto jurídico. Os direitos fundamentais são os interesses protegidos por lei, e as garantias básicas são os direitos que asseguram os demais direitos, ou seja, sua natureza é instrumental.

Se a decisão for improcedente, o controle ficará definitivamente comprometido, pois a causa raiz da decisão será desconhecida. Neste caso, a contestação não será interrompida pelo mérito da própria decisão, mas pelo fato de que a decisão não foi provida.

Para Navaro (2016) a atuação judicial vem sendo objeto de destaque pelos legisladores nacionais e estrangeiros. Com efeito, as últimas reformas processuais trouxeram relevante incremento dos poderes gerenciais, instrutórios e decisórios do juiz.

O CPC/15 apresenta especificamente os poderes, deveres e responsabilidades dos juízes correspondentes no art. 125 do CPC/73, mas em maior escala, consagra o direito do juiz à instrução, graças à sua responsabilidade: a) assegurar a igualdade; b) assegurar uma duração razoável do processo; c) prevenir danos à justiça e a dignidade da demora conduta; d) determinar medidas obrigatórias para garantir a proteção jurídica; e) promover a auto-organização; f) ajustar procedimentos, prorrogando o prazo e alterando a ordem das provas; g) exercer o poder de polícia; h) determinar o comparecimento das partes para proceder o interrogatório; i) Controlar defeitos do programa; j) Prestar atenção às necessidades pessoais repetidas.

Para Navaro (2016) a novidade mais impactante restou inserida no inciso IV, e tem despertado polêmicas na doutrina e agora também na jurisprudência, já que confere ao juiz amplas possibilidades de efetivação de suas ordens judiciais. Isso

porque o inciso IV antes aplicável às obrigações de fazer e não fazer previu a possibilidade de determinação das medidas ali previstas também nas ações que tenham por objeto uma prestação pecuniária.

Portanto, a inclusão é obviamente inofensiva e, em última instância, acarreta múltiplas possibilidades de ação dos juízes, constituindo-se em uma forma de melhorar a eficácia da ordem judicial. Deve-se notar que ordens judiciais devem ser entendidas em qualquer forma de declaração judicial, seja uma decisão, um julgamento ou um julgamento.

Dessa forma, o CPC/15 se comprometeu a aprimorar os aspectos processuais desatualizados com base no desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência e no surgimento da Constituição de 1988, mas buscou respeitar a consolidação das alterações legislativas que ainda estão em andamento.

No entanto, o potencial inserido no art. 139 acabou por, indiretamente, reforçar sobremaneira as medidas executivas típicas, prevendo medidas coercitivas e indutivas de execução indireta igualmente para efetivar ordem de pagamento. Em outros termos, a atipicidade das medidas executivas passou a ser aplicável também à persecução de obrigação de pagar quantia. (NAVARO, 2016).

É importante ressaltar também que as medidas atípicas devem ter o auxiliar e a particularidade em relação às medidas típicas, que devem ser esgotadas antes da implementação dessas medidas típicas. Porém, se medidas atípicas se acumulam para verificar sua aplicabilidade, devem ser verificadas individualmente ou em conjunto.

Para a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o juiz pode adotar meios executivos atípicos desde que – verificada a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio para cumprir a obrigação – eles sejam empregados de modo subsidiário, por decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com a observância do contraditório e da proporcionalidade (STJ, 2019).

Se não houver no processo sinais de que o devedor esteja ocultando patrimônio, não será possível adotar meios executivos atípicos – como a suspensão da carteira de motorista –, uma vez que, nessa hipótese, tais medidas não seriam coercitivas para a satisfação do crédito, mas apenas punitivas (STJ, 2019).

Com esse fundamento, o colegiado julgou dois recursos especiais (**REsp 1.782.418**; REsp 1.788.950) nos quais os recorrentes pediam a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e o recolhimento do passaporte dos devedores. No primeiro caso, relativo a uma execução de título extrajudicial, os ministros negaram provimento ao recurso, mantendo a decisão do TJMT, pois já teriam sido realizadas várias tentativas

de localização de bens passíveis de penhora, todas infrutíferas, não havendo sinais de ocultação patrimonial, ou seja, não haveria sinais de que o devedor estaria ocultando o seu patrimônio, mas sim que ele não possuiria bens aptos a serem expropriados (STJ, 2019).

Para a relatora dos recursos, a ministra Nancy Andrighi, as medidas executivas atípicas conferem maior elasticidade ao desenvolvimento do processo satisfativo, no entanto, alertou que isso não significa que qualquer modalidade executiva possa ser adotada de forma indiscriminada, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos (STJ, 2019).

Para que seja adotada qualquer medida executiva atípica, a ministra ressaltou que o juiz deve intimar previamente o executado para pagar o débito ou apresentar bens destinados a saldá-lo, seguindo-se aos atos de expropriação típicos. “Respeitado esse contexto, portanto, o juiz está autorizado a adotar medidas que entenda adequadas, necessárias e razoáveis para efetivar a tutela do direito do credor em face de devedor que, demonstrando possuir patrimônio apto a saldar o débito em cobrança, intente frustrar sem razão o processo executivo”, explicou Nancy Andrighi (STJ, 2019).

Vale lembrar que a atipicidade somente será utilizada quando esgotados todos os procedimentos tradicionais ou típicos, ou seja, em caráter subsidiário, por se tratar de artigo localizado na parte geral do Código de Processo Civil. Coaduna é o entendimento jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. ADOÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS FUNDADAS NO ART. 139, IV DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS. CARATER SUBSIDIÁRIO DAQUELAS EM RELAÇÃO A ESTAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. As medidas executivas fundadas no art. 139, IV, do CPC/2015, em razão de sua atipicidade, devem ser adotadas excepcionalmente, de forma subsidiária àquelas típicas já previstas no ordenamento jurídico. É dizer, só devem ser utilizadas após esgotados todos os meios tradicionais de execução, de forma subsidiária.”

(TJ /SP, Agravo de instrumento n. 2017511-84.2017.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado. Rel. Adilson de Araújo, j. 11.04.2017).

Nesse sentido, a atipicidade dos meios de execução não é regra a priori aplicável, é ainda a tipicidade dos meios de execução, sendo autorizada a sua utilização quando todos os meios típicos disponíveis forem frustrados.

5 CONCLUSÃO

Com o estudo realizado foi possível obter resultados cujo objetivo foram responder às polêmicas indagações que questionadas sobre a utilização do artigo 139, IV do Código de Processo Civil. Em suma, o dispositivo é constitucional, e sua instrumentalidade garante os direitos básicos dos indivíduos, por exemplo, a irrevogabilidade da jurisdição na forma de dupla jurisdição, ou seja, o art. 139 do CPC, é necessário para o cumprimento eficaz das obrigações, e sua aplicação não viola os direitos fundamentais da pessoa sujeita à execução, ao mesmo tempo, leva em consideração todos os parâmetros utilizados determinar seus limites e garantir que seu objetivo seja alcançado.

Além disso, o art. 139, IV do CPC, parte da premissa só deve ser usada quando o padrão de vida do executado não corresponder ao padrão de vida divulgado no processo. A sua subsidiariedade é a regra, a prioridade dos procedimentos típicos deve ser determinada primeiro e, a seguir, medidas atípicas podem ser utilizadas.

Executar de forma atípica pode evitar a execução de fraude, não nos termos da própria lei (da fraude à execução de ordens), mas no plano factual, terá um efeito positivo: mesmo que os bens estejam ocultos em alguns forma, se isso não for adequado para fraude, a medida obrigará o devedor a apontar o bem que não foi encontrado, e geralmente impedirá o devedor de tentar frustrar a execução. Além disso, garante também que a flexibilidade das normas e regras gerais e o princípio da suficiência dão um maior sentido de “justiça” ao processo, pois o legislador não consegue prever todos os procedimentos que podem ser executados com justiça e proteção eficaz.

Verificou-se, também que o procedimento executório típico está fadado ao fracasso, somente ampliando os poderes ao juiz se conseguirá adequar o processo ao caso concreto, e existe a constitucionalidade e a efetividade do artigo 139, IV do CPC.

Neste sentido, os paradigmas e princípios norteadores devem ser buscados com base na composição do procedimento e do sistema de procedimento, a fim de extrair os princípios básicos de forma a resumir a cláusula como meio eficaz para satisfazer os credores, embora o ônus do devedor seja o menor e, ao mesmo tempo, não descure o respeito absoluto da garantia básica que constitui o devido processo legal. A interpretação a verificar deve visar a inovação legislativa, mas deve ser formulada uma interpretação retrospectiva.

Atestou-se, por fim, que o entendimento majoritário é no sentido de somente adotar as medidas executivas atípicas previstas no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, em casos excepcionais, em que fique comprovada a sua eficácia. É possível ao juiz adotar meios executivos atípicos desde que observados os seguintes

parâmetros: a) Esgotamento prévio dos meios típicos de satisfação do crédito exequendo, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir a obrigação a ele imposta, sendo adotadas de modo subsidiário; b) Decisão devidamente fundamentada, a partir das circunstâncias específicas do caso, não sendo suficiente para tanto a mera indicação ou reprodução do texto do art. 139, IV, do CPC/15 ou mesmo a invocação de conceitos jurídicos indeterminados sem ser explicitado o motivo concreto de sua incidência na espécie (art. 489, § 1º, I e II, do CPC/15); c) Observância do contraditório, proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Alex. A atipicidade dos meios executivos no novo CPC. **Disponível em:** <https://jus.com.br/artigos/60582/a-atipicidade-dos-meios-executivos-no-novo-cpc>. **Acesso em: 15 set. 2020.**

BASTOS, Athena. **Princípio da dignidade da pessoa humana no direito Brasileiro.** Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. **Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28. Mar. 2021.

_____. **Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015.** Dispõe sobre o Código Civil. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 21. Mar. 2021.

D'ARCE, Marconi. **A aplicação dos meios coercitivos do NCPC nos processos de execução à luz do princípio da efetividade.** Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/depeso/253273/a-aplicacao-dos-meios-coercitivos-do-ncpc-nos-processos-de-execucao-a-luz-do-principio-da-efetividade#:~:text=Diante%20de%20tal%20conjectura%2C%20a,pr%C3%A1tica%20o%20princ%C3%ADpio%20da%20efetividade.&text=866\)%2C%20em%20raz%C3%A3o%20do%20princ%C3%ADpio%20da%20menor%20onerossidade](https://www.migalhas.com.br/depeso/253273/a-aplicacao-dos-meios-coercitivos-do-ncpc-nos-processos-de-execucao-a-luz-do-principio-da-efetividade#:~:text=Diante%20de%20tal%20conjectura%2C%20a,pr%C3%A1tica%20o%20princ%C3%ADpio%20da%20efetividade.&text=866)%2C%20em%20raz%C3%A3o%20do%20princ%C3%ADpio%20da%20menor%20onerossidade). Acesso em: 30 Mar. 2021.

DIAS, Tássia. **O artigo 139, IV do Código de Processo Civil, como garantia de efetividade da execução por quantia.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74427/o-artigo-139-iv-do-codigo-de-processo-civil-como-garantia-de-efetividade-da-execucao-por-quantia>. Acesso em: 15 set. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil 1: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FLÁVIO Luiz. Puoli, José Carlos Baptista. **O Novo Código de Processo Civil: Breves Anotações para a Advocacia**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016. p. 28.

JALES, Anderson. Atipicidade dos meios executivos. **Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19435**. Acesso em: 25 set. 2020.

JUNIOR, Daniel; BARROS Tiony. **A decisão proferida pelo supremo tribunal federal no habeas corpus 126.292 e a violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal**. Disponível em: <https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2016/11/decisao.pdf>. Acesso em: 27 Nov. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2. p. 714.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

MARCONI, M. D. A; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. In: Revista de Processo. 2015. p. 231-246. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.09.PDF. Acesso em: 26 out. 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Julia. **Cumprimento de sentença e processo de execução no processo civil**. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/cumprimento-de-sentença-e-processo-de-execução-no-processo-civil/>. Acesso em: 29 out. 2020.

MINATTO, Kellen. **A imposição das medidas atípicas previstas no artigo 139, inciso iv, do código de processo civil: uma análise à luz do direito de ir e vir e dos princípios da realidade e da utilidade da execução.** Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/6067>. Acesso em: 27 Nov. 2020.

MOREIRA, Thiago. O artigo 139, IV, do Código de Processo Civil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70733/o-artigo-139-iv-do-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 25 out. 2020.

MOUZALA; NETO; MADRUGA. **Processo Civil.** 8ed. Salvador: Jus Podvim, 2015.

NAVARO, Trícia. **A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15.** Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15>. Acesso em 23 Mar. 2021.

NEVES, Daniel. **Manual de direito processual civil.** 8. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016, p.874. Acesso em: 30 out. 2020.

OLIVEIRA, Leandro. **Princípios norteadores específicos da execução civil.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52850/principios-norteadores-especificos-da-execucao-civil#:~:text=1.4%20Princ%C3%ADpio%20da%20Disponibilidade%20da,da%20autorizac%C3%A7%C3%A3o%20do%20seu%20executado>. Acesso em: 29 out. 2020.

PEREIRA, Luciana Freitas. **O princípio da legalidade na Constituição Federal: análise comparada dos princípios da reserva legal, legalidade ampla e legalidade estrita.** 2012. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7125/O-principio-da-legalidade-na-Constituicao-Federal-analise-comparada-dos-principios-da-reserva-legal-legalidade-ampla-e-legalidade-estrita>. Acesso em: 28 out. 2020.

PETERSEN, Tomás. **O que é cumprimento de sentença? Saiba mais sobre essa etapa do processo civil.** Disponível em: [https://www.sajdigital.com/tribunal-de-justica/o-que-e-cumprimento-de-sentenca/#:~:text=Cumprimento%20de%20senten%C3%A7a%20%C3%A9%20a,Civil%20\(CPC%2F2015\)](https://www.sajdigital.com/tribunal-de-justica/o-que-e-cumprimento-de-sentenca/#:~:text=Cumprimento%20de%20senten%C3%A7a%20%C3%A9%20a,Civil%20(CPC%2F2015)). Acesso em: 28 out. 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>. Acesso em 14 abr. 2021.

SALLA, Camila. **Novo código de processo civil: os princípios da execução á luz do NCPC.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46497/novo->

codigo-de-processo-civil-os-principios-da-execucao-a-luz-do-ncpc. Acesso em: 29 out. 2020.

SILVA, Ana. **Aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na jurisprudência tributária brasileira.** Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp142478.pdf>. Acesso em 08 Nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? 2016.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio#:~:text=A%20cl%C3%A1usula%20do%20artigo%20139,comp participativa%20de%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos>. Acesso em: 01 Mar. 2021.

STJ. **Não é possível adotar meios executivos atípicos contra devedor sem sinais de ocultação patrimonial.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Nao-e-possivel-adotar-meios-executivos-atipicos-contra-devedor-sem-sinais-de-ocultacao-patrimonial.aspx#:~:text=%E2%80%8BSe%20n%C3%A3o%20houver%20no,do%20cr%C3%A9dito%2C%20mas%20apenas%20punitivas>. Acesso em: 15 set. 2020.

STJ. **Não é possível adotar meios executivos atípicos contra devedor sem sinais de ocultação patrimonial.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Nao-e-possivel-adotar-meios-executivos-atipicos-contra-devedor-sem-sinais-de-ocultacao-patrimonial.aspx#:~:text=Para%20a%20Terceira%20Turma%20do,que%20contenha%20fundamenta%C3%A7%C3%A3o%20adequada%20%C3%A0s>. Acesso em: 15 set. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v1; v 2; v 3.

TONINI, Karen. **Meios atípicos para garantir a execução civil, com fulcro no artigo 139, IV do CPC/2015.** Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/handle/12345/5709>. Acesso em: 27 Nov. 2020.

WAMBIER, Rodrigues. Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas#:~:text=O%20relator%20entendeu%20que%20as,social%20do%20executado%20evidencia%20o>. Acesso em: 25 out. 2020.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL: E A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

JULIANA FERNANDES MAIA:

Acadêmica do curso de Direito na
Universidade IESB Instituto de Ensino
Superior de Bauru

Resumo: A violência de gênero tem se perpetuado em nossa sociedade tomando papel de destaque no que diz respeito à necessidade de políticas públicas voltadas ao combate a opressão que tem vivido as vítimas de tal crime. No Brasil, o importante avanço com a criação da Lei Maria da Penha ampliou as possibilidades de proteção e auxílio as vítimas e seus familiares, mas ainda assim o problema hoje considerado de saúde pública está longe de ser erradicado, haja vista que a violência tem aumentado a cada dia embora as denúncias apesar de também aumentarem ao longo dos anos não condizem com a realidade vivida pelas vítimas, que vão além das estatísticas. Esta pesquisa, realizada através de artigos científicos, dados estatísticos, pesquisas bibliográficas e a legislação pertinente ao tema tem por objetivo entender a dinâmica da realidade vivida por mulheres vítimas de violência, o medo da quebra desse ciclo que se perpetua, e a efetividade da Lei destinada a coibir tal violência, a Lei Maria Da Penha.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Violência contra a Mulher. Lei Maria Da Penha.

Abstract: Gender-based violence has perpetuated itself in our society, taking on a prominent role with regard to the need for public policies aimed at combating the oppression that victims of such crime have experienced. In Brazil, the important advance with the creation of the Maria da Penha Law expanded the possibilities of protection and assistance to victims and their families, but even so, the problem now considered public health is far from being eradicated, given that violence has increased the every day, although the denunciations, despite also increasing over the years, do not match the reality experienced by the victims, which go beyond statistics. This research, carried out through scientific articles, statistical data, bibliographic research and the legislation pertinent to the theme, aims to understand the dynamics of the reality experienced by women victims of violence, the fear of breaking this cycle that is perpetuated, and the effectiveness of the Law designed to curb such violence, the Maria Da Penha Law.

Keywords: Domestic violence. Violence against women. Maria Da Penha law.

Sumário: Introdução. 1.A construção do combate a violência contra a mulher. 2. O conceito de violência doméstica e familiar e suas formas. 3. Lei Maria da Penha. 3.1 Dos avanços trazidos com a Lei Maria da Penha. 4.Dos fatores causadores da violência

doméstica e familiar contra a mulher. 5. O silêncio das vítimas de violência doméstica - as dificuldades em denunciar. Conclusão. Referências.

Introdução

A violência contra a mulher é considerada um problema de saúde pública, tendo em vista que afeta também a segurança pública, econômica, o sistema judiciário, além da estrutura familiar. As agressões que têm como autor o marido, companheiro, namorado são de 41%, enquanto as agressões cometidas por 'ex' aumentam quase 3 vezes em 8 anos. Percentual de mulheres agredidas por ex-companheiros subiu de 13% para 37% entre 2011 e 2019, incluindo situações em que os agressores eram ex-maridos e também ex-namorados no momento do ataque. Números representam um aumento de 284% desses casos. Dados são da 8ª edição da Pesquisa Nacional sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, realizada pelo Instituto de Pesquisa DataSenado em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência.

Em levantamento feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 52% das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar são economicamente ativas, enquanto 24% estão fora do mercado de trabalho, apesar do índice mostrar que mulheres com participação ativa na renda familiar serem menos afetadas que as mulheres não têm participação, ainda tem aquelas que mesmo com a participação sofrem violência por contrariar o poder patriarcal. Estudiosos mencionam ainda que, "a violência é o resultado da existência de uma ordem hierárquica, ou seja, trata-se de alguém que julga que os outros não são tão importantes como ele próprio e que esta é uma atitude que abre a porta à violência nas relações" (Machado e Gonçalves, 2003).

O Brasil, avançou significativamente com a Lei Maria Da Penha, que desde 2006 vem se aprimorando, no combate à violência de gênero, e deu ensejo à vários outros programas de apoio às mulheres vítimas de violência, sendo eles governamental ou não. Apesar de todo esse aparato teórico, a maioria das vítimas não denunciam seus agressores, há uma espécie de "pacto de silêncio" entre as vítimas que muitas vezes protegem seus agressores, por medo, vergonha, falta de apoio familiar. Este presente trabalho tem por objetivo a entender a dinâmica da realidade vivida por mulheres vítimas de violência e o medo da quebra desse ciclo que se perpetua, através de estudos bibliográficos e da legislação pertinente ao tema.

1 - A construção do combate à violência contra a mulher

Em que pese, a violência contra a mulher ser um problema global que existe desde os tempos antigos, nem sempre foi reconhecida como tal, esses atos de violência eram tidos como castigos que eram permitidos aos homens em relação às mulheres. A forma de violência somente passa a ser reconhecida a partir da década de

70 através dos movimentos feministas que cansadas da impunidade vão às ruas lutar por proteção. Conforme explica Miriam Grossi:

"Quem ama não mata" foi um dos primeiros slogans do movimento feminista no final dos anos 70 (...) quando feministas foram às ruas para protestar contra alguns assassinatos de mulheres cometidos por seus maridos, companheiros, namorados ou amantes. Foi em outubro de 1979, no julgamento do playboy Doca Street pelo assassinato de sua companheira milionária Angela Diniz, que ocorreram pela primeira vez manifestações contra a impunidade em casos de assassinatos de mulheres por seus maridos".

Segundo Miriam Grossi, uma das primeiras atividades na luta contra a violência decorre da visibilidade do julgamento do caso Ângela Diniz e surge no mesmo ano a Comissão violência contra a mulher criado por um grupo de carioca feminista. A partir daí, grupos feministas se manifestam por todo o país ganhando força na luta contra a violência de gênero, criando grupos de apoio às mulheres vítimas de violência formados por feministas.

O movimento feminista foi fundamental na construção do combate à violência de gênero, pois foi em decorrência dessa luta que o Estado passou a fazer parte desse importante papel de combate a violência contra a mulher, quando em 1985 criou o Conselho Nacional de Defesa da Mulher e a primeira Delegacia de Defesa da Mulher inaugurada em São Paulo.

"Com o processo de democratização no país, os movimentos feministas e de mulheres conquistaram uma interlocução o Governo dando início outra fase, a de reconhecimento do Estado de que as discriminações e desigualdades nas relações de gênero constituem umas questões para ser enfrentada por meio da legislação e de políticas públicas. O marco fundamental nesse processo foi à criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em 1985. (RODRIGUES, 2005, p. 30)".

O primeiro abrigo do país para mulheres em situação de risco de morte foi criado em 1986 no Estado de São Paulo, pela Secretaria da Segurança Pública. Era o Comvida – Centro de Convivência para Mulheres Vítimas de Violência Doméstica (Silveira, 2006, p.67).

Importante frisar que a luta no combate a violência contra a mulher ganha um papel importante na Constituição Federal Brasileira de 1988 quando inclui a igualdade de gênero entre homens e mulheres.

Estas foram as bases para criação de políticas públicas e ampliação do combate a violência de gênero. E a partir daí a visibilidade no que tange a violência contra a

mulher ganha cada vez mais espaço e força. Um importante marco foi a promulgação da Lei 10778/0 em 23 de novembro de 2003, que "*Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados*".(Brasil,2003)

Em 2003 também foi criada a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres (SPM), que fez com que as ações de enfrentamento à violência contra a mulher fossem melhor investidas e melhor estruturadas, por exemplo com a criação de Defensorias para mulheres e os centros de referência.

Seguindo para o avanço a proteção as mulheres vítimas de violência em 2004, com a realização da I Conferência Nacional de Políticas para Mulheres (I CNPM) e a construção coletiva do Plano Nacional de Políticas para Mulheres, que se consolida do eixo de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, com a previsão de ações na área para o período 2004- 2007.(Plano Nacional políticas públicas).

Apesar de todas as ações importantes de amparo às vítimas de violência domésticas ainda não havia nenhuma Lei específica no assunto, e que somente foi criada a partir da luta de uma mulher vítima da violência cruel de seu companheiro, que indignada com a impunidade e a inércia do Brasil o denuncia na Comissão Interamericana da Organização dos Estados Americanos (OEA), com base na Convenção de Belém do Pará, que é um importante tratado do qual o Brasil apesar de fazer parte não o incorpora em sua conduta efetiva na proteção às mulheres vítimas de violência. Maria da Penha, a vítima nesse caso que não se calou e fez valer os seus direitos indo até a corte interamericana contra o Brasil, deu início a mais um importante passo na luta pela igualdade de gênero com a criação da primeira Lei específica de proteção às mulheres, a Lei Maria da Penha, promulgada em 07 de agosto de 2006, no intuito de:

"Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências".

Ou seja, a Lei Maria da Penha vem no sentido de coibir a violência de gênero criando mecanismos não só de proteção à vítima mas de punição aos agressores.

2. Conceito de violência doméstica e familiar e suas formas

A violência contra a mulher tem como característica específica o gênero, e

pode ocorrer de várias formas. Hoje, a violência de gênero deixou de ser um problema individual e passou a ser considerado um problema de saúde pública e de violação dos direitos humanos causando danos não só a vítima mas a quem coabita com ela. Esse tipo de violência vai além da cultura ou raça, está inserido na sociedade como um todo.

Nas lições de Dámasio de Jesus:

“A violência é, cada vez mais, um fenômeno social que atinge governos e populações, tanto global quanto localmente, no público e no privado, estando seu conceito em constante mutação, uma vez que várias atitudes e comportamentos passaram a ser considerados como formas de violência”.

Assim a violência doméstica se caracteriza, por qualquer forma de violência no âmbito doméstico, sendo nesse caso desnecessária o vínculo afetivo ou familiar com a vítima.

Já a violência familiar, se dá por qualquer forma de violência desde que com vínculo familiar, caracterizado por parentesco sanguíneo, por afinidade ou por vontade expressa, conforme preceitua Caravantes (2000, p.229).

“a violência intrafamiliar pode ser compreendida como qualquer ação ou omissão que resulte em dano físico, sexual, emocional, social ou patrimonial de um ser humano, onde exista vínculo familiar e íntimo entre a vítima e seu agressor”

Insta salientar, que a própria Lei 11340/06 popularmente conhecida como Lei Maria da Penha traz expressamente a configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher, ins 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”.

As formas de violência domésticas e familiar contra a mulher abarcada pela própria Lei Maria da Penha, são cinco, *in verbis*:

“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, violação de sua intimidade, 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”.

Destarte, qualquer das formas de violência supracitadas, para que se caracterize como violência doméstica ou familiar contra a mulher, tem como fator necessário o âmbito doméstico ou as relações familiares.

3 - Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/2006, sancionada em 07 de agosto de 2006, foi criada com o objetivo eliminar qualquer tipo de violência de gênero, conforme dispõe o artigo 1º da referida lei:

“artigo, 1º: Esta Lei cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências”.

Antes disso, a violência contra a mulher era banalizada e tratada como crime de menor potencial ofensivo, e enquadrada na Lei nº 9.099/1995, tanto que as vítimas que se encorajaram a denunciar tinham que levar a intimação as mãos de seus agressores, que recebiam como sanção na maioria das vezes o pagamento de cestas básicas ou serviços a comunidade.

Com advento da Lei Maria Da Penha, a violência de gênero deixou de ser uma questão meramente familiar e passou a ser tratada como crime e a ser punida com mais rigor, “não se pode permitir que as partes resolvam sozinhas, problemas culturais exteriorizados em violência, que cabe ao Estado coibir.”(Oliveira, 2012, p.153).

Além de estabelecer as definições de violência doméstica e familiar, ela traz as normas de violência como já visto no capítulo anterior.

Ademais, Segundo o art. 6º da Lei Maria da Penha, “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”, importante reconhecimento para que o combate a violência de gênero tomasse seu rito específico, e a importância necessária com a criação de mecanismos não só para punir o agressor mas também no auxílio especializado a vítima.

3.1- Dos Avanços trazidos com a Lei Maria Da Penha

Um dos avanços com a advento da referida Lei, é que a prática delitiva vem apartada da violência doméstica, “as formas de violência elencadas deixam evidente a ausência de conteúdo exclusivamente criminal no agir do agressor. A simples leitura das hipóteses previstas em lei mostra que nem todas as ações que configuram violência doméstica constituem delitos.”(DIAS, 2010, p. 1).

Nesse sentido, podemos ver que as medidas de auxílio à vítima devem ser implantadas ainda que a prática não enseja inquérito policial.”Dita circunstância, no entanto, não afasta o dever da delegacia de polícia tomar as providências

determinadas na lei. Isso porque, é a violência doméstica que autoriza a adoção de medidas protetivas, e não exclusivamente o cometimento de algum crime” (DIAS, 2012, p.2).

Sem dúvida, a Lei Maria da Penha, trouxe significativo avanço no combate a violência de gênero, a saber:

“Tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher;

Estabelece as formas da violência doméstica contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral;

Determina que a violência doméstica contra a mulher independe de sua orientação sexual;

Determina que a mulher somente poderá renunciar à representação perante o juiz; Proíbe a pena de multa isolada ou cestas básicas;

Veda a entrega da intimação pela mulher ao agressor, devendo ser feita por policial ou oficial de justiça;

Prevê que a ofendida seja notificada dos atos processuais, em especial quando do ingresso e saída da prisão do agressor;

Estabelece que a mulher deverá estar acompanhada de advogado(a) ou defensor(a) em todos os atos processuais;

Retira dos juizados especiais criminais a competência para julgar os crimes de violência doméstica contra a mulher;

Altera o Código Penal para acrescentar uma agravante quando o agressor comete o crime com violência doméstica e familiar contra a mulher. Aumenta a pena máxima e diminui a pena mínima do crime de lesão corporal. Traz uma majorante quando a vítima for portadora de deficiência física;

Altera o Código de Processo Penal para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher; Altera a Lei de Execuções Penais para permitir ao juiz que determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e

reeducação; Determina a criação de juizados especiais de violência doméstica e

familiar contra a mulher com competência mista para abranger as questões criminais e cíveis decorrente da violência contra a mulher; Prevê um capítulo específico para o atendimento pela autoridade policial;

Permite a autoridade policial prender o agressor em flagrante sempre que incorrer em quaisquer das formas de violência doméstica contra a mulher; Prevê um capítulo sobre a fase do processo judicial;

Possibilita ao juiz conceder, no prazo de 48h, medidas protetivas de

urgência (suspensão do porte de armas do agressor, afastamento do agressor do lar, distanciamento da vítima, dentre outras), dependendo da situação.(cartilha, Direitos da mulher,DP/PA)".

A medida protetiva é uma determinação do juiz ou juíza para proteger a mulher em situação de violência doméstica, familiar ou na relação de afeto, conforme a necessidade da solicitante. As medidas protetivas podem ser demandadas já no atendimento policial, na delegacia, e ordenadas pelo juiz ou juíza em até 48 horas, devendo ser emitidas com urgência em casos em que a mulher corre risco de morte.

Importa frisar, a alteração da Lei 13.827 de 13 de maio de 2019, no que tange ao afastamento do agressor do lar nos casos em que não há sede ou comarca judicial, delegado de polícia visando a proteção à vida e a integridade física da vítima, vejamos o artigo 12-C da referida Lei:

"Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: I - pela autoridade judicial; II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia."

Para Guilherme de Souza Nucci, essa alteração é um importante avanço ao privilegiar a dignidade humana da vítima:

"(...) privilegia-se o mais importante: a dignidade da pessoa humana. A mulher não pode apanhar e ser submetida ao agressor, sem chance de escapar, somente porque naquela localidade inexistente um juiz (ou mesmo um delegado). O policial que atender a ocorrência tem a obrigação de afastar o agressor."

Depois, verifica-se, com cautela, a situação concretizada.”

O descumprimento da medida protetiva implica em prisão do agressor nos termos do artigo 24, da lei 13.641/2018.

O Brasil, vem se adequando a lei e aprimorando no sentido de auxiliar a vítima e trazer visibilidade a questão, com políticas públicas, criação de novos espaços, como a Casa da mulher brasileira, a primeira inaugurada em Campo Grande, MS no ano de 2015 e que reúne num só espaço todo o atendimento necessário a vítima e seu acolhimento, que dispõe, segundo a página da pasta:

“Acolhimento e triagem: Trata-se do primeiro atendimento que a mulher recebe ao chegar à CMB. A equipe responsável acolhe e forma um laço de confiança, que permite os encaminhamentos aos serviços com a tranquilidade que a mulher precisa nesse momento tão delicado. Humanização é a palavra principal;

Apoio psicossocial: O serviço de apoio psicossocial é responsável por auxiliar as mulheres na superação dos impactos da violência sofrida. O trabalho é para resgatar autoestima, autonomia e cidadania, por vezes perdidas nos atos de violência. A equipe que realiza esse tipo de atendimento é formada por profissionais de diversas áreas;

Delegacia: A CMB conta com uma Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher (DEAM). A unidade da Polícia Civil é responsável por proteger e investigar os crimes de violência contra a mulheres;

Juizado e ou vara especializada: A CMB conta com os serviços dos Juizados Especializados, que são responsáveis por processar, julgar e executar as causas de violência doméstica e familiar, conforme estabelece a Lei Maria da Penha.

Ministério público: O complexo conta com a uma Promotoria de Justiça Especializada para promover a ação penal dos crimes de violência contra as mulheres, quando necessário. Falhas no serviço da rede de atendimento a mulheres em situação de violência podem ser tratadas via Ministério Público, o órgão tem competência fiscalizatória;

Defensoria pública: A Casa conta com um Núcleo Especializado da Defensoria Pública para orientar sobre os direitos, prestar assistência jurídica e acompanhar todas as etapas do eventual processo judicial, criminal ou cível;

Promoção da autonomia econômica: A saída do ciclo da violência passa pela independência financeira das mulheres. Na Casa da Mulher Brasileira as mulheres encontram capacitação, educação financeira e apoio para inserção

no mercado de trabalho;

Central de transportes: Os deslocamentos que envolvem os casos de violência foram considerados e a CMB conta com uma central de transporte. Assim, o encaminhamento para atendimento de saúde, instituto médico legal e abrigamentos podem ser realizados com mais facilidade e tranquilidade;

Brinquedoteca: O serviço da Brinquedoteca é mais uma atenção humanizada prevista no projeto da CMB. Neste espaço são acolhidas as crianças de 0 a 12 anos de idade, que estão acompanhando as mães;

Alojamento de passagem: A CMB contempla um abrigo temporário para mulheres e seus filhos, em caso de risco de morte. O serviço é de curta duração, abriga por 48h(folder, Casa da mulher brasileira.pdf)''.

Apesar das inovações trazidas pela lei Maria da Penha, no enfrentamento a violência doméstica, estas não têm se mostrado suficiente na erradicação do problema, visto que segundo dados do IBGE, de 2018 "apenas 2,4% dos municípios brasileiros contavam com casas-abrigo de gestão municipal para mulheres em situação de violência doméstica. Dos 3.808 municípios com até 20 mil habitantes, quase 70% do total de municípios no Brasil, apenas nove possuíam casas-abrigo".(PESQUISAS,ibge,online, 2019).

"Na esfera estadual, existiam, ao todo, 43 casas-abrigo, todas com localização sigilosa. Esse modelo de acolhimento é exclusivo para que as mulheres vítimas de violência doméstica possam residir em local seguro até encontrarem condições para retomar o curso de suas vidas. O número de casas-abrigo de gestão do governo estadual aumentou de 12, em 2013, para 20, em 2018. O estado com o maior número de casas-abrigo é São Paulo, com 14 unidades de abrigo.(PESQUISAS, ibge, online,2019)''.

"Para proteção de mulheres em situação de violência em geral (quando não se aplica a Lei Maria da Penha), existe o serviço de acolhimento institucional, como a Casa da Mulher, em apenas 5,2% dos municípios, sendo que, entre aqueles com até 50 mil habitantes, esse percentual não passa de 3,5%."

Conforme mostra o gráfico a seguir:

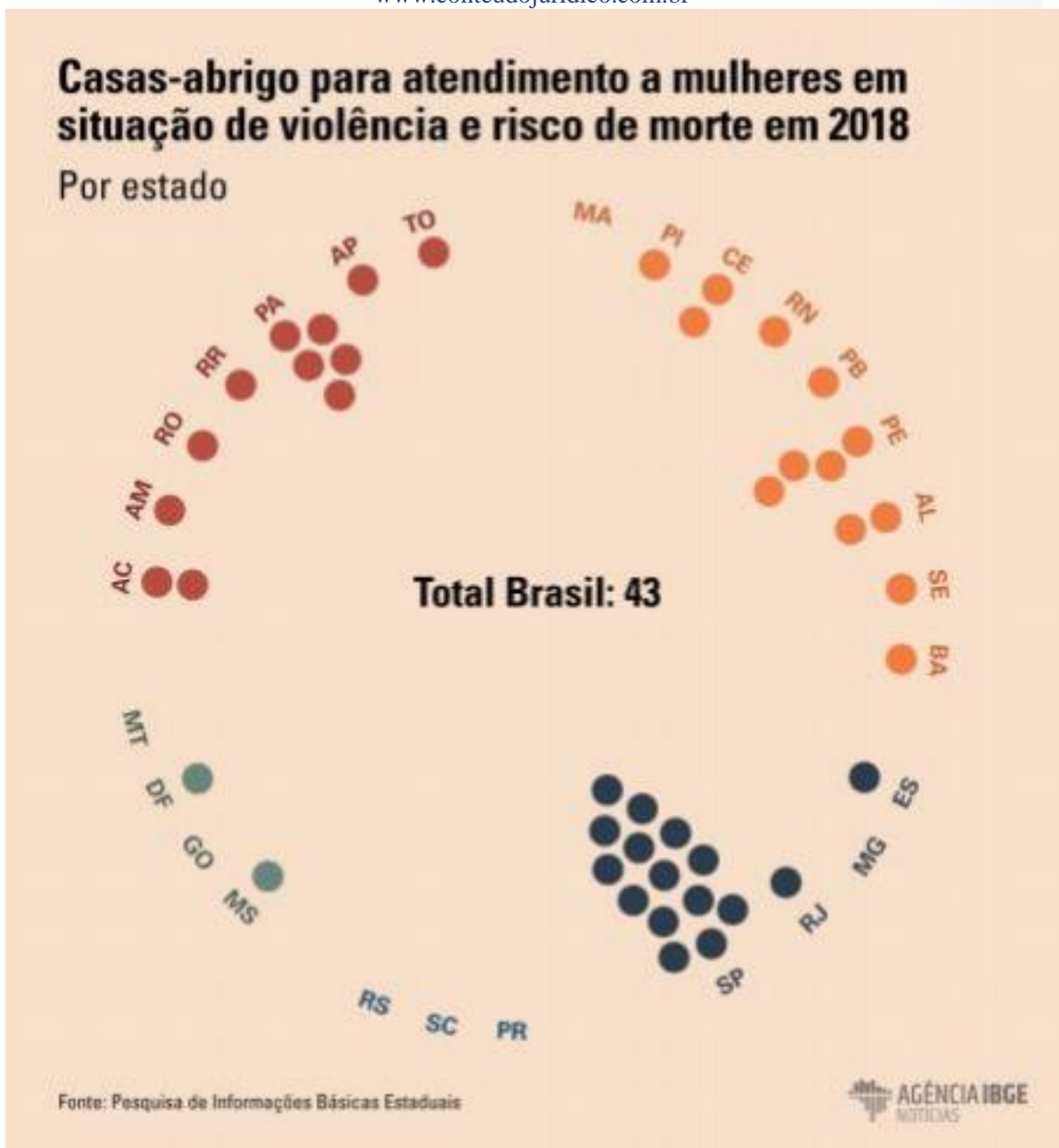


Figura 1: Atendimento às mulheres em situação de risco.

Fonte: Ibge, online, 2019

As pesquisas realizadas pelo instituto entre o ano de 2009 e 2018, mostra também o percentual por grupos de mulheres atendidas:



Figura 2: Atendimento à mulheres vítimas de violência.

Fonte: Ibge, online, 2019.

Exceto o grupo de mulheres com deficiência, todos os demais grupos tiveram um aumento de participação de 2009 a 2018.

Recentemente, em 2019 foi inaugurada em São Paulo, a sétima casa da mulher brasileira, a primeira no Estado.

“Casas como essa nos ajudam a enfrentar a violência contra as mulheres. É uma união de forças entre o poder público, a sociedade civil e a iniciativa privada para acabarmos com essa questão. É hora de dar um basta aos feminicídios e à violência contra mulheres. Nós queremos viver em um país onde todas as mulheres sejam protegidas, seguro para todas. É para isso que estamos trabalhando muito”, disse a ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos, (Damares Alves, 2019).

Importa citar também, o aumento de denúncias pelo número 180, que atua

de forma anônima e gratuita desde 2005 no enfrentamento a violência de gênero, esse atendimento é disponibilizado 24 horas por dia todos os dias da semana. A denúncia pode ser feita por qualquer pessoa de forma anônima, o que possibilitou o aumento das denúncias tendo em vista que a maioria das vítimas têm medo ou até mesmo vergonha de denunciar ou buscar ajuda no enfrentamento a violência, o disque denúncia é composto por uma equipe somente de mulheres, que traz orientações, acompanhamento dos processos e direcionamento aos serviços especializados.

Segundo dados do balanço anual da Central de atendimento à mulher - 180, no ano de 2018 foram registrados 92.663 denúncias de violações contra mulheres “Já nos primeiros seis meses de 2019, o canal recebeu 46.510 denúncias, um aumento de 10,93% em relação ao mesmo período do ano anterior”. Segundo a Ministra da Pasta da Mulher Damares Alves “A impunidade, o medo, a vergonha e, muitas vezes, a dependência financeira ou afetiva, fazem com que muitas mulheres se caleem diante da violência”, por isso acredita-se que os números são ainda maiores.

4 - Dos fatores causadores da violência doméstica e familiar contra a mulher

Existem muitos fatores que levam a violência, como o econômico, social, e o principal deles, que é o patriarcal, diante desse quadro de desigualdade, “A impotência na mulher é um sentimento específico de gênero. Ela pode desfrutar de muito poder em outros setores da vida, mas, face a face com os homens em geral, e especialmente com o seu, ela convive no dia-a-dia com a impotência.” Heleieth, (p.15). Há que se falar em estresse, bebida e outros fatores contribuintes para a violência, “Embora se admita a causação multifatorial da violência doméstica, frisa-se que a ordem patriarcal de gênero tem um peso extraordinariamente grande”. Saffioti, (p. 12).

Diante desse inegável cenário de poder que o homem ainda acredita ter sobre a mulher, podemos dizer que “A liberdade civil não é universal – é um atributo masculino e depende do poder patriarcal. (...) O contrato está longe de se contrapor ao patriarcado; ele é o meio pelo qual se constitui o patriarcado moderno” (Pateman, 1993, p.17).

A visão que o homem tem sobre a mulher é de dono, geralmente o agressor é possessivo, controlador, e o fato dele imaginar que possa perder o controle sobre a vítima faz com que o leve a medidas extremas, como a violência física, assim afirma, (May, 1972.p.110) “o desespero é vizinho da violência” .

A bebida alcoólica também é um fator causador da violência, visto que ela tem mais influência sobre ele, pelo fato ensejador de masculinidade, a aparência frente aos amigos, tem muita importância para o homem, “Muitas vezes, beber

masculiniza. Assim como dizer para os amigos que teve muitas relações sexuais é uma forma de se apresentar como “mais homem”, beber e, em alguns casos, beber muito, pode ser também uma forma de parecer do mesmo modo”. (Nascimento, 2016, p. 59).

A bebida nesses casos em que o homem já tem um perfil agressor, só se intensifica, e causa ainda mais terror em suas vítimas.

5 - O silêncio das vítimas de violência doméstica - as dificuldades em denunciar

Em 2017, foi realizada uma pesquisa pelo Instituto de pesquisa DataSenado, em parceria com o observatório da mulher contra a violência, na ocasião foram ouvidas 1.116 mulheres por meio de telefone fixo ou móvel, 29% das entrevistadas dizem ter sofrido algum tipo de violência doméstica, um número crescente em relação às pesquisas anteriores, 67% das violências sofridas, são físicas, 74% das vítimas não procuraram ajuda, e 89% das mulheres entrevistadas dizem conhecer a Lei Maria da Penha.

Apesar da maioria das mulheres conhecerem a Lei de combate a violência de gênero, também a maioria se silencia diante das agressões sofridas, o silêncio geralmente se dá pelo medo, que as consequências da denúncia vão causar.

O medo está associado não necessariamente a nova violência, vem também com o medo da sobrevivência econômica, já que muitas das vítimas são dependentes financeiramente do agressor, o medo e a vergonha de como será vista pelos parentes, amigos, vizinhos. “O silêncio frente a situações de violência surge aqui como que em oposição ao “grito”. Diante do silêncio não há possibilidade de amparo, não há vínculo social que permita a quebra da condição de violentado”. (Giffoni, 2016, p. 26).

Diante desse “pacto de silêncio”, que se perpetua nas vítimas em relação ao agressor a situação vivida, dificulta o amparo e a quebra do ciclo a qual estão submetidas.

Há também, uma grande parcela de mulheres que não acreditam que a Lei Maria da Penha realmente funcione, elas têm medo de fazer a denúncia e não serem amparadas de fato, já que muitas delas convivem com seu agressor.

Ademais, há as que têm dificuldades em denunciar, já que tem localidades que carecem de atendimento especializado à mulher, e a vítima precisa representar contra seu

agressor pessoalmente.

Em contrapartida ao silêncio das vítimas, que muitas vezes se isolam diante

da situação vivida e por se sentirem sozinhas, desamparadas e até mesmo muitas vezes culpadas, a sociedade tem se posicionado mais, frente ao problema que é considerado de saúde pública. A iniciativa privada tem lançado alguns caminhos para dar voz às mulheres vítimas de violência doméstica, como o Instituto Avon, lançou a campanha Você não está sozinha.

Destarte, a informação sobre o combate ao problema aqui destacado tem mostrado evolução, por meios mais abrangentes, visto que o silêncio é a arma mais letal na realidade vivida pelas mulheres no Brasil, já que as denúncias são reduzidas enquanto as estatísticas de feminicídio tem crescido de forma alarmante no país.

6 - Conclusão

Ao longo dos anos, a proteção às mulheres vítimas de violência tem evoluído, especialmente após o advento da Lei Maria da Penha. As campanhas governamentais, a divulgação mais ampla dos tipos e formas de denúncia das quais a vítima pode fazer. A iniciativa privada também tem tomado para si, na ajuda ao combate a violência de gênero. Contudo, nota-se que o problema está longe de ser solucionado, os números de mulheres atendidas vítimas de violência não condiz com a realidade vivida, os dados estatísticos comprovam que as denúncias são feitas por menos da metade das vítimas, e esses números não são exatos considerando que a pesquisa é feita por um determinado grupo de mulheres por determinada região.

Diante de tal realidade, e com a certeza dos motivos reais que levam as mulheres ao silêncio, a hipótese a ser levantada é o aprimoramento no atendimento e acolhimento das vítimas, haja vista que o medo não é de denunciar e sim o que vem após, apesar da evolução como dito no combate a violência, não há estrutura acolhedora suficiente as vítimas, visto que somente 2,4% das cidades brasileiras possuem casa abrigo segundo dados do Ibge de 2019, e a maioria das vítimas coabitam com seus agressores, precisam estar seguras de que serão amparadas após a decisão de quebrarem o ciclo.

Ademais, um passo importante no combate a violência é sem dúvida na educação, já que como visto, um dos fatores da violência doméstica e familiar contra a mulher é cultural, o poder patriarcal que precisa ser trabalhado já na infância, educar com enfoque na igualdade

de gênero é essencial para que todo o trabalho que vem sendo feito seja eficaz. Outrossim, é investir no tratamento do agressor, só a punição não basta se ele não for tratado, as políticas públicas precisam se voltar para esse tema de igual modo à proteção da vítima.

Referências

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: LEI MARIA DA PENHA. Pedro, 2014. 35 p.*

FONSECA, Denire Holanda da; RIBEIRO, Cristiane Galvão e LEAL, Noêmia Soares Barbosa. Violência doméstica contra uma mulher: realidades e representações sociais. *Psicol. Soc. [conectados]*. 2012, vol.24, n.2, pp.307-314. ISSN 1807-0310. <https://doi.org/10.1590/S0102-71822012000200008>. Acesso em 25 de maio 2020.*

Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília ARAB, Ano 2012 – Edição 9 – Maio/2012 ISSN 1983-2192 OLIVEIRA, Elisa Rezende.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 27 maio. 2020.*

INSTITUTO. <http://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/lei-maria-da-penha-na-integra-e-comentada.html>. Acesso em: 16 junho 2020;*

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha Na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010*

MAY, Rollo. Poder e inocência: uma análise das fontes da violência. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1972.*

PATEMAN, Carole. O contrato sexual. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Paz e Terra, 1993.*

NASCIMENTO, Pedro. Beber como homem: dilemas e armadilhas em etnografias sobre gênero e masculinidades. *Revista Brasileira de Ciências Sociais, Paraíba*, v. 31, n. 90, p. 57-71, fev. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v31n90/0102-6909-rbcsoc-31-90-0057.pdf>. Acesso em: 19 maio 2020. [Links]

INSTITUTO, <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aument-a-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em 25 de maio 2020.

GIFFONI, R. M. dissertação o silêncio da violência, UFMG, 2016. P. 27. https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-AQAPDW/1/disserta_o_renata_mafra_giffoni.pdf. Acesso em 15 maio 2020.

https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/publicacoes-1/Folder_Casa_da_Mulher_Brasileira.pdf. Acesso em 20 de setembro de 2020.

[https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/sao-paulo-tem-36-das-delegacias-d e-defesa-da-mulher-no-brasil/](https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/sao-paulo-tem-36-das-delegacias-d-e-defesa-da-mulher-no-brasil/). Acesso em 20 de setembro de 2020.

https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-e-como-funcionam-as-casas-abrigo/.ac_esso em 21 de setembro de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>> acesso em novembro 2020.

INSTITUTO,https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=34977. Acesso em 15 de maio de 2020.

<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/agosto/balanco-anual-ligue-180-recebe-mais-de-92-mil-denuncias-de-violacoes-contra-mulheres>. acesso em 21 de setembro de 2020.

DAMASIO, Jesus. Violência Contra a Mulher. Aspectos Criminais da Lei 11343/2006. 2ª edição. 2015. Editora Saraiva.

CARTILHA, file:///C:/Users/ju_fm/Downloads/politica-nacional-enfrentamento-a-violencia-versao-final.pdf. Acesso em novembro de 2020.

GROSSI, Miriam Pillar. Novas/Velhas Violências contra a Mulher no Brasil. Revista Estudos Feministas - REF. Ano 2, 2º sem., 1994. pg 474.

Vigano, Samira Moraes Maia. Laffin, Maria Hermínia Lage Fernandes. Dossiê: relações entre crime e gênero. <https://doi.org/10.1590/1980-4369e2019054> UFSC. 2019. acesso novembro 2020.

BRASIL, Lei 13.827 de 13 de maio de 2019. disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm. acesso em novembro de 2020.

BRASIL, 13.641 de 03 de abril de 2018. disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm. acesso em novembro de 2020.

RODRIGUES, Almira. Lugar de mulher é na política: um desafio para o século XIX. In: SWAIN, Tania Navarro e MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. (Org.). Mulheres em ação: práticas discursivas, práticas políticas. Florianópolis: Ed. Mulheres; Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.

SILVEIRA, Lenira Politano da. Serviços de Atendimento a mulheres vítimas de violência



in DINIZ, Simone, SILVEIRA, Lenira e MIRIM, Liz (org.). Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher (1980-2005).

TEORIA DA IMPREVISÃO X TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA, APLICAÇÃO NA SEARA CONTRATUAL, NO PERÍODO DA COVID- 19

MAGDA FERNANDA XAVIER DA SILVA:

Servidora do TJDF. Bacharel em Direito e em Administração. Especialista em Direito Público e Direitos Indisponíveis. Conciliador e Mediadora no TJDF. Aluna da Escola da Magistratura TJDF.

RESUMO: A autora aborda análise da aplicação das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, em âmbito contratual, durante o período de pandemia advindo do COVID-19; em decorrência da avalanche de ações, com tutelas de urgência, que se avolumavam em ordem exponencial nas distribuições eletrônicas do Poder Judiciário, em face das alterações nas relações contratuais no período pandêmico que foram afetadas por acontecimentos não previstos no momento da formação do contrato, motivo pelo qual sua execução se torne desproporcional e as vezes impossível.

PALAVRAS- CHAVES: TEORIA DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. CONTRATOS. PANDEMIA. COVID-19. IMPREVISIBILIDADE. EXCEÇÃO. VANTAGEM EXCESSIVA. REVISÃO. RESOLUÇÃO. PACTA SUNT SERVANDA AUTONOMIA DA VONTADE. BOA-FÉ. LIBERDADE DE CONTRATAR.

Abstract: The author discusses the analysis of the application of theories of unpredictability and excessive burdens, in a contractual context, during the pandemic period arising from COVID-19; as a result of the avalanche of actions, with urgent protection, which increased exponentially in the electronic distributions of the Judiciary, in view of the changes in contractual relations in the pandemic period that were affected by events not foreseen at the time of the formation of the contract, reason by which its execution becomes disproportionate and sometimes impossible.

KEYWORDS: THEORY OF IMPREVISION. THEORY OF EXCESSIVE ONEROSITY. CONTRACTS. PANDEMIC. COVID-19. IMPREVISIBILITY. EXCEPTION. EXCESSIVE ADVANTAGE. REVISION. RESOLUTION. PACTA SUNT SERVANDA AUTONOMY OF THE WILL. GOOD FAITH. FREEDOM TO CONTRACT.

FUNDAMENTAÇÃO

As teorias da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva, são instrumentos de pacificação social e eticidade nas relações contratuais privadas, com destaque para os artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil.

I- Conceito da teoria da imprevisibilidade

Para Venosa, " *Quando o ser humano usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico*". (VENOSA, 2019, p.1)

A regra do nosso sistema legal é a liberdade na pactuação entre as partes, mais conhecida como princípio da *pacta sunt servanda*. Em face de eventos imprevisto ou previsto, mas com consequências excessivamente imprevistas, abre-se a possibilidade de rediscutir a relação contratual; em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, podem resultar obrigação/obrigações, excessivamente, onerosa(s), o que por consequência pode-se mitigar o princípio da *pacta sunt servanda*.

Segundo o professor Daniel Carnacchioni o princípio da *pacta sunt servanda* "(...) tal princípio, o contrato, formado pela exteriorização de vontades de pessoas livres, se torna obrigatório. O conteúdo do contrato passa a ser intangível. Entretanto, essa concepção de "obrigatoriedade" suportou consideráveis mutações através dos tempos, principalmente quando se compara o caráter deste princípio no Estado Liberal do século XIX, com sua roupagem assumida no início do século XX até a consolidação de um Estado Social no final do século passado. (...)”

Convém ressaltar que a regra geral é a da força obrigatória quanto ao fiel cumprimento dos contratos celebrados. Em que pese tal força, esta pode ser mitigada visando a garantia do equilíbrio entre as partes, para que não haja ou não possa resultar em eventual onerosidade e/ou desproporcional a uma das partes, em face de situações imprevistas ou imprevisíveis.

A melhor doutrina entende que para a caracterização e aplicação da teoria da imprevisão alguns pressupostos que devem estar presentes no momento de sua aplicação, tais como: 1) configuração de eventos extraordinários e imprevisíveis; 2) comprovação da onerosidade excessiva como causa da insuportabilidade do cumprimento do acordo para um dos contratantes; 3) que o contrato seja de execução continuada ou de execução diferida.

II- Conceito da teoria da onerosidade

Ressalte-se que nos casos dos contratos que estabelecem obrigações apenas uma das partes poderá pleitear a redução ou alteração contratual ou o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Tal Teoria, em divergência com a teoria da imprevisão, esta observa a lesão originada ao mesmo tempo da formação do pacto, observando o desrespeito por um dos contratantes da boa-fé objetiva e demais deveres anexos, em detrimento da outra parte.

O Código de Defesa do Consumidor- CDC considera prática abusiva a exigência do consumidor vantagem manifestamente excessiva, nos termos do artigo 39, V, do CDC " *Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva*"

III- Diferenciação entre a teorias

A teoria da onerosidade excessiva possui aplicação mais simples e objetiva, pois cabe a parte prejudicada demonstrar a desvantagem ocorrida, sem a sua culpa, para pedir sua revisão.

A teoria da imprevisão, com foco mais restrito, requer que a parte demonstre que a "onerosidade excessiva" decorreu de fato superveniente, extraordinário e imprevisível, dificultando seu manejo na prática, ou seja, o que nem sempre é fácil demonstração e/ou comprovação processual.

Convém ressaltar que o se o resultado pretendido for a revisão dos contratos, proposta sob fundamento da teoria da imprevisão, em conformidade com o disposto no artigo 317 do Código Civil, ou seja, busca-se a primazia a manutenção do negócio jurídico. Em contraponto, a teoria da onerosidade excessiva visa, prioritariamente, a resolução dos contratos, em conformidade com o artigo 478 do mesmo dispositivo legal.

IV- Aplicação das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva e a pandemia do COVID-19

Dentre as muitas incertezas e inseguranças trazidas pela situação de pandemia, algumas estão relacionadas as obrigações; se estas devem se manter, enquanto as condições para sua formação não sofram impactos de situações externas imprevisíveis, supervenientes, que ensejem em uma manifesta desproporção em sua execução; principalmente questionamentos de quando estas são alteradas ou não; e se eventuais alterações causariam onerosidade excessiva em face de uma vantagem extrema aos integrantes da relação contratual; qual a legislação deveria ser aplicada ao contexto pandêmico.

Demasiados questionamentos para um período de dúvidas e incertezas, em que muitos alegavam haver um "hiato" jurídico ou se a construção doutrinária e princiológica do direito seria capaz subsidiar as inúmeras ações que chegavam nos "escaninhos virtuais" dos magistrados do Brasil a fora.

Realizando breve retrospectiva histórica, em primeiro de abril de 2020 foi editada a Medida Provisória- MP nº936, na qual instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego; em paralelo foi sancionada a Lei nº 13.982/2020 que, alterou a Lei nº 8.742/1993, adicionando medidas excepcionais para fins de elegibilidade ao

benefício de prestação continuada durante a situação emergencial de saúde pública que afeta o Estado Brasileiro.

Em 10 de junho de 2020 foi sancionada a Lei nº 14.010/2020, com data de 20 de março de 2020 para o início da pandemia; tal lei prevê no seu art. 3º que os prazos prescricionais ficam suspensos, a partir da data da entrada em vigor da lei, 20 de março de 2020, até o dia 30 de outubro de 2020; assim, enquanto perdurarem as hipóteses específicas de impedimento, suspensão e interrupção dos prazos prescricionais previstos na lei supramencionada; igualmente se aplica à decadência, com a ressalva do artigo 207 do CC de 2002.

Cumprе ressaltar que a Lei nº 14.010/2020 sofreu vários vetos presidenciais, sob justificativa de procurar prestigiar o direito de propriedade, a liberdade e o direito de autodeterminação das pessoas. Em que pesem todas as alterações legais advindas do período pandêmico, nenhuma teve o condão de alterar a literalidade do CC.

Mas a grande questão era, mesmo antes da edição do arcabouço legal acima descrito, as ações com tutelas de urgência que se avolumavam em ordem exponencial nas distribuições eletrônicas do Poder Judiciário. O que fazer? Qual a melhor ponderação?; Qual o melhor tratamento aos casos de acontecimentos imprevisíveis decorrentes da propagação do COVID-19?

Considera-se como fato imprevisível os efeitos inflacionários sobre a economia, conforme Informativo de Jurisprudência nº 0352 do Superior Tribunal de Justiça- STJ que afasta, nesses casos, a teoria da imprevisão, pois "*não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato[...]*". Logo, se há fatos supervenientes e imprevisíveis, torna-se possível, então, que os sujeitos da relação jurídica pleiteiem uma mitigação dos efeitos do contrato para que possam adequar as obrigações contratuais à realidade atual, mas em tratando da realidade tupiniquim, segundo o STJ, a inflação não seria uma causa extraordinária, passível de ser enquadrada na teoria da imprevisão contratual.

Por óbvio a pandemia pelo COVID-19 vem sendo tratada pelo poder público como evento imprevisível que modificou todas as condições de normalidade anteriormente presentes nas relações sociais, econômicas e políticas da sociedade. Ademais a situação não é um problema local, mas mundial, de consequências ainda não previstas ou mensuráveis.

Cumprе destacar, de acordo com o Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ministro João Otávio de Noronha, afirmou em debate virtual que o juiz tem espaço para criar soluções destinadas a conciliar interesses sob os efeitos econômicos da pandemia do novo coronavírus, mas um suposto "*princípio da Covid-19*" não pode

se transformar em pretexto para interferência nas relações contratuais. Os conflitos econômicos decorrentes da crise sanitária podem ser resolvidos com repactuação de acordos, porém os juízes não devem atender automaticamente aos pedidos de empresas sem demonstração real de desequilíbrio financeiro.

Diante do exposto acima, as Cortes Superiores mantiveram o mesmo entendimento já adotado no caso da soja futura - REsp nº 860277/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO DIREITO CIVIL E COMERCIAL. COMPRA DE SAFRA FUTURA DE SOJA. ELEVAÇÃO DO PREÇO DO PRODUTO. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INOCORRÊNCIA), qual seja, "(...) *Ademais, a venda antecipada da soja garante a aferição de lucros razoáveis, previamente identificáveis, tornando o contrato infenso a quedas abruptas no preço do produto. Em realidade, não se pode falar em onerosidade excessiva, tampouco em prejuízo para o vendedor, mas tão-somente em percepção de um lucro aquém daquele que teria, caso a venda se aperfeiçoasse em momento futuro*"

Em um Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª turma cível (Acórdão Nº 1298744) demonstrou não só seu temor quanto à possibilidade de concessão da tutela de urgência no caso concreto "(...) *A teoria da imprevisão consiste na possibilidade de revisão ou resolução do contrato quando ocorrerem, durante a execução, situações que, à época da celebração da avença, não eram previsíveis pelos contratantes e que ocasionam onerosidade excessiva a uma das partes, com extrema vantagem à outra. 4. Sem olvidar do pacta sunt servanda, princípio que torna obrigatórias as cláusulas contratuais livre e previamente pactuadas, tem-se que a pandemia de COVID-19 perfaz verdadeiro caso fortuito, capaz de ensejar a intervenção do Poder Judiciário, devendo ser reformada a decisão agravada para conceder a tutela de urgência vindicada. 5. Recurso conhecido e provido.*"

O Presidente de honra do Fórum Nacional de Juízes de Competência Empresarial - FONAJEM menciona "*A situação exige ser realista. Estamos numa situação de guerra, com um inimigo invisível, mas que fere tanto como uma bala*", disse Noronha, acrescentando que os desdobramentos econômicos da Covid-19 passarão necessariamente pelo Judiciário. Em igual sentido o conselheiro do Conselho Nacional de Justiça- CNJ Henrique Ávila apontou a importância do uso da mediação e incentivou a proatividade do Judiciário para evitar processos judiciais de falência e recuperação judicial de empresas no período pandêmico.

CONCLUSÃO

Faz-se necessária para uma melhor compreensão do tema, um amplo conhecimento da relação negocial alicerçada na autonomia da vontade, boa-fé objetiva e função social do contrato, mas embora tenhamos a liberdade de contratar,

as partes se vinculam ao cumprimento das obrigações decorrentes do instrumento. Cumpre destacar, que no curso da relação jurídica o adimplemento da avença pode ficar prejudicado por acontecimentos não previstos no momento da formação do contrato, motivo pelo qual sua execução se torne desproporcional e as vezes impossível para o devedor.

Em que pese a situação de pandemia ocasionada pelo COVID-19, convém lembrar que este não causou fatos supervenientes e imprevisíveis somente para os devedores, mas como para os credores das relações contratuais, fazendo-se necessária uma análise detida caso a caso, e não uma decisão padrão legal para aplicação geral, sob pena de sopesamentos de valores e princípios fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

CARNACCHIONI, Daniel. Manual de Direito Civil- Volume Único. 3ª edição- Salvador. Editora Juspodivm, 2020.

GRAU, Eros Roberto. Um novo Paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, n. 05, p. 73-82, /mar. 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: contratos / Sílvio de Salvo Venosa. – 19. ed.– São Paulo: Atlas, 2019.

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-o-presidente-do-STJ--%E2%80%9Cprincipio-da-Covid-19%E2%80%9D-nao-pode-levar-a-interferencia-excessiva-nos-contratos.aspx>

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-45/a-revisao-contratual-no-codigo-civil-e-no-codigo-de-defesa-do-consumidor/>

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3261>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm

A CULTURA DO CANCELAMENTO, COMO MÁSCARA DA INTOLERÂNCIA

MARCOS ANTÔNIO DUARTE SILVA:

Doutorando em Ciência Criminal, Mestre em Filosofia do Direito e do Estado (PUC/SP), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Mackenzie/SP), Bacharel em teologia e direito, professor de Direito e pesquisador da CNPq.

Resumo: A sociedade já vivenciou um período muito grande quando a regra era a intolerância em todos os esteios. A lei era pálida frente a enormidade de preconceitos, de racismo em sua mais diversa ordem e, não raro, premiava e glorificava quem fazia de sua vida a prática deste conceito tão aterrador. Conviver com o diferente, com até algo que não compreendemos expõe nossa urbanidade estendendo-se ao âmago de nossa raiz mais humana e profunda. Negar que pessoas possam pensar diferente, possam agir diferente, possa até querer viver suas vidas de forma livre e responsável não é digno de uma sociedade minimamente organizada; é salutar, afinal, perceber que o igual, a maioria, nem sempre são aqueles que possuem razão, ao contrário a diversidade, seja de que forma for manifesta, eleva ao sublime, pois demonstra personalidade e liberdade de escolha. Outrossim, rever a história mais sombria, mais assustadora quando qualquer comportamento, pensamento, manifestação fosse oposta as normas ditadas por uns poucos, era suficiente para levar inclusive para as fogueiras, e não surpreende quando se percebe que alguns poucos ainda pensem desta maneira.

Palavra-chave: Cultura. Cancelamento. Intolerância. Direito. Comportamento.

Abstract: Society has already experienced a very long period when the rule was intolerance in all its mainstays. The law was pale in the face of the enormity of prejudice, of racism in its most diverse order, and often rewarded and glorified those who made their lives the practice of this terrifying concept. Living with the different, with even something we don't understand, exposes our urbanity extending to the core of our most human and deepest root. To deny that people can think differently, can act differently, may even want to live their lives freely and responsibly is not worthy of a minimally organized society; it is salutary, after all, to realize that the equal, the majority, are not always those who are right, unlike diversity, in whatever form is manifested, elevates it to the sublime, as it demonstrates personality and freedom of choice. Furthermore, reviewing the darkest, most frightening story when any behavior, thought, manifestation was contrary to the norms dictated by a few, was enough to take even to the bonfires, and it is not surprising when one realizes that a few still think this way.

Keyword: Culture. Cancellation. Intolerance. Right. Behavior.

Sumário: Introdução; 1. Um retrato do passado intolerante 2. A mudança de paradigma para a cultura do cancelamento; 2.1 O que não se vê e nem se escuta; 2.2 O que se vê e sente-se; 2.3 O cancelamento não isolou; 3. A cultura do isolamento como fonte de intolerância; Considerações Finais.

Introdução

Se pode se chamar de novos tempos algumas expressões que ainda não foram avaliadas pela Lei, e nem tem o viés de trazer soluções aos problemas gerados pelas mudanças bruscas sofridas nos últimos tempos e com a finalidade também de ampliar ao alcance do que se pode presenciar todos os dias se busca, novos termos, novas palavras para que se possa alcançar uma amplitude dos atos e falas praticados.

Nesta senda a expressão, ou manifestação de intolerância, que visivelmente é um termo pesado, consegue ser encontrada na expressão a Cultura do Cancelamento. Aqui não há crítica sobre a nova expressão, pelo contrário há respeito por estar sendo a questão da intolerância tratada não só como algo ilegal, e outrossim, verificando que há um aspecto psicológico, que não isenta a pessoa que pratique como inimputável.

Destarte, busca-se uma análise melhor e completa ampliando o horizonte da pesquisa e também do combate a atitudes ilegais que devem ser dirimidas sobre a luz da lei.

Não se trata da infeliz expressão “politicamente correto”, hoje tratado nas academias e nos meios de difusão intelectual, com desdém, não à toa, afinal, a cultura deve crescer sem uma cartilha que se imponha o que é correto ou não falar e até fazer, e a educação costuma erguer as pessoas de espírito limitado a outra atmosfera, que naturalmente se afaste de palavras pejorativas (sim elas existem), e de expressões que verguem a virtude e não a depreciação por qualquer motivo que seja.

O que é digno de nota é se verificar nos dias atuais um número expressivo de saudosos radicais, intolerantes, cultivadores da repressão a qualquer preço de condutas que estão, na visão exclusiva deles fora da conformidade social. A pergunta que se deve fazer é: quem escreve estas normas defendidas por eles? Quem determina o que é certo e errado? Quem pode ser a régua moral para traçar o que se permite ou não?

1. Um retrato do passado aparentemente intolerante

O Brasil vem de um período complexo com várias designações, nomes diversos e até a questão de que esse período nem existiu. Livros de histórias contando sobre este período, começaram a ser atacados, sugeriu-se até que fossem refeitos, e não

foram poucas bibliotecas que estes mesmo livros foram vandalizados de várias formas inimagináveis.

A questão díspare é realmente reconhecer ter havido um período, não se importando como chama-lo, saber que entre 1964 a 1985, houve um período de eleições indiretas para os cargos majoritários eram escolhido através de um colegiado. E por mais incrível que possa parecer, só presidia o Brasil, Generais (nada contra as forças armadas de papel sempre relevante para a pátria), parece que neste período específico não haviam cidadãos a altura deste cargo.

Para quem não produzia textos, pensamentos, filosofia, sociologia, antropologia, ou qualquer pensamentos voltados para humanas foi um período tranquilo, pois quem se concentrava nas exatas engenharia, arquitetura, e etc, também os que lidavam com as ciências médicas (biológicas), não viram, quem não se ligava na política estava tinha um salvo conduto natural. Não significa que todos estes profissionais concordassem, com algumas façanhas e estranhas que ocorriam, mas as manifestações eram de menor impacto.

Já os dedicados as humanas, ao pensamento, ao questionamento, estes tiveram duas escolhas simples; ficar e lutar (o que nem sempre é salutar), ou então sair do Brasil, para voltar quando e se houvesse anistia.

Se faz necessário apontar que houve censura a TV, cinema, teatro e livros (nem tudo podia ser visto, lido ou assistido). É bom que se diga que não era intolerância, era apenas uma forma de governo centralizado.

Dessa forma o Brasil foi sobrevivendo a este período por quase um período de vinte anos, sem mudanças expressivas, sem se questionar os porquês.

(As ideias e afirmativas foram tirados do site <https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/regime-militar/>).

2. A mudança de paradigma para a cultura do cancelamento

Após um transcurso de tempo, vivendo uma democracia ainda nova, cheia de assuntos pendentes a serem resolvidos, e com o uso da máquina midiática o Brasil avançou rapidamente para contratações de especialistas em eleições, os chamados “marqueteiros”, que produzia desde caracterização do candidato, corte de cabelo, roupas, sapatos, discursos, o que dizer numa entrevista, e principalmente o que não dizer, eles começam a fabricar em escala industrial para as prefeituras, governos dos estados e presidência, o que pode muito bem ser chamado, de Etiquetamento Eleitoral. (Vale conferir o livro de Erving Goffman, Estigma, 2004).

O livro apontado em si trata da identidade deteriorada, com um olhar para sociedade que vive um período de Etiquetamento, por conta de onde a pessoa mora, por ter ou não pai e mãe, por estar num ambiente que alguns preferem o crime, e como a sociedade os enxergam. Nomes como elementos não são incomuns, malandro, meliante, bandido e até não estar trabalhando com “carteira assinada” eram tratados, conforme texto legal como estando em “vadiagem” (Código Penal) etc,

No contexto maior da obra, se demonstra como há uma manipulação social, para que estas pessoas sejam separadas e colocadas as devidas etiquetas, vivam num círculo vicioso constante. Aqui não há defesa de pessoas que praticam crimes, muito ao contrário, a lei está aí com propósito de para-las.

E seria absurdo imaginar não cumprir a lei em detrimento de quem seja, daí a importância de não haver separação de qualquer espécie: políticos, ricos, famosos, jogadores de futebol, artistas, etc.

Destarte, observar o etiquetamento frente a cultura do cancelamento, quando uma deixa uma marca indelével na pessoa (ou grupos de pessoas), e a cultura do cancelamento, quando se foca numa pessoa discretamente sem deixar visível uma marca, ao contrário, sutilmente, destaca a pessoa praticando atos que se aproxima muito do assédio psicológico.

2.1 O que não se vê e nem se escuta

Numa forma de quase defesa (há de se enxergar mais ataque), as prisões foram se enchendo de pessoas que cultivavam o hábito criminoso, contudo, e ao mesmo tempo, surgiram presos políticos que passaram a doutrinar vários destes encarcerados, e que aprenderam muito sobre guerrilhas e como praticamente se misturar no mundo político, e conseguir através de doações buscar aqueles que tivessem disposição para flexibilizar o movimento que começava a surgir dentro dos presídios: o crime organizado.

O primeiro destes neste período se instalou nos presídios cariocas (Rio de Janeiro) e ganhou força e fama, com assassinato, tráfico de drogas e exploração de prostituição.

Como não bastasse os crimes em suas diversas versões, esta facção criminosa começou a adentrar na política, e por óbvio não foi difícil encontrar pessoas com este perfil querendo se candidatar e sem dinheiro, se socorrerem nesta nova organização que necessitava de espaço para poder crescer (AMORIM, Assalto ao poder. 2012).

O livro em pauta demonstra de forma clara, objetiva, como surgiu, o crime organizado, atrelado a política, que se une com objetivo de conseguir dinheiro para partidos que não compunham a cúpula do congresso e assim pudessem despontar.

Esta situação estava ocorrendo em torno da década de 80 (1980), na cidade do Rio de Janeiro. Ao chegar a década de 90 (1990), começa a surgir na capital de São Paulo uma outra espécie de crime organizado, pautado por um líder que primava pela ordem, centrado em projetos bem construídos e numa hierarquia muito semelhante ao exército do império romano. (AMORIM, Cv Pcc - a Irmandade do Crime, 2003).

Na esteira desta formação, não houve no entanto, uma divisão, a princípio tanto a facção do Rio de Janeiro e a de São Paulo, se chamavam de "primos", e durante um período houve uma trégua entre as duas organizações.

Percebe-se que a princípio este não foi um motivo de alarde nos meios investigativos da segurança pública das duas cidades.

O que se vê e sente-se

Tudo corria razoavelmente bem, sem alarde destas facções dentro dos Presídios até maio de 2006.

Cumpramos observar a descrição pormenorizada do que aconteceu;

Há seis anos, em 11 de maio, a Secretaria de Administração Penitenciária decidiu transferir 765 presos para a penitenciária de Presidente Venceslau após escutas telefônicas terem levantado suspeitas de que facções estariam planejando rebeliões para o Dia das Mães, que ocorreria dali a dois dias. No dia seguinte, após a transferência do líder do PCC Marcos Willians Herba Camacho, o Marcola, motins foram realizados em penitenciárias do Estado de forma articulada. Na noite do dia 12 de maio, integrantes da organização criminosa deram início ao maior atentado contra as forças de segurança pública do Estado da história. Essa ação deixou mais de 20 mortos. Delegacias, carros e bases da Polícia Militar, Polícia Civil e metropolitana e até o Corpo de Bombeiros foram atacados. No dia seguinte, a onda de ataques foi intensificada e ocorreram atentados no litoral e interior de São Paulo". (<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2012-06-24/em-2006-onde-de-ataques-amedrontou-sao-paulo-relembre.html>). *apud* (DUARTE, Das penas Sanguinárias à docilidade do corpo, 2017, p.58).

Pode se dizer que até então, ao menos para a população em geral, não havia uma noção exata do que acontecia atrás das grades, porque tudo que se noticiava era rebeliões, quando na verdade, se descobriu mais tarde era o controle dos Presídios paulistas por esta facção.

Os cidadãos estavam ainda cegados para o poderio e a quantidade de membros desta organização, até este dia.

A forma como os jornais em todo Brasil e mundo noticiaram os acontecimentos que advieram desta transferência, no mínimo em impensada, calou a maior metrópole da América do Sul;

Sexta-feira, 12 de maio: anoiteceu em São Paulo. E iniciava-se a maior onda de violência já promovida no Estado por uma facção criminosa, o PCC (Primeiro Comando da Capital), conhecido entre os detentos como o "Partido". Em oito dias, o governo contou 373 ataques. Oficialmente, 154 pessoas morreram, sendo 24 PMs, 11 policiais civis, nove agentes penitenciários, 110 cidadãos - 79 deles suspeitos de ligação com o PCC. Tratava-se de uma resposta da facção a uma tentativa da polícia de isolar seus principais líderes em presídios de segurança máxima no interior do Estado, num total de 765 presos removidos. Na mesma sexta-feira, oito detentos - apontados com o núcleo da facção - foram levados à sede do Deic (Departamento de Investigações sobre Crime Organizado), na capital paulista. Já na sexta-feira, em todo o Estado ocorreram rebeliões em 24 unidades. Internos da Febem também se rebelam. Articulados, homens abriram fogo contra bases da Polícia Militar, da Guarda Civil Metropolitana, viaturas, delegacias, Grande São Paulo e interior. Ocorreram ataques também a endereços comerciais, agências bancárias, estações de Metrô e ônibus, incendiados pelo Estado. Outras duas séries aconteceriam em julho e agosto, ambas com menor intensidade em relação a maio. Durante as ações, a população de São Paulo viu o comércio baixar as portas, escolas e universidades cancelarem aulas, expediente encerrado mais cedo, shoppings fechados. O comércio registrou queda nas vendas de 90%. A pressa do paulistano ganhou outros contornos. Havia ansiedade de chegar em casa. A vida noturna da capital deixou de existir. Tradicionalmente congestionadas, as principais vias da cidade ficaram intransitáveis bem antes do horário do "rush". Pessoas espremiavam-se ainda mais no metrô e em ônibus, outros alvos da facção. São Paulo parou.... Nas manchetes da imprensa internacional.
(<http://noticias.uol.com.br/ultnot/retrospectiva/2006/materias/pcc.jhtm>). *Apud* (DUARTE, Das penas Sanguinárias à docilidade do corpo, 2017, p.59).

No dia 15/05/2006, a situação não mudou, a cidade de São Paulo, literalmente parou a população, os comerciantes, escolas, faculdades, empresas, ônibus urbano e intermunicipal, tudo parou a cidade se transformou num deserto a céu aberto.

Ninguém circulava nas ruas, todos com receio ficaram em casa para verificar o governo tomando providências, que não foram imediatas.

No Brasil até aquela data, nunca havia acontecido um ataque tão orquestrado, tão pontual, pois os alvos eram os policiais militares, e de forma tão sistemática que parou São Paulo.

O que se observa neste caso em especial, foi a imprudência de não perceber que silenciosamente e de maneira crescente, o número da organização havia crescido de modo tão extenso que não se poderia tratar uma transferência nos moldes pretendidos.

A maior cidade do país cair de joelhos para o crime organizado gerou sem dúvida efeitos devastadores, podendo se observar: 1. Força; 2. Armamento melhores; 3. Preparo; 4. Organização; 5. Um contingente considerável. Poderia se apontar outros aspectos, contudo, há de se convir ser humilhante demais ter havido tudo isso, vindo todas as ordens e planos de pessoas que estavam presos.

E nenhuma autoridade poderia menosprezar como foi feito o que estava ocorrendo, porque quase 10 anos atrás, perceba o que já escrevia sobre o crime organizado;

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquenciais e uma rede subterrânea de conexões com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os Poderes do próprio Estado. (GOMES, 1997, p. 75)

Se em 1997, há descrição tão clara e cristalina do que era o crime organizado, por que em 2006, não se tomou providência para não acontecer o massacre? Houve sem dúvida a subestimação sobre a organização e poder de alcance que se a facção criminosa paulista poderia alcançar.

2.2 O cancelamento não isolou

Na senda sinuosa do que se tentou fazer sem sucesso, percebe-se que só esta cultura de cancelamento em matéria de pessoas presas, pode funcionar aparentemente, e a sociedade num todo, pode até concordar com algumas falas, discursos e atos demonstrando o fosso que existe entre as pessoas, marcadas pela sua cor, pelo seu posicionamento político, por não ter votado neste ou naquele candidato, e pelo que alguns tentam sem sucesso chamar de ideologia, sem se quer saber o que significa a palavra em seu sentido mais amplo.

É no mínimo temerário observar até algumas pessoas cultas (pouquíssimas) defendendo ideias tão fora do contexto global, da modernidade que o Brasil devia estar vivendo, sendo desgastante hoje entrar numa sala de aula de uma faculdade e propor assuntos que poderia e deveria ser temas de trocas de ideias, e não um confronto como temos vivenciados todos os dias.

A cultura do isolamento não só vem empobrecendo os cursos universitários, como está tirando a possibilidade de crescer com ideias diferentes, com pessoas opostas a proposta de um grupo, com pessoas com escolhas pessoais; que chega a ser temerário o futuro da próxima geração, que abraçou ideias que o mundo globalizado está dizendo não.

É salutar a expressão do professor Tércio;

Neste sentido, a primeira característica de uma relação de poder é que ele se dispensa produzir as condições de sua instauração e de sua perpetuação. Quando essas condições ocorrem o poder é legítimo [...] pois uma autoridade que precise se justificar-se perdeu a autoridade [...] (FERRAZ, 2003, p.61).

Assim como o sistema não conseguiu criar uma "sociedade paralela", entre presos e livres, não há condições de criar uma engenharia por mais que se fale e discurse, que haverá uma mudança radical na forma de toda uma população mudar seus princípios e valores adquiridos em suas casas, nas escolas livres de substituir uma ideologia por outra, por universidades que fazem os alunos pensar e decidir, dentro dos seus critérios o que é mais adequado.

Como foi transcrito, pelo Dr. Ferraz, um poder que precisa a todo momento pôr na rua pessoas para defendê-lo, já perdeu seu poder. Afinal, um estadista quando fala em rede nacional, consegue convencer, no mínimo seu eleitorado.

Outrossim, quando o líder apela, não assume a culpa por suas decisões, sempre tem alguém como bode expiatório, não assume suas incoerências, o que se pode esperar?

A intolerância tremula na pátria amada isolando tudo que conquistou ao longo de 36 anos, a Constituição Federal, que tem sido pisoteada, (cancelada), as instituições que mantêm o país como democrático (STF, Ministério Público Federal, Polícia Federal, etc), se todo arcabouço se prostrar a um governo que seja, acabou a democracia e a república.

Muito se tem falado num Estado diferente, havendo controle, obediência e principalmente, rigor. Com frequência assustadora, se houve dizer, estado de polícia, o que vem a ser?

[...] Surge um Estado de Polícia voltado as pessoas que precisam ser controladas. Surgem tratados de polícia, com diferentes normas sistematizando o objeto polícia – sendo este quase infinito. [...] deixando assim os habitantes do Estado sempre a necessitar do governo de forma total e segura – não para o povo, mas para quem governa. [...] (DUARTE, 2014, p.33).

Controle, disciplina, submissão, aceitar tudo que se imponha é a proposta para esta Cultura do Cancelamento, principalmente da personalidade, das ideias próprias, do direito de não concordar, e nem se opor.

O governo que se propõe a lutar por mais liberdade para ele próprio não está pensando no povo, está pensando em si mesmo e aqueles que o servem, é foi e será sempre um descalabro, buscar tal governo para controlar a corrupção, para deter a ordem e, principalmente para afirmar que está começando algo novo.

Não há nada de novo, há o velho e péssimo costume de poder ilimitado, para prender, para uma fiscalização acima do permitido, para tomar de assalto tudo que não considere de acordo.

3. A cultura do isolamento como fonte de intolerância

Nesta estrada traçada é perceptível a vulnerabilidade do país a discursos voltados a violência, a liberação de armas, de chamar aqueles que discordam de palavras que não podem ser reproduzidas.

A intolerância como se transformou em ternos e palavras pesadas, aos poucos foi se introduzindo uma expressão mais amena, com efeito igual ou até pior.

Quando se Cancela algo, significa que praticamente deixa de existir, não tem mais sentido fazer parte de, não tem objetivo, não serve para nada de importante.

O que se pode admitir ser a troca de uma expressão por outra muito mais forte, mais ampla e de alcance muito maior.

Não há a tão sonhada evolução, nem mesmo em meio uma pandemia mundial. (2020/2021)

E como se não bastasse, ainda se pode verificar nas redes sociais esta cultura do cancelamento em massa e de maneira muito mais veloz, destruir a reputação da pessoa, por algo que disse, ou sua opinião, se transformou em algo tão comum (é bom que se diga normalmente por alguma espécie de preconceito), que tem se tornado banal.

Foucault, na *Microfísica do Poder*, traz a ideia de se tomar cuidado com os micropoderes, aqueles que controlam grupos, espaços na internet, que viram ícones do dia para noite e começa a se colocar, através dos seus seguidores, detentor de sugestões, de opiniões, ou ideias que devem ser acolhidas. (FOUCAULT, 2008, *Microfísica do poder*).

Isso em si quer dizer de forma transparente;

Uma vez posta a moldura no quadro fica evidente a substituição de um poder, que apenas aglutinava ao seu redor condições para ter mais poder; por outro, com igual ânsia. No fim, não há uma mudança no objetivo e sim uma roupagem aparentemente diferente em sua nomenclatura. Seu fim é o mesmo de todos os outros sistemas governamentais – desejo de poder, o monopólio e o controle absoluto. (FOUCAULT, 2008, p. 46).

O pior é quando para manter seu público leal, a pessoa que se elege falando de forma tão contundente, sobre Cancelar “aqueles que são minorias, e que a maioria tem que se impor” (parafraseada).

Chega-se neste momento a uma situação difícil, quando todos os micropoderes se apoderam desta mentalidade e começam a tratar, pessoas que tomam vacinas como separados, aqueles que usam máscara como contra a sociedade, e ainda, que há tratamento preventivo quando toda comunidade científica do mundo diz não haver.

A história da vacina é antiga, não é essa contra esse vírus que deu origem a vacina;

A história da vacina iniciou-se no século XVIII, quando o médico inglês Edward Jenner utilizou a vacina para prevenir a contaminação por varíola, uma doença viral extremamente grave que causava febre alta, dores de cabeça e no corpo, lesões na pele e morte. A varíola foi a primeira doença infecciosa que foi erradicada por meio da vacinação. (<https://brasilecola.uol.com.br/biologia/a-historia-vacina.htm>)

Quantas pessoas foram salvas por meio desta vacina e não contraíram varíola? Mas não foi fácil aquela época e, parece em época nenhuma vacinar, havia sempre alguém que se levantava contra e criava as estórias mais mirabolantes possíveis.

O Brasil não ficou distante do problema da varíola e da febre amarela, e aqui o médico e sanitarista, Oswaldo Cruz, trabalhou muito para que muitos a época que eram contra, começando o movimento chamado à época Revolta contra vacina trouxe uma série de conflitos com as forças de segurança, pois a vacina era obrigatória, contra os que diziam que não se devia tomar a vacina.

Em 1904, o Rio de Janeiro sofria com a falta de saneamento básico, apresentando ruas cheias de lixo e tratamento de água e de esgoto ineficientes. Esse quadro desencadeava uma série de epidemias, inclusive de varíola. Nesse contexto preocupante, o então presidente da República, Francisco de Paula Rodrigues Alves, deu início a diversas medidas para melhorar o saneamento e reurbanizar o Rio de Janeiro. [...] A obrigatoriedade da vacinação imposta por Oswaldo Cruz e a falta de informação sobre a eficácia e segurança das vacinas causaram grande descontentamento na população, que já estava sofrendo com a reestruturação da cidade. Por essa razão, várias pessoas saíram às ruas em protesto contra a vacinação obrigatória. O Rio de Janeiro vivenciou grandes confrontos entre a população e as forças da polícia e exército. Esses confrontos, que ocorreram no período de 10 a 16 de novembro de 1904, causaram a morte de um grande número de pessoas. Essa semana de tensão tornou-se o maior motim da história do Rio, configurando aquilo que ficou conhecido como **Revolta da Vacina**. (<https://brasilecola.uol.com.br/biologia/a-historia-vacina.htm>). (Destaques nossos).

Em pleno início do século (1904) haviam os contrários que “Cancelavam”, aqueles que insistiam em tomar vacina. Muitas pessoas morreram por não tomarem a vacina, e só depois de muito tempo desta situação, as vacinas começaram a fazer parte do calendário escolar e todos eram vacinados.

Nesta senda, só em 1902, na cidade do Rio de Janeiro, morreu cerca de mil pessoas vítimas da febre amarela (não sendo estes números finais). (<http://brasilianafotografica.bn.br/?p=19095>). E se não houvesse uma intervenção imediata, teria à época sido uma tragédia de proporções gigantescas.

Um dos exemplos mais catastrófico, foi a **febre espanhola**, que só no Brasil de 1918 matou 35 mil brasileiros e no mundo próximo a 50 milhões de pessoas;

Aqui no Brasil, a doença chegou em setembro de 1918, durante sua segunda onda, e afetou todas as regiões do país. Os dois locais mais afetados foram São Paulo e Rio de Janeiro, as duas maiores cidades do país no começo do século. Ao todo, a gripe espanhola causou a morte oficial de **35** mil brasileiros, estando entre eles Rodrigues Alves, vencedor da eleição presidencial de 1918. Ao todo, a gripe foi responsável pela morte de, pelo menos, **50 milhões** de pessoas no mundo. (<https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/cinco-doencas-que-marcam-a-historia-da-humanidade.htm>).

O número final desta doença é assustador, e faz um alerta sonoro para aqueles que mal informados se dedicam a retransmitir informações falaciosas, mentirosas, e que não se adequam ao problema maior que é lembrar a história e verificar que ela tem algo a nos ensinar.

Considerações Finais

A proposta inicial foi demonstrar como a cultura do cancelamento tem um viés semelhante a intolerância e que mesmo que pessoas bem intencionadas estão a usando com finalidades outras, não se pode admitir seu uso apenas para aparentemente ser mais suave que a palavra cunhada e utilizada a exaustão nestes últimos anos.

Nesta linha aproveitou-se para demonstrar que há várias maneiras de intolerância, disfarçada de "cancelamento", contudo, o fim principal é atingir as pessoas, marca-las, etiqueta-las, e separa-la da sociedade.

E de forma alguma isso pode ser tolerado em nenhuma hipótese, nem mesmo como paródia (piada), nem como meio de se dirigir a pessoa, e rotula-la, por preconceitos hoje não aceitos no mundo civilizado.

Ínsito é que mesmo com um quadro aterrador de pandemia mundial, o Brasil de maneira particular não tem aprendido as lições necessárias para aproveitar o momento e se renovar, afastar esta doença que se chama de preconceito/intolerância de nossa vida social.

É imprescindível que se mude as atitudes, dos jovens de maneira particular, por serem o “futuro da nação” e cresçamos como uma sociedade unida.

Os exemplos estão nas mídias, nos meios de comunicação e só olhar e aprender, de forma que o caráter da próxima geração, seja melhor desta que se perdeu em alguma lugar.

Não há como tolerar como país, sociedade e como pessoas mais este cordel de impropérios falados sem haver ao menos uma manifestação contrária, se opondo a este discurso que perdeu há muito o sentido.

Referências Bibliográficas

AMORIM, Carlos. CV_PCC: A irmandade do crime. 4. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

_____. Assalto ao poder. 2012. Rio de Janeiro: Record, 2010.

_____. Comando Vermelho a história secreta do crime organizado. Rio de Janeiro: Record, 1993.

MANSO, Bruno Paes e DIAS, Camila Nunes. A guerra a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil, eLivros (livro eletrônico), 2018.

DUARTE, Marcos. Breve Ensaio sobre o Nascimento da Biopolítica de Foucault. São Paulo: Max Limonad: 2014.

_____. Das penas sanguinárias à docilidade do corpo, São Paulo: Max Limonad: 2017.

FERRAZ, Tercio Sampaio Jr. Estudos de Filosofia do Direito. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. “Vigiar e Punir”; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

_____. Microfísica do Poder. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: 18^a Edição Graal, 2003.

GOFFAMAN, Erving. Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 2004.

GOMES, Luís Flávio; CERVINI, Raúl. Crime organizado. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<http://brasilianafotografica.bn.br/?p=19095>

<https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/cinco-doencas-que-marcaram-a-historia-da-humanidade.htm>

<https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/regime-militar/>.

<https://brasilecola.uol.com.br/biologia/a-historia-vacina.htm>

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2012-06-24/em-2006-onde-de-ataques-amedrontou-sao-paulo-relembre.html>). Apud (DUARTE, Das penas Sanguinárias à docilidade do corpo, 2017).

<http://noticias.uol.com.br/ultnot/retrospectiva/2006/materias/pcc.jhtm>). Apud (DUARTE, Das penas Sanguinárias à docilidade do corpo, 2017).

A INTERVENÇÃO DO ESTADO QUANTO À OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO NAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

SIRLEIDE RODRIGUES COELHO:

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI.

FRANCISCA JULIANA CASTELO
BRANCO EVARISTO DE PAIVA ³⁰

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem por determinação analisar os aspectos do instituto da vacinação obrigatória em Crianças e Adolescentes onde sua ausência introduz uma responsabilidade civil no caso de vacinação não obrigatória. Partindo deste ponto, conforme a metodologia utilizada do tipo pesquisa qualitativa descritiva e bibliográfica foi desempenhado um estudo em conjunto entre doutrina, jurisprudência e legislação acerca do tema, onde foi possível verificar informações sobre as violações ao direito à saúde que é um direito social básico, que deve ser garantido pelo Estado, e a responsabilidade civil se dá exatamente com foco nas responsabilidades dos pais para com os filhos menores. Desse modo, por meio deste estudo, chegou-se à conclusão que existe um conflito entre a autonomia individual e a proteção à saúde coletiva na escolha da vacinação infantil. Os resultados deste estudo mostram que, embora os pais e responsáveis tenham várias formas de responsabilidade por negligência quando as crianças não são vacinadas, medidas cautelares ainda são necessárias para evitar que esse comportamento ilegal ocorra e, como resultado, danos.

Palavras-chave: vacinação obrigatória, crianças e adolescentes, responsabilidade civil.

Sumário: 1 Introdução. 2 Contexto Histórico da Vacina e suas Evoluções. 3 Aspectos Jurídicos sobre a Obrigatoriedade da Vacinação no Brasil: Direitos Fundamentais e Garantias Previstas na Constituição Federal De 1998. 4 Responsabilização Civil nos casos de não Vacinação Obrigatória dos Filhos. 5 Análise Jurisprudencial sobre a Obrigatoriedade da Vacinação em Crianças e Adolescentes. 6 Conclusão. 7 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

³⁰ Orientadora professora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA Teresina-PI. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail:* evaristojuliana40@gmail.com

O Estado é uma situação jurídica de um órgão constitucionalmente constituído com leis e organização própria, onde a lei estabelece sua organização política com deveres inerentes a cidadania e ao cidadão que nele habita, possui prerrogativas de criar atos e ações que torna público e traz para o seu domínio suas ações particulares e interventivas. Tem uma nação constituída de povos e costumes, cuja origem tem a sua soberania nacional.

Com isto, o Estado tem o poder através do direito constitucional instituído e peculiar aos regimes federativos, segundo o qual o governo central com o fim de manter a ordem política e social, assegurar a soberania nos casos constitucionais previstos, a saúde, educação e até intervir para o bem comum da sociedade.

Entre os seus direitos constituídos, o Estado tem o dever de cuidar e zelar pela saúde e preservar a integridade física e psicológica da sociedade, onde um dos itens a ser previsto no seu cuidado, é prevenir a sua população de doenças e moléstias que venham trazer prejuízo social.

A vacinação talvez seja uma das maiores prevenções do Estado no que diz respeito aos cuidados de saúde, e isto é benéfico tanto no que se refere a terceira idade, como nos casos previstos em crianças e adolescentes. Mesmo diante disso, o Estado como garantidor da sociedade muitas vezes precisa usar do poder que tem para intervir de forma legal em políticas públicas de saúde para que crianças e adolescentes venham a ser vacinadas.

Neste sentido, este artigo tem como problemática principal investigar como o Estado pode intervir diante da sociedade através das Políticas Públicas para a obrigatoriedade da vacinação em crianças e adolescentes.

O interesse da pesquisa se baseou no Direito de Família e na importância que o Estado tem de intervir através de Políticas Públicas, como forma de preservar a vida de crianças e adolescentes nas políticas de vacinações e sua obrigatoriedade em crianças e adolescentes conforme dispõe o artigo 14º, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que afirma sobre a obrigatoriedade das vacinas recomendadas pelas autoridades nas crianças.

Os objetivos que foram trabalhados para a realização do presente estudo, tratou de abordar como geral, analisar o papel do Estado através de suas políticas públicas de intervir de forma legal e consciente nas políticas de prevenção da vacinação em crianças e adolescentes. Como objetivos específicos, avaliar a importância da vacinação como política de prevenção de saúde em crianças e adolescentes e discutir a importância da intervenção do Estado nas Políticas Públicas de saúde, que tem na vacinação a importância de prevenção entre crianças e adolescentes.

Além disso, os capítulos seguintes irão tratar inicialmente do contexto histórico da vacina e suas evoluções. Em seguida, será tratado sobre os aspectos jurídicos da obrigatoriedade da vacinação, onde será observado a constitucionalização de tal norma, adiante será visto uma análise jurisprudencial sobre a obrigatoriedade, por fim será visto a responsabilização civil dos pais casos estes não cumpram essas medidas.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA VACINA E SUAS EVOLUÇÕES

O homem em si ao longo de sua história viveu e vive de mudanças e transformações. Aponta-se que tais mudanças e transformações ocorreram principalmente na transição da Idade Média para a Idade Moderna. Contudo, os escritos da história político e social da humanidade, fora na Revolução Moderna, que iniciaram as transformações tecnológicas, a ciência buscou novas descobertas, principalmente no campo da saúde.

Em 14 de maio de 1796, cem anos antes de que o mundo soubesse o que são os vírus, o médico rural inglês Edward Jenner descobriu a primeira vacina, capaz de combater um dos piores deles. Foi usando o vírus de uma doença adquirida da vaca, que provocava lesões muito similares à varíola. Jenner conseguiu criar o medicamento capaz de combater essa doença (GONÇALVES, 2015).

A vacina sem sombra de dúvidas foi uma das maiores conquistas da época criada pelo homem na prevenção de males que antes não tinham cura, como a peste negra e a varíola. A vacina veio como prevenção. No entanto, a resistência social, até mesmo por uma questão cultural, provocou revoltas, sobretudo em virtude da população viver da fé. Acreditava-se que, a vacina vinha para destruir suas vidas, através de um genocídio provocado pelo Estado.

O início do século XX foi marcado por um alto grau de mortalidade infantil e relutância do hábito alimentar um pouco menos nutritivo, a população envelhecia mais rápido, cuja morte prematura se tornava um processo mais acelerado, e isto se explicava em dedução do pouco investimento na saúde, ou também em consequência de doenças incuráveis, em que a ciência ainda não tinha descoberto a cura (WELLE, 2018).

O mundo precisou vivenciar a morte de mais de 500 milhões de pessoas vítimas de varíola nas seis primeiras décadas do século XX para constatar a importância da imunização decorrente da vacinação. Esta medida de saúde pública, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), ocupa hoje um honroso posto de segundo lugar dentre os maiores avanços da história da humanidade, atrás apenas da ampliação da oferta de água potável (BALLALAI; BRAVO, 2018).

No entanto, em 1904 aconteceu no Rio de Janeiro, ainda capital do Brasil, a Revolta da Vacina, onde a população inconformada manifestou-se contra a Lei da Vacina Obrigatória. A anti-varíola foi a vacina, objeto dessa revolta (GONÇALVES, 2015). As reformas contra a vacina colocaram em cheque o poder do Estado como garantidor, um país que saiu do processo colonial, vindo a ser comandado por uma república que surgiu de cima para baixo, onde a população não participou desta ruptura, apenas em alguns estados houve aceitação e em outros repúdios no que se refere às novas mudanças (BARBIERI, 2018).

Em 1973, foi criado o Plano Nacional de Imunizações, o qual foi instituído pelo Ministério da Saúde, a partir da Lei n. 6.259/75 regulamentada pelo Decreto n. 78.231/78. O aludido Plano contemplava dezenove vacinas de oferta gratuita à população brasileira contra mais de vinte doenças distribuídas em trezentas milhões de doses. Tratava-se de um instrumento que previu ações coordenadas de planejamento, capacitação, infraestrutura e logística, a fim de propiciar à população vacinas, imunobiológicos e soros de qualidade, com todas as suas características e especificidades preservadas (BALLALAI; BRAVO, 2018).

A vacinação de crianças e de adolescentes começou a ser obrigatória desde 1975, com a Lei n. 6.259. A regulamentação desta Lei foi operada pelo Decreto n. 78.231/78, que estatui:

Art. 27. Serão obrigatórias, em todo o território nacional, as vacinações como tal definidas pelo Ministério da Saúde, contra as doenças controláveis por essa técnica de prevenção, consideradas relevantes no quadro nosológico nacional. Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo o Ministério Saúde elaborará relações dos tipos de vacina cuja aplicação será obrigatória em todo o território nacional e em determinadas regiões do País, de acordo com comportamento epidemiológico das doenças.

Art. 29. É dever de todo cidadão submeter-se e os menores dos quais tenha a guarda ou responsabilidade, à vacinação obrigatória. Parágrafo único. Só será dispensada da vacinação obrigatória, a pessoa que apresentar Atestado Médico de contraindicação explícita da aplicação da vacina (MODELLI, 2018).

Desta forma, o Estado brasileiro foi crescendo desordenadamente, tanto no que se refere aos assuntos políticos, como no que diz respeito ao comportamento social, com isto surgiu de um lado uma sociedade omissa, de outro, uma sociedade que se revoltava com as novas políticas governamentais, além de uma sociedade que tinha na

fé o seu ápice de controle emocional. O que menos importava nesse momento, era o significado do papel do Estado.

Gonçalves (2015) explica que as cidades brasileiras principalmente as do Sudeste passaram por um processo de evolução, mas ao mesmo tempo de involução mental, onde tudo era visto como castigo, que se transformava em pecado, era o papel da religião católica no comando das almas benditas de homens e mulheres que tinham no Deus Onipresente a cura de seus males, realidade do antes que ainda se convive no durante.

Aos poucos o Estado constitucional foi evoluindo suas leis como forma de manter o controle e com isto se fazer presente garantindo o bem estar social, individual e coletivo da população que se aglomeravam aos arredores das cidades do Rio de Janeiro e São Paulo formando periferias e favelas (WELLE, 2018).

O Brasil por ser um país herdeiro de costumes e hábitos, de um processo cultural, que herdou também a cultura do medo, tendo na fé religiosa o seu apoio espiritual e corporal, cuja cura para os brasileiros da época não estava na ciência, mais sim no senso comum da fé, tornando-se algo natural o impulso provocado pelas famílias tradicionais os impactos contra a ciência e suas benesses, preferindo usar métodos tradicionais não comprovados pela ciência para vim a cura de males, que infelizmente não aconteceu.

Diante desse contexto, a lei entra, não tirando a autoridade dos pais, mas impondo normas que vinham salvar as vidas de seus filhos, como explicam Wolkers e seus colaboradores:

Os casais que não vacinaram os filhos estavam mais cientes das normas legais e suas possíveis consequências, ciência essa que foi expressa, sobretudo, com o sentimento de medo de denúncia da atitude "desviante" por terceiros, medo de perda da autoridade nos cuidados do filho por entidades públicas como Conselho Tutelar e medo de julgamento injusto (WOLKERS *et al.*, 2016).

É um medo vivenciado nesse época pela população que só a história através de seus escritos trazem explícitos em dados que perpassaram o comportamento da humanidade, como explicitado acima, são heranças que se internalizaram no comportamento social que vem desde a Idade Média. Foi através dos imigrantes e seus males do corpo e da alma, como as doenças infectocontagiosas que contaminaram a população brasileira, onde muitas delas não resistia vindo a óbito, que começou-se a pensar em um método de cura e prevenção para muitas doenças, que era a vacina.

Ressalta-se que a vacina é um dever do Estado, pois este tem a obrigação de estruturar uma política nacional eficaz e robusta de imunização, que utilize todas as tecnologias de saúde disponíveis e necessárias para atingir os melhores resultados, e assim, manter a população sobre sua guarda para prevenir doenças.

A vacina contra varíola foi a grande descoberta da época, e mesmo assim, sofreu uma grande resistência por parte da população que não aceitava ser vacinada, acreditando que era uma forma encontrada pelo Estado para eliminar a população aplicando uma dose letal de medicamento para matá-los (WOLKERS *et al.*, 2016).

Mesmo diante de toda a sagacidade de raciocínio e êxito no experimento da vacina, isso não foi o suficiente para convencer a população que se encontrava ainda temerosa quanto à eficácia das vacinas. Havia os que consideravam o processo um absurdo, no qual, eram divulgadas charges em jornais da época, que satirizavam a vacinação mostrando pessoas imunizadas se transformando em vacas.

É nesse momento que se dar início a uma intervenção do Estado para vacinar principalmente os mais vulneráveis, no caso crianças e adolescentes. Evidentemente que o idoso também é um personagem vulnerável no seio do Estado, só que naquele momento o interesse maior era vacinar a população que porventura se tornaria o futuro do país.

São acontecimentos que vale lembrar para se chegar hoje na obrigatoriedade da vacina de crianças e adolescentes, como sendo uma política interventiva do Estado na obrigação de vacinar crianças e adolescentes como forma de prevenção e controle de doenças que causam principalmente a morte prematura.

3 ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO NO BRASIL: DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998

No Brasil, o Regulamento da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 / 1990) traz a vacinação da criança e do adolescente como obrigatória, mas não afeta a lei esparsa, e o descumprimento da lei acarretará em violação do direito básico à saúde. Um requisito Constitucional que deve ser considerado por todos.

A Constituição Federal de 1988 estipula certos direitos para todos os cidadãos para que possam garantir uma vida digna e fornecer à humanidade tudo o que é necessário para sua sobrevivência.

A Carta Magna visa a proteção do direito à vida, especialmente o direito à saúde. Além de outros meios de interesse individual e coletivo, também confere proteção especial à educação, segurança, liberdade e bem-estar. Esses direitos são direitos básicos bem conhecidos e são definidos no texto da seguinte forma: "Uma série de

direitos e garantias institucionalizados cujo objetivo básico é proteger as pessoas da discricção do país e estabelecer condições mínimas de vida para respeitar o desenvolvimento de sua dignidade e personalidade”.

Conforme Heuseler (2020) o direito à saúde é assegurado a todos e constitui dever do Estado, sendo um direito fundamental social de segunda dimensão e que visa a redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como prover acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, *ex vi* o artigo 196 da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Ressalte-se que essa garantia é um dos principais componentes da vida, seja como hipótese de existência ou como suporte para a qualidade de vida. Além disso, dada a sua relevância, o direito à saúde tem proteção Constitucional no direito brasileiro, é um direito básico e integrante dos direitos sociais, e sua aplicação deve ser garantida pelo Estado.

A doutrina defende a noção de que os direitos sociais são o pré-requisito para a constituição dos direitos individuais, pois criam condições materiais adequadas para o alcance da igualdade substantiva, tornando-os mais compatíveis com o exercício da liberdade individual. Analisando seus aspectos sociais, o direito à saúde prioriza a igualdade, portanto, para manter a saúde de todos, ninguém pode impedir que os outros busquem a própria saúde ou adoeçam. Portanto, considerando que as pessoas que optarem por não se imunizar poderão contrair a doença e disseminá-la para todos ao seu redor, essa é a razão das regras legais para a vacinação obrigatória.

Destaca-se ainda que a proteção social envolve principalmente questões individuais de cunho social e, se essas questões não forem resolvidas, elas responderão corretamente aos demais indivíduos e até à sociedade.

O Estado tem a responsabilidade de proteger as pessoas, não apenas as pessoas isoladas, mas também as coletivas, porque o não cumprimento dos direitos básicos no nível individual irá restringir ou mesmo impedir a aplicação desses direitos na sociedade.

Além disso, o art. 933 do Código Civil brasileiro, traz que tal responsabilidade independe de culpa, bastando existir o dano e nexa de causalidade entre o prejuízo e a conduta do menor. Portanto, responde pelo ressarcimento do dano causado pelo filho, o pai que não educa bem ou não exerce vigilância sobre este. (HEUSELER, 2020)

A fronteira entre a autonomia imposta pelo Estado e a autonomia pessoal da família é a Constituição Federal. Segundo ela, a Constituição estipula que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer nada a não ser o disposto na lei. A “Lei nº 8.069/90 “Regulamentação da Criança e do Adolescente” estipula que seus responsáveis legais

são obrigados a proteger a saúde dessa população e que as crianças devem ser vacinadas quando recomendadas pelas autoridades sanitárias, levando em consideração a importância da proteção. Essencial porque a doença tem se mostrado segura e eficaz, portanto, é fundamental evitar que essa população adoça.

Para Nunes (2020) o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) assegura o direito à vida e à saúde de crianças e adolescentes e impõe aos seus representantes legais o dever de proteger a saúde desta população, sob pena de responsabilidade. O parágrafo 1º do artigo 14, do ECA, dispõe que a vacinação das crianças é obrigatória nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.

E a legislação assim determina porque a proteção das crianças e adolescentes é indispensável para evitar que essa população fique doente, em decorrência de doenças para as quais há vacinas comprovadamente seguras e eficazes e para impedir que essa mesma população não atue como agente propagador dessas doenças.

O Programa Nacional de Imunização (Ministério da Saúde) dispõe sobre a vacinação infantil e estabelece que as vacinas já comecem a ser aplicadas ainda na maternidade, logo após o nascimento do bebê. (NUNES, 2020).

A Constituição Federal em seu artigo 5, parágrafo II estipula que “ninguém é obrigado a fazer ou nada fazer exceto a lei”, e ainda o Artigo VIII garante que “ninguém será privado de direitos a menos que tenha convicções religiosas, filosóficas ou políticas, a menos que você as invoque isentá-lo de quaisquer obrigações legais impostas a você e recusar-se a cumprir as disposições alternativas da lei”. A partir da interpretação abrangente do acima, o limite da autonomia familiar relacionado à vacinação obrigatória parece ser a lei, ou seja, a ordem normativa se inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O §1º estipula que as vacinas devem ser utilizadas nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias. Portanto, o Programa Nacional de Imunizações (PNI/MS), que estabelece um calendário obrigatório de vacinação infantil, torna o ECA eficaz e deve ser considerado um verdadeiro instrumento de proteção à vida e à saúde de crianças e jovens.

Se a decisão do STF favorecer a liberdade individual da família e ferir os interesses coletivos, causará danos graves e irreversíveis à comunidade. Em primeiro lugar, a própria Constituição Federal é violada diretamente em alguns dispositivos, o que vai contra a posição do Supremo Tribunal Federal. Como guardião da Suprema Corte, a Suprema Corte deve assumir a liderança na busca pela manutenção da integridade e inviolabilidade da Lei Básica.

Em segundo lugar, o próprio ECA foi criado por natureza para proteger a vida e a saúde de crianças e adolescentes. Além disso, a sociedade arcará injustamente com o risco de contaminação de doenças que podem ser evitadas. O risco dessas crianças e adolescentes que não estão mais imunizadas representará um peso para a sociedade, pois o sistema único de saúde deve atender a essa população e tratar as sequelas permanentes da doença.

Conforme Tiné (2020) criado em 13 de julho de 1990, pela Lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente defende a proteção integral à criança e ao adolescente com base na Constituição Federal. E, nesta data, certamente é importante reforçar a conscientização a respeito de todos os direitos no código previsto, principalmente em relação a vacina e todos os benefícios que ela proporciona por toda a vida.

O Estatuto estabelece os direitos e obrigações das crianças menores de 18 anos e protege crianças e jovens em todo o país, especialmente nas áreas de educação, saúde, trabalho e assistência social. O Estatuto trouxe muitos avanços, inclusive no Artigo 14, parágrafo 1º, que estabelece que as crianças devem ser vacinadas quando recomendado pelas autoridades sanitárias.

A Lei da Criança e do Adolescente (ECA) garante que a vacinação de crianças e adolescentes é um direito que deve ser realizado para proteger a saúde pública, porque a vacinação é uma intervenção básica de saúde pública destinada a evitar que crianças e adolescentes sejam imunizados.

A vacinação é uma conduta preventiva, e em assim, não será possível a disseminação de muitas doenças, e isso reforça mais ainda a garantia do direito à vida e à saúde garantido pela Constituição Federal. A vacinação é uma das mais importantes medidas de prevenção de doenças e a forma mais eficaz de proteger crianças e adolescentes. É muito mais fácil prevenir doenças do que tratá-las e este é o papel das vacinas.

O ECA considera criança quem tem até 12 anos incompletos. Já os que tem entre 12 e 18 anos são adolescentes. O estatuto define que estas faixas etárias têm direito à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, cultura e liberdade. Eles têm também direito ao atendimento prioritário em postos de saúde e hospitais e devem receber socorro em primeiro lugar no caso de acidente de trânsito, incêndio, enchente ou qualquer situação de emergência. (TINÉ, 2020).

Vale ressaltar que nenhuma criança ou adolescente pode sofrer abusos: descuido, preconceito, exploração ou violência. Os casos de suspeita ou confirmação de abusos devem sempre ser comunicados à Diretoria Tutelar, órgão vinculado à Prefeitura Municipal e composto por membros da comunidade.

4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NOS CASOS DE NÃO VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA DO FILHOS

Os requisitos sobre a obrigatoriedade de vacinação listados no ECA estão relacionados às seguintes questões: Responsabilidade social e coletiva. A decisão dos pais de não vacinar seus filhos pode ser extremamente prejudiciais à saúde das crianças e de terceiros.

Independentemente do direito dos pais à liberdade, incluindo o direito de escolher, é a Constituição Federal que garante que todos os cidadãos tenham direito à saúde e à vida. Os pais podem escolher não deixar seus filhos correrem riscos mesmo por motivos religiosos, porém devem sempre seguir as recomendações do Ministério da Saúde. Este não é um direito dos pais de escolherem, mas sim um direito das crianças em receberem vacinação e este direito deve ser resguardado.

Conforme Farah (2018) excepcionalmente, se houver um motivo científico para não vacinar a criança, como alergia ou outro problema de saúde, os pais devem ter um laudo médico atualizado que explique essa situação. Não se trata de uma escolha, mas sim de uma impossibilidade justificada.

Desta forma, se a resistência dos pais persistir, eles estarão sujeitos às penalidades administrativas estipuladas pelo ECA e multadas de 3 a 20 salários mínimos. Em casos mais extremos, eles podem estar sujeitos a processo criminal por abuso infantil, porque a decisão dos pais faz com que a criança esteja em uma situação vulnerável põe em risco a sua saúde e a sua vida.

Conforme o Código Civil Brasileiro o artigo 932 traz que: são também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. (BRASIL, 2002)

As responsabilidades parentais dos filhos menores merecem menção especial. Isso ocorre porque o sujeito agiu ou deveria ter agido sem realizar a vacinação obrigatória de maneira adequada.

Para Perico (2019) quando o calendário de vacinações não é respeitado, as crianças e adolescentes ficam vulneráveis às doenças que seriam imunizáveis e, em consequência disso, ficam extremamente abertas a causar danos às outras pessoas que convivem ao seu redor. Nesse contexto, a responsabilidade civil entra em ação, exigindo uma reparação pelos prejuízos causados em razão desta conduta e são os pais, como responsáveis pelos filhos menores de idade, que detém o dever de ressarcir tais prejuízos.

As consequências da não vacinação são resguardadas pela Constituição Federal, Código Civil e ECA, essas leis são fortalecidas por outras leis complementares, para dar

assistência e suporte, responsabilizando os responsáveis quando da negligência, do descuido e do abandono.

Para além disso a Constituição Federal afirma no o artigo 227 que os pais e responsáveis, juntamente com a sociedade e o Estado, devem garantir às crianças e adolescentes todos os meios necessários para a sua subsistência, seja no âmbito material ou afetivo, devendo ser assegurados os direitos e garantias a eles inerentes, inclusive propiciando saúde, educação, lazer, alimentação, vestuário e todas as demais necessidades para uma vida digna. (BRASIL, 1988).

É importante ainda reforçar o artigo 14 do Estatuto da Criança e Adolescente onde:

“Art. 14. O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos. § 1º É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.” (BRASIL, 1990).

Sendo assim, conforme todo o exposto, o descumprimento dos calendários de vacinação obrigatórios se dá na forma do Regulamento da Criança e do Adolescente (ECA) e de leis esparsas sobre planos de vacinação e medidas de vigilância, vacinar é extremamente necessário e a não observação implicará na aplicação de todas as penalidades já mencionadas.

A discussão sobre a obrigatoriedade ou não é uma questão histórica que desde 1904 é objeto de debate, conforme é possível analisar:

A questão da obrigatoriedade de vacinação colocou em posições antagônicas o sanitarista Oswaldo Cruz e a Águia de Haia, Rui Barbosa no século passado.

Em 1904, uma lei tornava obrigatória a vacina contra a varíola. Dentre aqueles que não queriam colocar dentro do corpo o vírus da própria doença, estava Rui Barbosa. Para o estudioso, a vacina não era inofensiva. Pelo contrário, ele considerava "veneno" a introdução de um vírus no corpo "em cuja influência existem os mais bem fundados receios de que seja condutora da moléstia, ou da morte".

"A lei da vacina obrigatória é uma lei morta. (...) Contrário era e continuo a ser à obrigação legal da vacina. (...) Assim como o

direito veda ao poder humano invadir-nos a consciência, assim lhe veda transpor-nos a epiderme." (MIGALHAS, 2020)

Desta forma, o direito dos pais à liberdade de escolha sobre a não vacinação não pode anular os direitos coletivos da população em proteção da vacinação, muito menos a saúde das crianças.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Conforme a jurisprudência que se segue é possível perceber que trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que julgou improcedente na condenação destes ficou estabelecido aos responsáveis providenciar a regularização da vacinação da criança O.Z.C., com pedido de tutela específica por meio de busca e apreensão da criança, configurando-se o caso a infração prevista no art. 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com a decisão:

PODER FAMILIAR VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA AÇÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPOR AOS PAIS A OBRIGAÇÃO DE PROCEDER À VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA DE FILHO MENOR SENTENÇA QUE NÃO RECONHECE A OBRIGAÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DA EXISTÊNCIA DE RISCO CONCRETO DA VACINAÇÃO, DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE ORGANIZAÇÃO FAMILIAR, BEM COMO DA INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OBRIGAÇÃO DOS PAIS DE PROCEDER À VACINAÇÃO DE FILHOS MENORES QUE DECORRE DE NORMA DE ORDEM PÚBLICA INEXISTÊNCIA CONCRETA DE PROVAS A INDICAR O RISCO EM SE PROCEDER À VACINAÇÃO ORGANISMOS INTERNACIONAIS QUE RECONHECEM A INEXISTÊNCIA DE RISCO GRAVE E DE BENEFÍCIOS COM A VACINAÇÃO NORMATIZAÇÃO A INDICAR QUE A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA INTEGRA CONJUNTO DE REGRAS DE ORDEM PÚBLICA, TUTELA NÃO SÓ A SAÚDE DA CRIANÇA, MAS TAMBÉM DA COLETIVIDADE NEGATIVA À VACINAÇÃO QUE CONSTITUI INFRAÇÃO SANITÁRIA CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE DEVE SER DECIDIDO PELA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA E DE SUA SAÚDE, BEM COMO DA COLETIVIDADE LIBERDADE FILOSÓFICA E RELIGIOSA QUE NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO QUANDO ATINGEM TERCEIROS OBRIGAÇÃO DOS GENITORES DE REGULARIZAR A VACINAÇÃO POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO PODER FAMILIAR PARA A REGULARIZAÇÃO DA VACINAÇÃO DA CRIANÇA PELO CONSELHO TUTELAR RECUSA DOS PAIS EM CUMPRIR A DETERMINAÇÃO JUDICIAL QUE DEVE

SER SUPRIDA POR MEIO DA BUSCA E APREENSÃO DA CRIANÇA E SEU ENCAMINHAMENTO A SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE PARA A REGULARIZAÇÃO VACINAL RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2019).

Os responsáveis sustentavam que o menor de 3 anos de idade, não foi submetido a qualquer tipo de vacinação, o que acarreta ofensa a seu direito à proteção da vida e saúde dele, sobre às doenças infectocontagiosas; que a vacinação é obrigação imposta pela lei aos pais; que a omissão dos apelados traduz risco à saúde de outras crianças e da coletividade.

Os responsáveis argumentaram ainda que a liberdade filosófica e de crença dos apelados não se sobrepõe ao direito à vida, especialmente quanto a crianças e à coletividade, havendo exceção prevista no art. 5º, VIII, CF para o exercício de liberdade de crença e filosófica em relação a obrigações legais impostas a todas as pessoas. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2019).

Não há contraindicação médica para ter uma certa vacinação, caracterizando a possibilidade de responsabilidade aos pais para o direito à saúde que pertencem exclusivamente à criança. É necessário compreender que existem limites do poder familiar, isto é, as escolhas feitas pelos pais, em virtude de convicções especiais e individuais e que têm efeitos em crianças menores, não podem representar tais danos em relação ao maior interesse na Constituição Federal e no interesse da criança e do adolescente.

Neste caso específico o relator destacou que a recusa de se proceder à vacinação obrigatória, seja do sujeito em si, seja das crianças e adolescentes que estejam sob sua responsabilidade, não caracteriza o exercício legítimo de um direito perante o Estado, mas ato ilícito, por ofensa a normas específicas de tutela individual da saúde da criança e da incolumidade pública. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2019).

Segundo ele, a doutrina criminal classifica como um crime abstrato o comportamento do agente que dificulta a determinar o poder público para evitar a vacinação obrigatória.

O juiz também refuta o argumento de um possível conflito de direitos fundamentais, como a liberdade de condenação filosófica dos pais e o direito à solução interna de questões familiares. Segundo ele, o limite para o exercício desses direitos é baseado na ofensa para os padrões de políticas públicas. Nesses casos, ocorre a tutela de saúde pública, subindo, em casos extremos, para a suspensão ou demissão do

poder familiar, incorporado em inadimplência com as obrigações derivadas do poder da família.

Outra Jurisprudência estudada acerca do tema foi a decisão ocorrida no Acre em 2019:

TRF. APELAÇÃO CIVEL AC50097420620154047205.

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA. CONTRAÇÃO DA DOENÇA.

Demonstrado o nexo causal entre a ação (vacinação obrigatória realizada pelo poder público) e o evento danoso (contração de poliomielite), é cabível indenização por danos moras, estéticos e materiais á criança e seus pais. 2. O julgamento em consonância com o artigo 942do CPC. Parcial provimento do recurso da parte autora. Parcial provimento do recurso da União. (BRASIL,2019).

Conforme foi possível analisar, é possível que o Estado também seja responsabilizado por a ausência de vacinação. Além disso, um caso ocorrido em São Paulo (SP) gerou grande repercussão e chegou a ir ao Supremo Tribunal Federal conforme se segue:

Direito constitucional. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Vacinação obrigatória de crianças e adolescentes. Ilegitimidade da recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica. 1. Recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que determinou que pais veganos submetessem o filho menor às vacinações definidas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, a despeito de suas convicções filosóficas. 2. A luta contra epidemias é um capítulo antigo da história. Não obstante o Brasil e o mundo estejam vivendo neste momento a maior pandemia dos últimos cem anos, a da Covid-19, outras doenças altamente contagiosas já haviam desafiado a ciência e as autoridades públicas. Em inúmeros cenários, a vacinação revelou-se um método preventivo eficaz. E, em determinados casos, foi a responsável pela erradicação da moléstia (como a varíola e a poliomielite). As vacinas comprovaram ser uma grande invenção da medicina em prol da humanidade. 3. A liberdade de consciência é protegida constitucionalmente (art. 5º, VI e VIII) e se expressa no direito que toda pessoa tem de fazer suas escolhas existenciais e de viver o seu próprio ideal de vida boa. É senso comum, porém, que

nenhum direito é absoluto, encontrando seus limites em outros direitos e valores constitucionais. No caso em exame, a liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa da vida e da saúde de todos (arts. 5º e 196), bem como com a proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227). 4. De longa data, o Direito brasileiro prevê a obrigatoriedade da vacinação. Atualmente, ela está prevista em diversas leis vigentes, como, por exemplo, a Lei nº 6.259/1975 (Programa Nacional de Imunizações) e a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tal previsão jamais foi reputada inconstitucional. Mais recentemente, a Lei nº 13.979/2020 (referente às medidas de enfrentamento da pandemia da Covid-19), de iniciativa do Poder Executivo, instituiu comando na mesma linha. 5. É legítimo impor o caráter compulsório de vacinas que tenha registro em órgão de vigilância sanitária e em relação à qual exista consenso médico-científico. Diversos fundamentos justificam a medida, entre os quais: a) o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade (dignidade como valor comunitário); b) a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros (necessidade de imunização coletiva); e c) o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (CF/1988, arts. 196, 227 e 229) (melhor interesse da criança). 6. Desprovemento do recurso extraordinário, com a fixação da seguinte tese: “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar”.

(STF - ARE: 1267879 SP 1003284-83.2017.8.26.0428, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 17/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 08/04/2021)

Conforme jurisprudência acima citada, o tema de vacinação obrigatória é um tema que ainda é discutido recentemente em 2021 em plena a pandemia global, na

decisão fica evidente que o Brasil e o resto do mundo está passando por a maior pandemia já vista em 100 anos e a vacinação se mostrou como um grande aliado na preservação da vida das pessoas, além disso, o argumento da parte se fundava na liberdade de consciência, contudo, esta deve ser ponderada entre a defesa da vida e da saúde de todos conforme preceitua a Constituição Federal.

Por fim, vale observar a posição do Supremo Tribunal Federal acerca da obrigatoriedade da vacinação em crianças e adolescentes, a decisão é recente e gerou uma repercussão geral tendo como resultado final a sentença do Tribunal de Justiça mantida que em caso de descumprimento da decisão, a busca e apreensão da criança para a regularização das vacinas serão obrigatórias, conforme é possível analisar:

Ementa: Direito constitucional. Recurso extraordinário com agravo. Obrigatoriedade de vacinação de menores. Liberdade de consciência e de crença dos pais. Presença de Repercussão geral.

1. Constitui questão constitucional saber se os pais podem deixar de vacinar os seus filhos, tendo como fundamento convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais.

2. Repercussão geral reconhecida.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de recurso extraordinário com agravo interposto por A.C.P.C e A.Z.A, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

PODER FAMILIAR VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA AÇÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPOR AOS PAIS A OBRIGAÇÃO DE PROCEDER À VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA DE FILHO MENOR SENTENÇA QUE NÃO RECONHECE A OBRIGAÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DA EXISTÊNCIA DE RISCO CONCRETO DA VACINAÇÃO, DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE ORGANIZAÇÃO FAMILIAR, BEM COMO DA INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OBRIGAÇÃO DOS PAIS DE PROCEDER À VACINAÇÃO DE FILHOS MENORES QUE DECORRE DE NORMA DE ORDEM PÚBLICA INEXISTÊNCIA CONCRETA DE PROVAS A INDICAR O RISCO EM SE PROCEDER À VACINAÇÃO ORGANISMOS INTERNACIONAIS QUE RECONHECEM A INEXISTÊNCIA DE RISCO GRAVE E DE BENEFÍCIOS COM A VACINAÇÃO NORMATIZAÇÃO A INDICAR QUE A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA INTEGRA

CONJUNTO DE REGRAS DE ORDEM PÚBLICA, TUTELA NÃO SÓ A SAÚDE DA CRIANÇA, MAS TAMBÉM DA COLETIVIDADE NEGATIVA À VACINAÇÃO QUE CONSTITUI INFRAÇÃO SANITÁRIA CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE DEVE SER DECIDIDO PELA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA E DE SUA SAÚDE, BEM COMO DA COLETIVIDADE LIBERDADE FILOSÓFICA E RELIGIOSA QUE NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO QUANDO ATINGEM TERCEIROS OBRIGAÇÃO DOS GENITORES DE REGULARIZAR A VACINAÇÃO POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO PODER FAMILIAR PARA A REGULARIZAÇÃO DA VACINAÇÃO DA CRIANÇA PELO CONSELHO TUTELAR RECUSA DOS PAIS EM CUMPRIR A DETERMINAÇÃO JUDICIAL QUE DEVE SER SUPRIDA POR MEIO DA BUSCA E APREENSÃO DA CRIANÇA E SEU ENCAMINHAMENTO A SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE PARA A REGULARIZAÇÃO VACINAL RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO.

2. Na origem, o Ministério Público de São Paulo ajuizou ação civil pública em face de A.C.P.C e A.Z.A, pais do menor O.Z.C, nascido em 08.08.2015, com a finalidade de obrigá-los a regularizar a vacinação do seu filho. Segundo consta da inicial, os pais do menor são adeptos da filosofia vegana e contrários a intervenções medicinais invasivas, como é o caso da vacinação obrigatória. Por esse motivo, deixaram de cumprir o calendário de vacinação determinado pelas autoridades sanitárias.

3. Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, tendo como fundamento a liberdade dos pais de guiarem a educação e preservarem a saúde dos seus filhos (arts. 227 e 229 da Constituição), o que incluiria evitar métodos por eles considerados como potencialmente perigosos à saúde do menor. Na sentença, também foi destacada a decisão consciente e informada dos pais contra a vacinação de crianças saudáveis, fundamentada em estudos acerca das reações e supostos riscos da vacinação infantil.

4. O Tribunal de Justiça, contudo, reformou a sentença, julgando a ação procedente e determinando, em caso de descumprimento da decisão, a busca e apreensão da criança para a regularização das vacinas obrigatórias. No acórdão, a Corte afirmou que não há base científica para os alegados riscos trazidos pela vacinação

infantil. Argumentou, ainda, que os movimentos antivacina trazem grave risco à cobertura imunológica de doenças infecciosas na sociedade. Citou o art. 14, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais normas infralegais, que determinam a vacinação de crianças nas hipóteses recomendadas pelas autoridades sanitárias. Por fim, a decisão ponderou a liberdade filosófica e religiosa dos pais com o direito à saúde pública, argumentando que as campanhas de vacinação contribuem decisivamente para a prevenção e propagação de doenças na sociedade.

5. No presente recurso extraordinário, os recorrentes alegam os seguintes argumentos: (i) embora não seja vacinado, o menor possui boas condições de saúde, é acompanhado por médicos e cuidado nos termos da filosofia vegana, o que impede a adoção de tratamentos médicos invasivos; (ii) a escolha pela não vacinação é ideológica e informada, não devendo ser considerada como negligência, mas sim excesso de zelo dos pais quanto aos supostos riscos envolvidos na vacinação infantil; e (iii) a obrigatoriedade da vacinação de crianças, inscrita no art. 14, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais normas infralegais, deve ser sopesada com a liberdade de consciência, convicção filosófica e intimidade, garantida nos art. 5º, VI, VIII e X, da Constituição.

6. É o relatório. Passo à manifestação.

7. O presente recurso extraordinário discute os limites da liberdade dos pais na escolha. (...) Brasília, 06 de agosto de 2020. Ministro Luís Roberto Barroso. Relator. (STF, 2020).

6 CONCLUSÃO

Sob o impulso dos grupos antivacinação, a vacinação infantil passa por um grande movimento, que eliminarão as possíveis consequências da vacinação obrigatória para crianças e adolescentes, a esse respeito, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a forma de responsabilidade civil dos pais e responsáveis pelo descumprimento do calendário vacinal infantil, o que está previsto no Regulamento da Infância e da Juventude conhecido como Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), na Constituição Federal e em legislação complementar.

O Estatuto prevê a disposição que considera as vacinas determinadas como obrigatórias pelas autoridades sanitárias, decidindo assim não vacinar é uma atividade

ilegal. Com isso, os responsáveis podem ser multados, suspensos do trabalho ou até mesmo perder os direitos familiares. Além disso, se o esquema de vacinação não for cumprido, será violado o direito básico à saúde da criança e de toda a população que mora no mesmo espaço. Esses direitos são classificados como direitos sociais e devem ser garantidos pelo Estado por meio da implementação de políticas públicas.

Além disso, por um lado, esse comportamento cria uma contradição entre o direito da família ou dos pais de determinar a vida dos filhos; e por outro lado, existe o direito coletivo das pessoas à saúde. Porém, pelo processo desta pesquisa, percebeu-se que vale a pena a observância da proteção da saúde coletiva e em não havendo ela isso pode acarretar na violação dos direitos individuais, pois a vacinação não obrigatória pode colocar em risco todo o país e, se evitada, causará doenças facilmente evitáveis.

Além disso, foi analisado também diversas jurisprudências que tratam sobre a obrigatoriedade de vacinação e ainda um precedente do STF que se deu por meio de uma repercussão geral onde por unanimidade a vacinação da Criança e Adolescente foi obrigatória pois sua atuação é a prevenção de danos. O não cumprimento do esquema vacinal terá consequências irreversíveis, portanto, antes mesmo que ocorra o dano, deve-se evitar a negligência dos pais, ou seja, instituir a tutela inibitória. Por outro lado, se não houver satisfação espontânea com o direito à saúde, os direitos básicos das crianças e dos jovens ficarão comprometidos. Portanto, nascem os titulares que reivindicam os direitos e, portanto, podem utilizar os direitos do contencioso constitucional para obter a indenização pelo dano causado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 de Março de 2021.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 21 de março de 2021.

_____. **Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Dispõe sobre o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 de março de 2021.

BALLALAI, Isabella; BRAVO, Flavia (Org.). **Imunização**: tudo o que você sempre quis saber. Rio de Janeiro: RMCOM, 2018.

BARBIERI, Carolina Luísa. **A (não) vacinação infantil entre a cultura e a lei: os significados atribuídos por casais de camadas médias de São Paulo, Brasil. Cad. Saúde Pública** [online]. 2017, vol.33, n.2, e00173315. Epub Mar09, 2018. ISSN 1678-4464. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v33n2/1678-4464-csp-33-02-e00173315.pdf> Acesso em: 06 de março de 2021.

FARAH. Renata. **Responsabilidade civil dos pais que não vacinam seus filhos.** Disponível em: <http://crc.sites.oabpr.org.br/wp-content/uploads/sites/23/2018/09/artigo-rc-vacinas.pdf>. Acesso em 29 de Março de 2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processo civil esquematizado.** 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

HEUSELER. Denise. **Aspectos jurídicos sobre a vacinação obrigatória no Brasil.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88230/aspectos-juridicos-sobre-a-obrigatoriedade-de-vacinacao-no-brasil>. Acesso em 01 de Abril de 2021.

JUSBRASIL. **Recurso Ordinário com agravo.** Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1190972206/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1267879-sp-1003284-8320178260428>. Acesso em 03 de Abril de 2021.

MIGALHAS. **Pais são obrigados a vacinar seus filhos.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/335255/pais-sao-obrigados-a-vacinar-filhos-se-autoridades-sanitarias-recomendarem>. Acesso em 02 de Abril de 2021.

MODELLI, Laís. **Sarampo, pólio, difteria e rubéola voltam a ameaçar após erradicação no Brasil.** 2018. Disponível em: www.bbc.com.br/historiadavacinacao Acesso em: 07 de março de 2021.

NUNES. Mérces. **Vacinação Obrigatória protege os cidadãos.** Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/vacinacao-obrigatoriedade-e-constitucional-e-protege-cidadaos/>. Acesso em 23 de Março de 2021.

PERICO. Alexandra. **Responsabilização civil nos casos de não vacinação.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilizacao-civil-nos-casos-de-nao-vacinacao-obrigatoria-dos-filhos/>. Acesso em 23 de Março de 2021.

STF. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=8954252>. Acesso em 25 de Março de 2021.

- TINÉ, Luíza. **Crianças e adolescentes tem direito a vacina.** Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/geral/53921-criancas-e-adolescentes-tem-direito-a-vacina#:~:text=Criado%20em%2013%20de%20julho,com%20base%20na%20Constitu%C3%A7%C3%A3o%20Federal.&text=A%20vacina%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20uma%20das,de%20proteger%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes.> Acesso em 24 de Março de 2021.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-acordao-vacinacao-infantil.pdf>. Acesso em 02 de Abril de 2021.
- WELLE, Deutsche. **Como é a vacinação pelo mundo?** 2018. Disponível em: www.cartacapital.com.br/saude/como_e_a_vacinacao_pelo_mundo Acesso em: 07 de março de 2021.
- WOLKERS, Paula Carolina *et al.* O Direito à Imunização Na Infância e Adolescência: Uma Revisão Narrativa. **Ciencia y Enfermeria**. 2016. XXII (3): 85-96, 2016 ISSN 0717-2079 Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/cienf/v22n3/0717-9553-cienf-22-03-00085.pdf> Acesso em: 07 de março de 2021.

TERCEIRIZAÇÃO: APLICABILIDADE NO SISTEMA PRISIONAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

RAFAEL DE SOUZA VERAS: Aluno da Especialização em Direito e Processual do Trabalho pela Universidade Federal do Tocantins - UFT

Resumo: O presente artigo versa sobre a terceirização, delimitado no âmbito do sistema prisional brasileiro. O estudo possui como questionamento de pesquisa se a aplicação da terceirização no sistema prisional é constitucional perante a Constituição Federal. O objetivo geral do estudo é identificar possíveis formas de violação do instituto jurídico da terceirização no sistema prisional ao preceito expresso da dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal. Como objetivos específicos, o estudo possui o escopo de estudar o conceito de terceirização; discutir o seu histórico normativo no ordenamento jurídico brasileiro; e apontar possíveis se há violações a luz da Constituição Federal. O procedimento metodológico do estudo será através do levantamento bibliográfico e documental. Dentro deste contexto, este trabalho procura fazer uma contribuição na área trabalhista e da administração pública, ao estudar e apontar possíveis violações do instituto da terceirização a luz da Constituição Federal.

Palavras-Chaves: terceirização; Constituição Federal; sistema prisional; concurso público.

Abstract: This article deals with outsourcing, delimited within the scope of the Brazilian prison system. The study has as a research question whether the application of outsourcing in the prison system is constitutional under the Federal Constitution. The general objective of the study is to identify possible forms of violation of the legal institute of outsourcing in the prison system to the express precept of the dignity of the human person present in the Federal Constitution. As specific objectives, the study has the scope of studying the concept of outsourcing; discuss its normative history in the Brazilian legal system; and point out possible if there are violations in light of the Federal Constitution. The methodological procedure of the study will be through a bibliographic and documentary survey. Within this context, this work seeks to make a contribution in the area of labor and public administration, by studying and pointing out possible violations of the outsourcing institute in the light of the Federal Constitution.

Key words: outsourcing; Federal Constitution; prison system; public tender.

1 INTRODUÇÃO

A pena é forma pelo qual o agente responde pela conduta criminosa que praticou. Nos termos do artigo 59 do Código Penal, nosso ordenamento jurídico adotou a teoria mista da pena, na qual existe a função de retribuir e prevenir o crime. Prevenção essa que se dá através da educação e da ressocialização.

Contudo essa ressocialização colide com um sistema penitenciário brasileiro violador e inadequado aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais. Um exemplo claro é o artigo 1º da Lei de Execuções Penais, a qual preconiza:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Conforme observa Silva (2018), estamos diante de um sistema prisional fragilizado, com superlotação de presos nas celas, viaturas sucateadas para realização de escoltas, prédios com estruturas precárias, na qual tanto o detento quanto o Agente de Segurança Penitenciário, vivem em condições subumanas em ambiente insalubre.

Essas violações se devem não apenas pela falta de políticas públicas voltadas para o sistema prisional, mas também pela ausência de suporte humano técnico-profissional que possa atender as demandas carcerárias cada vez mais crescentes. Esse problema é observado também em outros estados, como por exemplo, Minas Gerais:

As imagens de degradação, desumanização de uma vida social encarcerada, conduzida pelos princípios éticos legitimados por força de Lei, tem demonstrado as dificuldades dos governos em diminuir a criminalidade no macro do ordenamento jurídico e das políticas penais. Desde os problemas como à higiene nas celas, superlotações até a proliferação de doenças contribuem para o descaso do Estado com os presídios de Minas Gerais. O baixo efetivo dos agentes penitenciários de carreira por causa das demissões dos agentes penitenciários contratados, contribui para a falta de segurança nos presídios, pois nota-se um sistema prisional frágil, onde os detentos se tornam cada vez mais agressivos devido ao ambiente em que vivem provocando motins e rebeliões para demonstrar a insatisfação durante o pagamento da pena. (SILVA, 2018)

Dessa maneira, se instala uma situação de crise, na qual o Estado é falho em seu múnus pública, instaurando o que o Supremo Tribunal Federal chamou de Estado de Coisas Inconstitucionais:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades. (CAMPOS, 2015)

Nesse ínterim, o Poder Público recorre à terceirização como forma de auxílio nos trabalhos de apoio penitenciários e carcerários. A terceirização de atividades meio e fim nasceram com as reformas promovidas pelo Estado Brasileiro na década de 1990, na qual possuíam o escopo de racionalizar recursos públicos e melhorar as atividades exercidas por aquele ente. A terceirização na administração pública pode envolver seus diversos setores e órgãos, inclusive o sistema prisional.

O tema do presente trabalho será a terceirização, delimitado no âmbito do sistema prisional brasileiro. Dessa forma, com base nos levantamentos, formula-se a seguinte pergunta de pesquisa: a aplicação da terceirização no sistema prisional é constitucional perante a Constituição Federal?

Nestes termos, o presente trabalho busca responder se a terceirização é constitucional perante a Constituição Federal de 1988.

Uma resposta hipotética a essa problemática seria que terceirização de atividades inerentes à atividade-fim no sistema prisional revela-se, como proferido pelo ministro Gilmar Mendes no seu voto na ADI 5735 sobre a constitucionalidade do referido instituto, em um instrumento de equalização dos agentes de mercado envolvidos, atendendo, portando, às diretrizes constitucionais supostamente violadas.

Portanto, o presente trabalho versa sobre a aplicação do instituto jurídico da terceirização no sistema prisional brasileiro. Justifica-se essa escolha tendo em vista que a gestão do sistema prisional

O sistema Prisional tem se tornado ultimamente um fator permanente de tensão social, visto que, atualmente a Segurança pública vem enfrentado grandes dificuldades por parte de suas instituições, e particularmente neste setor, essas dificuldades tem

acarretado constantes críticas por parte da sociedade dada a ineficiente gestão atual. (SILVA, 2018)

O objetivo geral do estudo é identificar possíveis formas de violação do instituto jurídico da terceirização à luz da Constituição Federal. Como objetivos específicos, o estudo possui o escopo de estudar o conceito de terceirização; discutir o seu histórico normativo no ordenamento jurídico brasileiro; e apontar possíveis violações a luz da Constituição Federal.

O procedimento metodológico do estudo será através do levantamento bibliográfico e documental, sendo a pesquisa qualitativa e descritiva no que tange ao método e forma de abordar o problema e os objetivos, pois se fundamenta principalmente em análises qualitativas (ZANELLA, 2009, p. 75 apud Rodrigues, 2013).

Dentro deste contexto, este trabalho procura fazer uma contribuição na área trabalhista e da administração pública, ao estudar e apontar possíveis violações do instituto da terceirização a luz da Constituição Federal.

II. TERCEIRIZAÇÃO: CONCEITOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

Modernamente, costuma-se conceituar terceirização como um processo no qual uma empresa contrata outra empresa para realizar uma atividade profissional, em detrimento da contratação individual de funcionários.

No âmbito legal, a Lei 13.429/2017 apresentou o conceito legal de terceirização por empresas como aquela empresa prestadora de serviços a destinada a prestar ao contratante serviços determinados e específicos, conforme trecho *in verbis* da normatização legal:

Art. 4º-A Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.”

No campo doutrinário, temos um campo prolífero para os mais diversos conceitos e definições. Autores se empenham em apontar e demonstrar qual a melhor acepção de determinado assunto. Extrair sentido de um instituto jurídico e positiva-lo

no campo do debate doutrinário é uma tarefa hercúlea, principalmente quando o próprio legislador não consagra esforços para tanto.

Neste contexto, dentre a vasta doutrina trabalhista existe, podemos apontar o entendimento do autor Carlos Bezerra Leite (2018), na qual com maestria e inteligência, conceituou terceirização como:

Terceirização, para nós, é um procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir os seus custos, aumentar a sua lucratividade e, em consequência, sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que, possuindo pessoal próprio, passará a prestar aqueles serviços que seriam realizados normalmente pelos seus empregados. (LEITE, p. 544, 2018)

Ainda no âmbito doutrinário, necessário se faz trazer ao estudo outro conceito exposto pela autora Vólia Bonfim Cassar (2018). Aqui a autora define terceirização como uma relação triangular entre empregado, empresa intermediadora e o tomador de serviços, nos termos de uma passagem do seu livro, *in verbis*:

Terceirização é a relação trilateral que se forma entre o empregado, a empresa intermediadora (empregador aparente ou formal) e o tomador dos serviços (empregador real ou natural), em que esse último se vale da mão de obra de um trabalhador sem contratá-lo diretamente como empregado. Repassa as ordens, o pagamento e o trabalho para que a empresa interposta, colocadora dos serviços, o faça e se apresente formalmente como empregadora. (CASSAR, p.90, 2018)

A doutrina ainda dividia a terceirização em lícita/regular ou ilícita/irregular (CASSAR, p.91, 2018). Lícita/regular é a terceirização que está autorizada em lei ou não viola regras e princípios de direito. Ilícita/irregular é a terceirização que é feita ao arrepio da lei, que viola os requisitos estabelecidos em lei ou regras de direito. A terceirização lícita é a autorizada por lei: Lei 7.102/83, Lei 6.019/74, art. 455 da CLT; a prevista no art. 4º-A da Lei 6.019/74 (acrescido pela Lei 13.467/2017). Ademais se não forem atendidos os requisitos impostos por essas leis, a terceirização será ilegal, ou fora desses casos, for praticada em fraude à CLT ou com subordinação ao tomador (art. 9º c/c arts. 2º e 3º da CLT), ensejando o vínculo com o tomador, com exceção do poder público) (CASSAR, p.91, 2018).

Para LEITE (p. 563, 2018) a diferença basilar entre “terceirização lícita” e “terceirização ilícita” estaria na distinção que se fazia entre prestação de serviços e locação permanente de mão de obra. A título de exemplificação, se na prestação de

serviço, o componente primordial é a mão de obra e não o equipamento (como no caso de mero fornecimento de digitadores), o que se verifica não é uma verdadeira prestação de serviço, mas o fornecimento de mão de obra mais barata.

No tocante ao entendimento jurisprudencial, não há um linha conceitual para a definição do que seria o instituto da terceirização. Mas através do voto do ministro Gilmar Mendes na ADI 5735, que versava sobre a inconstitucionalidade do trabalho temporário por terceirização, podemos apontar algumas conceituações por parte do eminente ministro.

Depreende-se da ADI 5735 que a primeira delas é de que a terceirização seria *a externalização [que] transfere etapas da produção para outros agentes que normalmente são especializados naquela específica etapa produtiva*. Para o ministro, no seu voto na ADI 5735, a terceirização é justamente um consectário desse modelo descentralizado, externalizado, na qual permitiria a transferência de certas fases produtivas para terceiro especializado e técnico na área. E finaliza, afirmando que a terceirização seria *um modelo em que os ganhos sociais são contextualizados com a realidade*³¹.

Apesar de a *priori* não parecer necessariamente conceito jurisprudencial, cabe ressaltar que o Tribunal Superior do Trabalho - TST seguia a orientação jurisprudencial do reconhecimento do vínculo empregatício direto entre o tomador e o trabalhador da empresa por aquela contratada. Portanto, para o TST, terceirização seria definida como relação de emprego, nos moldes da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.

Desta feita, o instituto da terceirização nos seus diferentes aspectos (legal, doutrinário e jurisprudencial), pode ser finalmente definido, através de uma interpretação sistêmica, como a contratação por interposta empresa para a execução de serviços na empresa contratante.

III. TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A doutrina aponta que o Decreto-Lei 200, de 25.02.1967, foi o primeiro instrumento normativo a prever a descentralização dos serviços por meio da prestação por empresas da iniciativa privada (LEITE, p. 554, 2018). Contudo, cabe apontar que a própria CLT já possuía previsão de contratação de força de trabalho por intermédio de subempreiteiro - previsto no seu artigo 455, na qual o empreiteiro principal seria responsável pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, no caso de subempreiteiro inadimplente (MAEDA, 2016).

31 **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI 5735.** Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5216509>. Acesso em 11 fev 2021

Em 1974, houve a edição da Lei 6.019, que instituiu o trabalho temporário nas empresas urbanas. Sua redação passava então a permitir a contratação de pessoa jurídica interposta, prestadora de serviço, por empresa tomadora se justificaria para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços, pelo prazo máximo de três meses, salvo autorização do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Por meio da Lei nº 7.102/1983, ocorreu finalmente à expansão da prática da terceirização para um caráter permanente e não mais temporário, alcançando dessa forma as empresas particulares especializadas nos serviços de vigilância e transporte de valores no segmento bancário da economia. Em 1994, com a edição da Lei nº 8.863, houve a ampliação da possibilidade de terceirização das atividades alusivas a serviços de vigilância e transporte de valores para além do âmbito das instituições bancárias.

Contudo, na década de 80, o Tribunal Superior do Trabalho, editou súmula nº 256, preconizando uma restrição da terceirização aos casos normativos supramencionados:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Portanto, o TST, à exceção do trabalho temporário e de serviço de vigilância, considerava ilegal a terceirização – intitulada de “contrato de prestação de serviços”. (LEITE, p. 557, 2018). Mas na década de 1990, o tribunal decidiu cancelar retromencionada súmula e editou a Súmula 331, cuja redação sofreu inúmeras alterações com o passar dos anos, estando atualmente com o seguinte teor:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação, Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011).

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Para Leite (p. 559, 2018) a direção adotada pela Súmula 331 do TST, apesar de alguns advogarem que o TST admitiu a terceirização de forma ampla e irrestrita, inclusive na atividade-fim da empresa, continua no sentido de que a terceirização, em princípio, seria ilegal no nosso país, exceto nas hipóteses permissivas.

Porém, o Estado, através do seu aparato legislativo não pode fechar os olhos para a realidade globalizada do mercado de trabalho que se encontra em constante mutação, principalmente a partir do início do século XXI. Neste ínterim, foi promulgada a Lei 13.429/2017, que acrescentou diversos artigos à Lei 6.019/1974, dentre os quais se destacam:

Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho 559 for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991

Com se depreende dos textos acima, percebe-se que a Lei 13.467/2017, além de alterar a Lei 13.429/2017, ampliou consideravelmente as hipóteses de terceirização. Aliás, forçoso reconhecer que a Lei 13.467/2017 permitiu também à quarteirização, a quinteirização, a sexteirização etc (LEITE, p. 562, 2018).

Mas a *priori*, necessário se faz analisar se esses novos dispositivos estão em consonância com a ordem constitucional vigente, na qual será objeto de discussão no tópico a seguir.

IV. TERCEIRIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo importante reforço à proteção dos direitos sociais, inserindo-os no capítulo dos direitos fundamentais (MAEDA, 2016). Contrariamente à tendência desreguladora e flexibilizadora presente nos países de economia avançada, a Constituição Federal de

1988 elevou à categoria de direitos sociais importantes direitos trabalhistas, tais como seguro-desemprego, irredutibilidade do salário, licença-maternidade, dentre outros (OLIVEIRA, 2013).

Por outro lado, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988 trouxe importantes conquistas para as relações de trabalho no Brasil, errou pela timidez com que reestruturou e lidou com as relações de trabalho (OLIVEIRA, 2013), possibilitando, por exemplo, contratações autônomas de mão de obra terceirizada por parte de empresas, sem um arcabouço normativo que regulamentasse expressamente.

Nesta esteira, o legislador, em resposta a vozes da classe empresarial e trabalhista que disseminação ideias acerca da flexibilização e desregulamentação das relações de trabalho (OLIVEIRA, 2013), editou a Lei 13.467/2017 permitindo expressamente a terceirização. Outra explicação para edição desta lei se deve a pressão de grandes empresas, conforme se extrai do entendimento abaixo:

com a redemocratização e a Constituição Federal de 1988, a expectativa era a de estender a proteção aos trabalhadores rurais e domésticos, o que ocorreu formal e parcialmente. Embora a regulação pública dos contratos de trabalho mantivesse o caráter despótico, por não se generalizar sua aplicação e por permitir a dispensa imotivada, a pressão das transnacionais foi pela flexibilização das normas públicas já conquistadas por meio da negociação coletiva ou individual, o que resultou na transformação do regime despótico para hegemônico-despótico. Isso significou um movimento de redução de proteção normativa do trabalho com o aval do sindicato, que cedeu diante da ameaça do desemprego nos anos 1990. (MAEDA, 2016)

Mas como bem observa LEITE (p. 562, 2018), é necessário interpretar esses novos dispositivos em sintonia com a ordem constitucional vigente que, como se sabe, tem por princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, estabelecendo como direitos sociais o primado do trabalho, a busca do pleno emprego e a função social da propriedade, além de conferir aos trabalhadores o direito à proteção do emprego, bem como outros direitos que visem à melhoria de sua condição social.

A Constituição Federal apresenta como um dos seus fundamentos basilares o princípio mãe do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana:

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.

Para DA SILVA (1998), o princípio é de tal suma importância, que ela precede a Constituição Federal, revelando-se como valor intrínseco do ser humano:

a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

E o autor (1998) continua defendendo a sua supremacia perante todo o ordenamento jurídico, conforme trecho abaixo:

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica, Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

O conceito da dignidade da pessoa humana no âmbito trabalhista possui como escopo analisar o trabalhador não como uma coisa, mas como um ser de direito que necessita de garantias expressas não apenas do empregador, mas também do Estado:

O homem trabalhador deve ser visto como sujeito-fim e não o objeto - meio do desenvolvimento. Não é necessário que se crie mais direitos, mas sim, dar garantias para a eficácia dos que já

existem, pois o problema fundamental em relação aos direitos do homem, não são o de justificá-los, mas o de protegê-los. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (DA SILVA, 2011)

Trazendo o princípio da dignidade da pessoa humana para o direito trabalhista, observa-se sua íntima relação com o princípio da proteção, na qual podemos conceituar como:

O fundamento do princípio da proteção decorre do propósito de equilibrar as relações havidas entre o capital e a força de trabalho, eis que são flagrantemente desiguais. A desigualdade entre os homens já se manifesta logo na origem da humanidade, onde o mais forte, apesar de igual ao mais fraco, sempre se manteve em posição privilegiada quando da ocupação das terras, do aproveitamento da propriedade e no prenúncio da manifestação do trabalho subordinado. (DA SILVA, 2011)

Este princípio se desdobra em três, quais sejam: o princípio do *in dubio pro operário*, o princípio da aplicação da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica. Dessa noção se extrai que o empregado é um ser de direitos protegido pela Constituição e pelo ordenamento jurídico trabalhista.

Portanto, ante o exposto acima, a terceirização em atividade-fim, além de precarizar as relações trabalhistas em geral, viola diversos princípios constitucionais, bem como tratados internacionais de direitos humanos, os quais estabelecem o primado do trabalho digno, o valor social do trabalho e da livre-iniciativa, a função socioambiental da empresa, a busca do pleno emprego etc. (LEITE, p. 554, 2018).

Contudo esse não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que em uma interpretação jurisprudencial constitucional – portanto, destoando da interpretação doutrinária – decidiu pela constitucionalidade da terceirização em atividade-fim.

V – CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM

Cabe assinalar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, já havia firmado tese em repercussão geral RE 958.252 (relator min. Luiz Fux) na qual preconizava: “É lícita à terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas

envolvidas, revelando-se inconstitucionais os incisos I, III, IV e VI da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho” (LEITE, p. 562, 2018).

Não obstante, ainda restavam pendentes ações do controle de inconstitucionalidade versando sobre a aplicação da terceirização à luz da Constituição Federal. O julgamento sobre essas ações foi realizado na sessão virtual encerrada do dia 15 de junho de 2020. Na qual ocasião, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou constitucional a Lei da Terceirização (Lei 13.429/2017), que permitiu a terceirização de atividades-fim das empresas urbanas. Por maioria de votos, foram julgadas improcedentes cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 5685, 5686, 5687, 5695 e 5735) que questionavam as mudanças nas regras de terceirização de trabalho temporário introduzidas pela lei.

As ações foram ajuizadas pela Rede Sustentabilidade (ADI 5685), pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (ADI 5686), pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 5687), pelas Confederações Nacionais dos Trabalhadores na Indústria Química e dos Trabalhadores nas Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro e Calçados (ADI 5695) e pela Procuradoria-Geral da República (ADI 5735). Segundo os argumentos apresentados, a prática irrestrita de terceirização e trabalho temporário em atividades ordinárias das empresas viola direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, ao propiciar tratamento diferenciado entre empregados diretos e terceirizados na mesma empresa.

Dado o espaço para a pesquisa, o estudo se balizará na Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (ADI 5735), com escopo de apresentar os votos dos ministros presentes no julgamento. Conforme salientado, as cinco ações do controle de constitucionalidade foram julgadas na mesma sessão, tendo em vista a similitude do objeto em questionamento.

O Ministro Gilmar Mendes, relator das ações, (p.09, 2020, ADI 5735) inicia a fundamentação do seu voto na ADI 5735 afirmando que o tema em questão encerraria múltiplas facetas, fazendo com que o problema fosse, em grande medida, muito mais sociológico do que jurídico. Dado o valor do trabalho para a atividade humana, a sua regulação por meio do Direito do Trabalho assumiria uma necessária importância.

Em retrospecto, o ministro relator (p.09, 2020, ADI 5735) aponta que tradicionalmente, a atividade desenvolvida por empregadores, sempre foi centralizada, dividindo-se em etapas produtivas que transcorriam internamente, arcando as empresas não só com todos os custos operacionais e de infraestrutura, como também de gestão. Esse modelo de produção convencionou-se chamar *fordismo*.

No entanto, o modelo de internalização das etapas produtivas passa a ceder espaço para um modo descentralizado, externalizado, de produção, continua o Ministro Gilmar Mendes na ADI 5735. E faz comparações, como por exemplo:

Para admitirmos que os ares socioeconômicos são completamente diversos daqueles em que se assentaram as bases principiológicas do Direito do Trabalho, basta observar que a maior empresa de transportes do mundo não tem um carro sequer, e a maior empresa de hospedagem do mundo também não dispõe de um único apartamento. Refiro-me aos paradigmáticos Uber e Air B&B, ambos fundados em economia colaborativa e na descentralização da atividade econômica entre diversos agentes mercadológicos. [...] A terceirização é justamente um consectário desse modelo descentralizado, externalizado. E, se as bases socioeconômicas são outras, é inevitável que tenhamos que conformar a disciplina em torno delas. (Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 111 - Supremo Tribunal Federal - Voto - MIN. GILMAR MENDES ADI 5735 / DF)

O Ministro criticou a tentativa doutrinária e jurisprudencial do TST de conceituar atividade-fim e atividade-meio, conforme trecho abaixo da ADI 5735, *in verbis*:

Em um cenário de etapas produtivas cada vez mais complexo, agravado pelo desenvolvimento da tecnologia e pela crescente especialização dos agentes econômicos, torna-se praticamente impossível divisar, sem ingerência do arbítrio e da discricionariedade, quais atividades seriam meio e quais seriam fim. [...] O critério insculpido a partir da Súmula 331 do TST, como analisado na ADPF 324, não se coaduna com a realidade empresarial e econômica moderna, sendo um critério aplicável à luz do subjetivismo. [...] A título de exemplo, quando analisamos a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, verificamos a dificuldade de estabelecer critérios para o que seria a atividade-meio e a atividade-fim, considerada por ele ilícita a luz da Súmula 331. (Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 111 - Supremo Tribunal Federal - Voto - MIN. GILMAR MENDES ADI 5735 / DF)

Em sua defesa ao modelo de terceirização objeto das ações de controle, o Ministro afirma que o que se observa no contexto global é uma ênfase na flexibilização das normas trabalhistas. E aponta (p. 18, 2020, ADI 5735) que se a Constituição Federal não impõe um modelo específico de produção, não faz qualquer sentido manter as amarras de um modelo verticalizado, fordista, na contramão de um movimento global

de descentralização. E conclui, afirmando que isolar o Brasil desse contexto global seria condená-lo à segregação econômica.

No tocante a compatibilidade com concurso público, o Ministro relator (p. 27, 2020, ADI 5735) assinala que a contratação de empresa de serviço temporário para terceirizar o desempenho de determinadas atividades dentro da administração pública não implica em violação à regra do concurso público, uma vez que não permite a investidura em cargo ou emprego público, devendo a Administração observar todas as normas pertinentes a contratação de tais empresas.

Desta feita, o Ministro Relator Gilmar Mendes julgou improcedente ação direta de inconstitucionalidade - ADI 5735 que questionava a compatibilidade, com a Constituição Federal, da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, no que, alterando regras pertinentes ao trabalho temporário originalmente prevista na Lei nº 6.019/1974, autorizou a terceirização das atividades-fim exercidas pela empresa tomadora.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio (p. 58, 2020, ADI 5735) enfatizou que a possibilidade de terceirização na prestação de serviços do Direito do Trabalho sempre reservou caráter excepcional, devendo a exceção ser interpretada de maneira estrita, especialmente quando envolvidos direitos sociais. A terceirização, além de mostrar-se incompatível com a garantia da isonomia remuneratória em sentido amplo prevista no inciso XXX do artigo 8º da Constituição Federal, apresenta nítido desequilíbrio na relação entre empregador e trabalhador, em prejuízo do projeto constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Dessa forma, o Ministro Marco Aurélio julgou procedente o pedido, para assentar inconstitucionalidade da Lei nº 13.429/2017 na ADI 5735.

O Ministro Edson Fachin divergiu do Relator na ADI 5735, asseverando que a garantia da livre iniciativa, corolário da liberdade de contratação, vem acompanhada da necessidade de assegurar o valor social do trabalho e do trabalho humano, tanto no artigo 1º, inciso IV, como no artigo 170, caput, da Constituição de 1988. Dessa forma, julgou pela procedência da ADI contra a terceirização.

O Ministro Ricardo Lewandowski (p. 102, 2020, ADI 5735) sublinhou que permitir a terceirização de serviços em atividades-fim, fere elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito e constitui abuso flexibilizador da contratação de mão de obra, pois viola as clássicas garantias trabalhistas conquistadas ao longo do processo histórico de afirmação dos direitos sociais, o que representaria um verdadeiro retrocesso jurisprudencial.

A Ministra Rosa Weber na ADI 5735 frisou que a terceirização desvirtua a relação bilateral de emprego, com consequências inadmissíveis aos direitos sociais e à proibição do retrocesso, em razão da evidente pretensão reducionista que lhe é ínsita.

Todavia, os votos divergentes não foram suficientes para convencer o plenário. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta da ADI 5735, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Acompanharam o entendimento do Relator os ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Dias Toffoli (presidente).

Desta maneira, com o permissivo constitucional da terceirização para atividades-fim, a jurisprudência reconhece a aplicação do referido instituto para serviço temporário no sistema prisional. Apesar de não haver um posicionamento expresso, através de uma interpretação analógica é possível aferir tal afirmação supramencionada. Nestes termos, é constitucional a terceirização de atividades – fim no sistema prisional, contanto que não desvirtua o princípio do concurso público expresso na Constituição Federal.

VI - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema em debate é controverso e polarizado. Há vozes que apontam pela sua inconstitucionalidade e demais vozes que assinalam sua aplicação à luz da Constituição Federal.

Consoante apresentado durante o presente estudo, a doutrina assevera sua inconstitucionalidade perante a Constituição. A título de exemplificação, temos o doutrinador Carlos Bezerra Leite, conforme trecho abaixo:

Prima facie, já defendíamos a inconstitucionalidade da Lei 12.690/2012, por ofensa aos princípios da dignidade humana, do valor social do trabalho, da função socioambiental da empresa, da relação de emprego protegida e da busca do pleno emprego, além de olvidar o princípio da vedação ao retrocesso social e estimular as fraudes na contratação de empregados por intermédio de cooperativas de trabalho (LEITE, p. 562, 2018).

Todavia, o Poder Legislativo editou a Lei 13.429/2017, preconizando a terceirização de serviços determinados e específicos, além de permitir a terceirização da atividade-fim. Não obstante, foram ajuizadas cinco ações do controle de constitucionalidade questionando a sua legalidade perante a Constituição. Após relatoria favorável pela improcedência das ações, o STF decidiu que a terceirização das atividades-fim são constitucionais.

De acordo com o STF, a legislação sobre a terceirização encontra-se em consonância com todo o arcabouço constitucional sobre a matéria e observa os preceitos devidos. Portanto, não há incompatibilidade da sua aplicação no sistema prisional, contanto que não configure, jamais, burla a exigência de concurso público.

Ressalta-se que concurso público é a única via de ingresso em cargo ou emprego público e qualquer forma de utilização, pela Administração Pública, do serviço temporário para burlar a regra constitucional do concurso público já encontra sanção em nosso ordenamento jurídico brasileiro e na jurisprudência constitucional do STF, conforme aponta o Ministro Relator Gilmar Mendes (p. 46, 2020, ADI 5735).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.735/DF - **Lei Federal 13.429/2017.**

Trabalho temporário. Prestação de serviço a terceiros. Terceirização da atividade-meio e da atividade-fim - Disponível em

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5216509>. Acesso em 11 fev 2021.

BOMFIM, Vólia. **Resumo de direito do trabalho**. 2018.

CABRAL, Sandro; LAZZARINI, Sergio G. **Impactos da participação privada no sistema prisional: evidências a partir da terceirização de prisões no Paraná**. Revista de Administração Contemporânea, v. 14, n. 3, p. 395-413, 2010.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 11 fev 2021.

DA SILVA, José Afonso. **A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia**. Revista de direito administrativo, v. 212, p. 89-94, 1998.

DA SILVA, ROGÉRIO GERALDO; HORIZONTE, BELO. **A terceirização no Brasil e a Súmula 331 do TST**. Revista Âmbito Jurídico, 2011.

DRUCK, Graça et al. **A terceirização no serviço público: particularidades e implicações**. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. Saraiva Educação SA, 2018.

MAEDA, Patrícia. **Terceirização no Brasil: histórico e perspectivas. Terceirização no Brasil: histórico e perspectivas**, 2016.

OLIVEIRA, Fernanda Sousa. **Terceirização e flexibilização das normas trabalhistas**. Prolegómenos. Derechos y Valores, v. 16, n. 31, p. 189-201, 2013.

RODRIGUES, Rodolfo Silveira. **A terceirização dos presídios no Brasil**. Revista Ordem Pública, v. 6, n. 1, p. 65-88, 2013.

SILVA, Adailson Félix da. **Análise da terceirização do sistema prisional de Minas Gerais**. 2018.

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: DEMANDA E AJUIZADA CONTRA OS AVOS CONTRA OS AVOS MATEROS.

ANDERSON SOUZA CASTRO

RESUMO: O Presente projeto de pesquisa tem por objetivo analisar os alimentos quando o responsável não tem como sustentar a subsistência do filho, logo após a investigação de paternidade, em razão da preocupação com as pessoas idosas que são obrigadas a prestar alimentos aos netos. A responsabilidade de criar e manter os filhos é originariamente dos pais, mas na ausência deles, os ascendentes, descendentes e parentes colaterais de 2º grau devem prestar alimentos aos parentes desamparados que necessitem para sobrevivência. Os alimentos são um direito personalíssimo, pois são destinados à manutenção de uma vida digna e, segundo a doutrina e jurisprudência dominante, são irrenunciáveis. A pesquisa foi baseada em levantamento bibliográfico feito em livros de doutrina e revistas científicas, jurisprudências e na legislação.

Palavras-chave: Jurisprudencia; Doutrina; Legilação.

ABSTRACT: The present research project aims to analyze food when the guardian is unable to support the child's livelihood, right after the paternity investigation, due to the concern with the elderly people who are obliged to provide food to their grandchildren. The responsibility for raising and maintaining the children is originally of the parents, but in their absence, the ascendants, descendants and collateral relatives of the 2nd degree must provide food to the helpless relatives who need to survive. Food is a very personal right, as it is destined to the maintenance of a dignified life and, according to the prevailing doctrine and jurisprudence, are irrevocable. The research was based on a bibliographic survey carried out on doctrine books and scientific journals, jurisprudence and legislation.

Keywords: Jurisprudence; Doctrine; Legilation.

1. INTRODUÇÃO

A O ser humano é dependente, carece da ajuda de outros para sua sobrevivência. Desde a sua concepção, precisa dos pais para se alimentar, vestir, aprender, enfim, sempre precisa de alguém para ampará-lo, ajudar em todas as suas necessidades. Mesmo depois de adulto, o homem precisa da ajuda não só de sua família, mas também de outras pessoas para atender suas deficiências, isto é, o homem não é capaz de executar todas as atividades de que depende para viver. Por exemplo, cultivar, processar, preparar seus alimentos, tecer e coser suas vestes, fabricar remédios e assim por diante.

O homem é um ser sociável, que necessita um do outro para sobreviver. Desta forma, toda a sociedade é responsável pela sobrevivência de cada indivíduo a ela pertencente e, em especial, a família deve colaborar na manutenção dos seus membros mais necessitados, surgindo assim, a figura dos alimentos, do dever de sustento e da obrigação alimentar.

O fundamento da obrigação avoenga surge do princípio da solidariedade familiar, diante da necessidade das pessoas ligadas entre si, por laços de parentesco. Para fixar a obrigação alimentar dos avós, o Código Civil adotou a ordem da vocação hereditária parental, em que os de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto, concorrendo todos para atender às necessidades da comunidade familiar.

A obrigação avoenga deve obedecer aos mesmos requisitos exigidos na responsabilidade alimentar dos pais. São eles: a necessidade do alimentando - quando o alimentando não tem meios de manter a sua própria subsistência; a possibilidade de pagar do alimentante: deve ser respeitado o necessário para que o alimentante não tenha seu próprio sustento afetado; a proporcionalidade entre as necessidades de quem precisa e as condições financeiras de quem irá ficar com o ônus da obrigação e além destas: deve haver um equilíbrio entre os binômios, para que ninguém seja prej1. Da abordagem histórica

O conceito de *família* evoluiu, continuamente, com o passar dos anos, sofrendo influência do poder econômico, político, religioso e social, acompanhando os costumes e tradições de cada localidade. O momento que a sociedade experimentava refletia diretamente no instituto familiar. O homem primitivo encontrava-se totalmente subordinado a natureza. Não havia um relacionamento afetivo entre um homem e uma mulher – a relação era estabelecida para melhores condições de sobrevivência. Duas teorias predominavam acerca nessa época: a teoria matriarcal e a teoria patriarcal, conforme salienta Belmiro Pedro Welter:

Duas teorias são invocadas: a primeira, a matriarcal, asseverando que a família é originária de um estágio inicial de promiscuidade sexual, em que todas as mulheres e homens pertenciam uns aos outros; a segunda, a teoria patriarcal, que nega essa promiscuidade sexual, aduzindo que o pai sempre foi o centro organizacional da família.

As relações sexuais e a eventual procriação eram atos meramente intuitivos. Salienta-se que um único homem pertencia a várias mulheres, assim como uma mulher, por sua vez, pertencia a vários homens. Esse era o panorama padrão para a época. Embora alguns historiadores considerem este o início do instituto familiar, este não se assemelha ao que vigora hoje. O conceito de instituto familiar atual surge mais adiante, quando as relações eram compostas, além da finalidade reprodutiva, de sentimentos profundos e da vontade de constituir o que chamamos

de 'família'. O marco principal para os fins de estudo da evolução da família é o Direito de Família Romano, que deu a ela "estrutura inconfundível, tornando-se unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe"

A figura da 'família' no Brasil, como a concebemos hoje, teve forte influência romana, proveniente do antigo direito luso-brasileiro, no qual vigoravam ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal. Em Roma, havia a figura do "*pátrio poder*", fundada na autoridade de um chefe, família patriarcal, e este era soberano. Este chefe era chamado de "*pater*", representando todo o poder da família, exercendo autoridade sobre os filhos e sua esposa. Só o pai exercia o pátrio poder; competindo à mãe somente certos direitos relativos à obediência dos filhos.

Afirma Caio Mário da Silva Pereira:

que o pater exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois passava da condição de filha para a de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios.

"As características mais marcantes são: a) o poder pátrio era destinado ao pater, não se estendendo a mãe; b) a maioria terminava aos 25 anos de idade, mas com ela não cessava o pátrio poder, a não ser que o filho saísse de casa e adquirisse sua própria independência; c) só era transmitido aos filhos legítimos e legitimados, não alcançando os naturais e os espúrios; d) o pai podia nomear um tutor aos filhos naturais, que eram chamados à sucessão se o pai fosse peão"[4];

As famílias romanas eram formadas por núcleos políticos conformadores do Estado. Todavia, estas eram dotadas de uma inquestionável independência, onde o pai abdicava de autoridade própria, não conferida por lei, nem imposta pelo Estado, sendo semelhante a uma autoridade pública[5]. Deve-se frisar que de acordo com ensinamento de Veronese, Gouvêa e Silva, "a '*patria potestas*' é a designação usada para indicar a autoridade de quem possui o detentor do poder de educar. Ele é quem exerce as funções sagradas, o chefe do culto" [6].

No direito luso-brasileiro, o detentor do *pátrio poder*, comumente o 'pai', possuía vários deveres. Além de educá-los e dar-lhes uma profissão, de acordo com suas condições e posse, era necessário instruí-los quanto a moral e os bons costumes. Ou seja, castigá-los quando necessário e, caso as infrações tenham entrado na esfera jurídica, denunciá-los aos magistrados de polícia e recolhê-los a cadeia por tempo

razoável. Vale lembrar que o pai precisa sustentar o filho durante sua estadia na penitenciária. O pai também precisa defendê-los, tanto em juízo quanto fora dele, intervir com sua autoridade nos contratos do filho púbere e contratar em nome de filho ainda impúbere. É necessário mencionar que também deveria nomear um tutor testamentário e pessoas destinadas a compor o conselho de família em caso de seu falecimento.

Em relação ao patrimônio, o pátrio poder vigorava da seguinte forma: a) cabia ao pai a propriedade e usufruto do pecúlio profetício dado ao filho em administração; b) cabia ao pai a propriedade, a administração e o usufruto do pecúlio castrense ou quase castrense devidos ao filho; c) quanto ao pecúlio adventício, o filho tinha a propriedade e o pai, os usos e frutos, enquanto o filho estivesse sob seu poder;[7]

Observa-se, ainda, que o pátrio poder era fundamentado pela conotação política e religiosa, de grandes exageros, onde o *pater familias* era tido com supremacia no grupo familiar, com autoridade consolidada dentro do lar, figurando como indivíduo *sui iuris*, enquanto que os filhos, a mulher e os escravos se submetiam a todo este poder figurando como indivíduos *alieni iuris*.

Esse poder só se extinguia pela morte do pai ou do filho; pelo banimento; pelo casamento do filho; pela emancipação; pelo exercício de cargos públicos se o filho fosse maior de 21 (vinte e um) anos de idade; pela colação de grau acadêmico; pela entrada do pai ou do filho em religião aprovada (essencialmente, o clero); por ato do pai que abandonasse o filho ou o tratasse com crueldade ou o induzisse a maus costumes; Contudo, em 31 de outubro de 1831, veio a Resolução que, combinada com a Lei de 22.09.2818, fixou em 21 (vinte e um) anos a época em que se verificava a maioridade e, conseqüentemente, a emancipação. Com isso, houve uma grande mudança no sistema vigente da época, com grande relutância dos tribunais e estudiosos da área.

Da República, destaca-se o Decreto 181, de 24.01.1890, que concedeu as viúvas o direito de exercer o pátrio poder, desde que não convolvesse novas núpcias. Esse marco se destaca por retirar a prerrogativa exclusivamente masculina do "pátrio poder". O patriarcalismo vem ao nosso encontro através do direito português, apresentando os senhores de engenho e barões do café, como exemplo, deixando marcas permanentes para a nossa história. Segundo Silva, "o direito civil vigente no Brasil, antes do Código Civil de 1916, era o direito civil português, sistematizado, fundamentalmente, nas Ordenações Filipinas, que, com alterações e adaptações, mantinha a herança romana". Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), houve a quebra do patriarcalismo.

Em janeiro de 1916, surgiu o Código Civil brasileiro, instituído pela Lei n. 3.071, que revogou as Ordenações Filipinas em sua totalidade, passando o Brasil a

possuir sua própria normatização codificada. O Código Civil de 1916 regulava a família do início do século passado, constituída unicamente por laços matrimoniais. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinção entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação. Seguindo as tradições anteriores, colocou o homem como o chefe da família, exercendo o pátrio poder de forma exclusiva. A mãe só exerceria tal poder na falta ou impedimento do pai. A mulher, com o casamento, era tida como incapaz, sendo que perdia o direito a livre administração de seus bens, não podia trabalhar sem autorização de seu marido que figurava como chefe da sociedade conjugal.

O casamento tinha como pressuposto a virgindade da mulher, sendo que o defloramento desconhecido pelo marido era tido como erro essencial sobre a pessoa (art. 219, Código Civil de 1916) possibilitando a anulação do casamento (art. 220, Código Civil de 1916). Esta família, decorrente do casamento, era denominada de legítima (o que estava conforme a lei), composta por marido, mulher e filhos, ou em algumas situações por ascendentes (os avós). No Brasil, foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962); foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988), pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital. Quinze anos após o Estatuto da Mulher Casada, surgiu a Lei de Divórcio. Esta última não fez significativas mudanças no que tange o pátrio poder, mas foi extremamente polêmica e inovadora em sua essência, por ter introduzido o divórcio no país. Anteriormente, só havia a possibilidade de desquite, que trazia severas consequências para a mulher, pois a rebaixava perante a sociedade.

De acordo com Schweitzer:

[...] Em Junho de 1977, foi votada a Emenda Constitucional n.99, a qual cancelava a indissolubilidade do casamento estabelecida na Constituição existente e que, em 26 de Dezembro de 1977, viabilizou a aprovação do projeto de lei dos senadores Nelson Carneiro e Accioly Filho o qual se transformou na Lei n.6.5155, a qual instituiu o divórcio no Brasil. A instituição do divórcio representa uma evolução social e cultural, liberando o homem e a mulher dos formalismos e da rigidez da união entre os mesmos, que durante séculos os dominaram. [...] As disposições constantes no Código 30 Civil foram revogadas com a entrada em vigor da Lei n. 6.515/77 – Lei do Divórcio, a qual absorveu as

regras a serem seguidas, quanto à guarda dos filhos menores, na ocorrência de dissolução da sociedade conjugal.

Evidentemente, seu maior objetivo foi regular a situação dos filhos, pois estes passariam a viver fora do convívio simultâneo dos pais, preenchendo, ainda, algumas lacunas do Código Civil de 1916. Ainda que esta codificação possibilitasse o desquite, que passaria, doravante, a denominar-se separação judicial, não continha regras acerca da guarda dos filhos e de provimento alimentar.

Dividiu-se, portanto, nas seguintes possibilidades: (i) separação judicial; (ii) divórcio; (iii) anulação de casamento; no caso de rompimento amigável, os pais decidiriam conjuntamente sobre a guarda dos filhos. Os casos de separação litigiosa e de anulação de casamento foram disciplinados no artigo 10 e seus parágrafos, no qual foram previstas as possibilidades, levando em conta a culpa e a natureza ou motivos da separação. Assim como a hipótese de rompimento da vida em comum, no artigo 11, Código Civil, e separação motivada por doença mental grave de qualquer um dos cônjuges.

Um aspecto importante, não abordado no Código Civil de 1916, é a questão do direito do pai que não possui a guarda de seu filho, que somente foi resolvido pela antiga Lei do Divórcio[12] que previu em seu artigo 15 o direito de visita, companhia e fiscalização da manutenção e educação dos filhos[13]. Assim como estabeleceu, através do mesmo dispositivo, em seu artigo 16 a equiparação do filho maior inválido aos menores. A finalidade foi a de protegê-los quanto à guarda e aos alimentos. Por fim, a inovação importante e que merece destaque foi a regulamentação quanto o direito de visitar, a fiscalização e manutenção da educação dos filhos, àquele que não ficou com a guarda do menor. Com o advento da Constituição de 1988, como bem sustenta Maria Berenice Dias em suas obras, instaurou-se a igualdade entre o homem e a mulher, passando a proteger de forma igualitária todos os membros da família, bem como a família constituída pelo casamento e a união estável. Consagrou a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhe os mesmos direitos e qualificações.

A Constituição de 1988 revogou cerca de cem dispositivos do Código Civil de 1916 com apenas três de seus artigos, quais sejam: artigo 5º, inciso I; artigo 226, nos § 3º, § 4º e § 5º; e o artigo 227, nos últimos dois parágrafos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversas contribuições para o instituto do pátrio poder: o artigo 5º, inciso I colocou a mulher em pé de igualdade com o homem; o artigo 226, § 5º previu que os direitos referentes a sociedade conjugal seriam exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; o artigo 226, § 3º e § 4º reconheceu a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais

e descendentes como entidades familiares, deixando o casamento de ser a única forma legítima de constituição de família.

No tocante aos filhos, a Constituição Federal de 1988 dedicou um artigo em cujo caput relaciona direitos a eles inerentes, os quais posteriormente vieram a ser repetidos no Estatuto da Criança e do Adolescente:

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*.

Finalmente, o artigo 227 § 6º (Constituição Federal de 1988) equiparou todos os filhos, independentemente de ser ou não fruto de casamento, sem qualquer discriminação. Com a igualdade de direitos entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, o texto do Código Civil de 1916 perdeu sua vigência, devendo o filho legítimo, ilegítimo, legitimado ou adotivo ser tratado da mesma forma.

Em 13 de julho de 1990, dois anos após a promulgação da Constituição Federativa do Brasil (em 1988), surgiu a Lei n. 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que já à luz do princípio da igualdade entre homens e mulheres, trouxe disposições expressas sobre o pátrio poder.

O artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”

Resumidamente, consolidou a retirada do pátrio poder dos limites da sociedade conjugal.

Apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente ter preenchido algumas lacunas deixadas pelas Constituição Federal de 1988, muitas coisas só seriam disciplinadas com o surgimento do Código Civil de 2002. O projeto de lei que deu origem ao Código Civil de 2002 (Lei 10.406, sancionada em 10 de janeiro de 2002), teve início na Câmara dos Deputados, sob a coordenação do Professor Miguel Reale. “No que tange ao conteúdo de poder familiar, em linhas gerais, os artigos do Código Civil são praticamente todos inspirados no Código Civil de 1916 (na disciplina do pátrio poder), não trazendo modificações significativas. Houve uma tentativa de

compatibilizar a matéria à igualdade de direitos reconhecida ao homem e à mulher e aos filhos, independente da origem, o que de resto, era imperativo. Mas, sobre o poder familiar, em especial, não regula de modo satisfatório a questão da atribuição da função dos pais em igualdade de condições, a problemática do exercício conjunto, dentre outros, repetindo, ainda, normas do Código Civil de 1916 que já não tem sentido ou aplicabilidade em face das disposições constitucionais referentes à filiação”;

Vale ressaltar que “a denominação poder familiar é mais apropriada que pátrio poder, utilizada pelo Código Civil de 1916, mas não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao poder”. Independentemente da discussão acerca da denominação utilizada, não houve uma mudança radical no instituto do “pátrio poder”, apenas um melhoramento técnico e terminológico nas disposições normativas. Os maiores adventos trazidos pelo novo Código são as hipóteses de presunção de concepção, os conflitos e as soluções possíveis. O instituto do pátrio poder passou a denominar-se poder familiar, já que a antiga denominação demonstrava uma total predominância do pai no exercício do poder sobre os filhos, o que não mais ocorria.

1.2. Conceito de instituto familiar

O conceito de “família” é amplo, podendo ser definido diferentemente dependendo da perspectiva abordada, do viés sociológico, dos costumes e tradições, assim como da cultura e o local estudado. De acordo com Caio Mário[18], família em sentido genérico e biológico é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum; em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência. Já Maria Helena Diniz[19] discorre sobre família no sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.

Na área jurídica o tema possui uma definição mais restrita. Como regra geral, o Direito Civil considera membros da família apenas as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco. As várias legislações definem, por sua vez, o âmbito do parentesco. A Constituição Federal de 1988 abrange a família como sendo o relacionamento entre um homem e uma mulher, podendo surgir o casamento ou uma união estável. Afirma também que pode ser composta pelo aspecto social. O direito de família estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como aqueles que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio de tutela dos incapazes por meio da curatela[20].

Desse modo, importa considerar a família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, porém esse conjunto não recebe tratamento pacífico e uniforme. A ordem jurídica enfoca-a em razão de seus membros, ou de suas relações recíprocas[21].

Porém, conforme o entendimento da sociedade vai evoluindo, o conceito de família vai se modificando, passando a existir vários tipos de família. Atualmente, o entendimento mais comum estabelece que família seja a união de pessoas ligadas pelo afeto. Recentemente, surgiram discussões acerca dos direitos e da família no caso de pessoas homossexuais, que, até então, eram repudiados pela sociedade. Ainda há muitos debates acerca do tema, mas, em geral, a união de pessoas homossexuais está sendo aceita, tanto pela sociedade quanto pelo sistema legislativo brasileiro. Para a sociedade a simples relação de consanguinidade não é mais importante do que os laços afetivos e do que a própria convivência no âmbito familiar. A estrutura da família, teoricamente, é baseada nos laços de confiança, amor, respeito, reciprocidade, harmonia e bem estar comum.

3. O papel dos pais na composição familiar

Os pais são os responsáveis pela família têm a obrigação de educar e dar alimentos para aqueles que deles dependem. Além dos requisitos materiais para a subsistência dos filhos, o afeto, respeito e outros aspectos psicológicos, são relevantes para a composição da família. Afirma Maria Berenice Dias que “a Família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade”. Antigamente, os papéis do “pai” e da “mãe” eram bem definidos – o pai ia para a roça prover o sustento da família e a mãe ficava em casa cuidando dos afazeres domésticos e da criação dos filhos.

Embora tradicionalmente fosse essa a realidade experimentava pela sociedade brasileira há menos de um século, houve muitas alterações de lá para cá. Isso se deu, principalmente, por conta da evolução que a sociedade experimentou, influenciada pela mudança na cultura e nos costumes. O conceito de família se modificou e, também, as relações paterno-filiais e o papel dos pais na criação e desenvolvimento de seus filhos. Os pais atuais não tratam seus filhos da mesma forma que seus pais os tratavam. O modo de tratamento, inclusive, alterou-se de modo marcante, passando de uma rigidez e formalismo acentuados para uma relação mais descontraída, na qual não mais impera o medo e o excessivo respeito. Com isso, modificaram-se não só as relações de pai para filho, mas também as de filho para pai. Ou seja, a estrutura familiar do começo do século XX não mais pode ser utilizada de molde para a que possuímos atualmente.

4. CONCLUSÃO

A responsabilidade avoenga na obrigação alimentar, sua natureza jurídica, critérios de arbitramento e o objetivo específico é a constitucionalidade da prisão dos avós por descumprimento da obrigação alimentar aos netos. trar-se-ão os conceitos de alimentos abordados por vários doutrinadores, suas classificações, pressupostos, características e princípios constitucionais. Após as considerações iniciais, serão abordados os requisitos da obrigação avoenga, sua natureza jurídica, a possibilidade da obrigação conjunta entre avós paternos e maternos e critérios para arbitramento.

Os alimentos têm como função satisfazer necessidades materiais de subsistência, como gastos com alimentação, educação, saúde, vestuário, habitação, incluindo, também, necessidades de caráter cultural e moral. Devem ainda, atender à condição social e o estilo de vida do alimentado e, por outro lado, à capacidade econômica e financeira do alimentante, estabelecendo um critério de proporcionalidade e razoabilidade

Convém lembrar que, embora tenham ocorrido diversas modificações, algumas prevalecem: o direito a alimentos, à vida, educação, saúde, assim como tantas outras regidas pela Constituição Federal e leis próprias, como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim como os pais devem prover o sustento dos filhos, a recíproca é verdadeira, nos casos de necessidade de seus genitores. Salienta-se também o papel dos “pais solteiros” e “mães solteiras” – aqueles que criaram seu (s) filho (s) sem ajuda do cônjuge, fato bastante recorrente nos dias atuais, nos quais o índice de divórcio é bastante elevado, entre outros fatores relevantes.

Por fim, cumpre destacar a recente possibilidade da constituição de uma família com duas pessoas do mesmo sexo, na qual a criança acaba por possuir “dois pais” ou “duas mães”. Alguns psicólogos e especialistas da área comportamental infantil afirmam que embora traga algumas diferenças na formação da psique da criança, não significa, obrigatoriamente, que seja um malefício para estes, embora esta condição ainda não seja bem vista por um número elevado de pessoas

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

Welter, Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. 1ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2003; página 33.

Gomes, Direito de Família. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002; p 39.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família. 16. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007;

ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. O pátrio poder..., cit., p. 38-39;

SILVA, Marcos Alves da. Do Pátrio Poder à Autoridade Parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; p. 24-25;

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. Poder Familiar e Tutela: À Luz do Novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB/SC, 2005; p. 15-16.

COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. 1ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2003; p. 2425.

VENOSA. Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de família. 9ª edição. Editora Atlas, 2009; p. 301.

SILVA, Marcos Alves da. Do Pátrio Poder à Autoridade Parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; p. 40.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Do Poder Familiar / Direito de família e o Novo Código Civil. Ed. Del Rey, 2001; p. 143. SCHWERTNER, Vera Maria. Guarda Compartilhada. Disponível em:

Lei nº 6.5155, de 26 de dezembro de 1977;

COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. 1ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2003; p. 38.

COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. 1ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2003; p. 39.

Lei 10.4066, Código Civil - sancionada em 10 de janeiro de 2002;

COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. 1ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2003; p. 52.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de família. Vol. 6. 6ª edição. Editora Saraiva, 2009; p. 373.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família. 16. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007; p. 19.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Direito de família. 22 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007; p. 9.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de família. 5ª edição. Editora Atlas, 2005; p. 18.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família. 16. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007; p 21.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6ª edição, ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; p.43.

RESPONSABILIDADE DE DISPOSITIVOS ELETRÔNICOS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA NO AMBIENTE ESCOLAR

CLÍVIA CRISTINA MARTINS DONZA BENÍCIO:

Acadêmica do curso Bacharelado em Direito, 9º termo, Professora de Educação Especial da Prefeitura de Bauru.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)

RESUMO: Esta pesquisa foi realizada acerca da inclusão da pessoa com deficiência auditiva, usuária de Implante Coclear, Aparelho de Amplificação Sonora Individual e Sistema de Frequência Modular no ambiente escolar, bem como a responsabilidade física e material que a Escola deve ter com os respectivos recursos eletrônicos, assegurando que a criança participe do processo de ensino e aprendizagem sem prejuízo. Sendo a escola responsável por estes alunos, a mesma deverá se responsabilizar por possíveis prejuízos no caso de mau uso, desuso, negligência ou perda dos respectivos eletrônicos, no processo de desenvolvimento humano e suas relações sociais, tendo como base as crianças com deficiência auditiva que recebem assistência de saúde pública, plano de saúde ou de forma particular, por meio de legislações específicas, conforme a Constituição Federal de 1998; Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e Estatuto da Pessoa com Deficiência 13.146, de 06 de Julho de 2015. Assim, diferentes normativas legais promulgadas, que veem amparar estes alunos, oferecendo – lhes suporte pedagógico de forma a garantir sua aprendizagem, bem como sua integridade física, não trazem em seu texto nada que seja explícito sobre a responsabilidade dos operadores dos aludidos dispositivos no ambiente escolar.

Palavra – chave: Inclusão. Deficiência auditiva. Garantia.

1 INTRODUÇÃO

A deficiência auditiva como qualquer outra deficiência, limita o ser humano em suas necessidades básicas, para o ouvir! No entanto tem uma língua desenvolvida, Libras. E quem sabe interpretar libras no Brasil? Era, e está na nossa grade escolar aprender interpretar libras...Mas quem aprendeu libras no Ensino Fundamental?

O implante Coclear representa um significativo avanço para os portadores de deficiência auditiva. A tecnologia por sua vez vem avançando e realizando uma ação inclusiva nas escolas e na Sociedade, proporcionando as crianças com deficiência auditiva a possibilidade da linguagem oral. Mostra que ainda é insipiente o número de pesquisas que tratam de implante coclear na área da educação, restringindo fontes de

buscas para o docente, que na maioria das vezes é leigo em relação ao assunto. Não encontrando meios e métodos para dar suporte a uma alfabetização plena. A carência na qualificação é grande, assim deixando mais uma vez essas crianças sem a garantia de um ensino significativo, como rege a lei de direitos humanos.

O presente artigo apresenta o resultado de uma pesquisa intitulada “RESPONSABILIDADE DE DISPOSITIVOS ELETRÔNICOS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA NO AMBIENTE ESCOLAR” concluída em Dezembro de 2020, por tratar – se de um tema de grande preocupação por parte das famílias em casos de, após o ingresso da criança com deficiência auditiva, usuária de tecnologia assistiva, no ambiente escolar, uma vez que a escola deve trabalhar a inclusão e necessita estar preparada para receber este aluno.

Conhecido como ouvido biônico, o implante Coclear é um dispositivo eletrônico com a finalidade de suprir as funções das células do ouvido interno de pessoas com surdez profunda que não são beneficiadas com aparelhos de amplificação sonora.

O implante coclear melhora os níveis de audição, e contribui para fala e linguagem compatíveis com o indivíduo e sua idade, favorecendo a autoestima e comunicação com a sociedade em geral. E, estima-se que cerca de 100 mil pessoas façam uso dessa tecnologia. Uma vez que, este dispositivo eletrônico é uma ferramenta de grande valia, pois ela supri um sentido vital para a ser humano, e traz grandes benefícios quando o assunto é avanço.

Em meados do ano de 2012, uma iniciativa da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI) do Ministério da Educação (MEC), disponibilizou inicialmente para 200 estudantes de 80 escolas da rede pública das cinco regiões do país, um dispositivo eletrônico auxiliador no aprendizado de crianças com deficiência auditiva. O material, constituído basicamente por um chip emissor embutido em um microfone e de um receptor (utilizado pelo aluno), adotava o sistema de frequência modulada (FM) para filtrar o som da voz do professor e elidir os ruídos do ambiente. Permitindo o maior potencial de acesso acústico dos usuários de amplificação sonora e implante coclear (dispositivo eletrônico, parcialmente implantado, que equipara a sensação auditiva aproximada da fisiológica).

Acerca dessa tecnologia, a SECADI desenvolveu uma sucinta pesquisa, em parceria com Laboratório de Estudos do Comportamento Humano da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) e com a Universidade de São Paulo (USP), campus Bauru.

Numa análise detida em face deste projeto, não nos resta dúvidas acerca da conjunção de esforços da SECADI e demais envolvidos, em viabilizar um grau superior

na promoção da qualidade sobre a “educação inclusiva”. Contudo, se confrontarmos a iniciativa alhures com a conjuntura legal que regimenta a matéria em debate, fácil é a percepção cômica da contradição entre a teoria e a prática. Mormente quando adentra – se no orbe aritmético da questão. Ora, denote-se que enfatizamos acima, o número de escolas e estudantes beneficiados com este projeto pioneiro. 200 alunos e 85 escolas. Levando-se em consideração que os dados extraídos do IBGE, apontavam que no ano de 2012 existiam no Brasil quase 10.000.000 (DEZ MILHÕES) de pessoas na condição de deficientes auditivos em idade escolar, nos deparamos com tenebroso déficit de 9.999,800 (nove milhões, novecentos e noventa e nove mil e oitocentos) desassistidos pelo aparelhamento público-estatal, quando da oferta desses recursos inclusivos.

Com um sutil norte hermenêutico sobre o tema, *BEVILACQUA* (2005) leciona que, quando a criança nasce e é diagnosticada com a deficiência auditiva, seu desenvolvimento estará intrinsecamente laçado ao comprometimento da família, profissionais capacitados para a prática de habilitação e reabilitação auditiva e escolar. Logo, na ausência de uma das partes envolvidas, a evolução dos aspectos cognitivo, social, emocional e linguístico da criança, fica comprometida.

2 – LEGISLAÇÃO

Gize-se que a doutrina retro firmada, malgrado explicitar à necessidade da tripla relação (criança – família – sociedade), para que se alcance êxito no progresso natural de desenvolvimento e inserção social, não concebe alusões em face às obrigações inquinadas ao estado, enquanto tétaplo elemento indispensável dessa relação. Matéria, cuja resolução demanda a invocação do dispositivo constitucional apregoado no art. 205, disposto na Constituição Federal Brasileira, promulgada em 08 de agosto de 1998, *in verbis*:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Exegese que outorga o entendimento quanto à distinção dos direitos, deveres e incentivos, subjetivamente atribuídos a cada um dos constituintes deste liame.

A estrutura legislativa brasileira vigente desde 1988, que orchestra o tema em enfoque, ganhou reforço com o advento da Lei 13.146/15 que instituiu o Estatuto da Pessoa Com Deficiência (EPCD), resultado da multidisciplinariedade entre Direitos Humanos, Direito Internacional, Direito Constitucional, Direito de Família e Direito Civil. Vale ressaltar que a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949 / 2009, com status equivalente ao de emenda constitucional,

conforme preconiza o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, foi o precursor do estatuto em comento. Leia:

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:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018)

2.1. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (EPCD)

O Referido Estatuto, em seu artigos 27 à 30, trata do Direito à educação e reforça a prestabilidade jurídica como garantia humanística da criança com deficiência, que aqui se fala da deficiência auditiva, conforme:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I – sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II – aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem,

por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III – projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

IV – oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

V – adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

VI – pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;

VII – planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII – participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

IX – adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;

X – adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;

XI – formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XII – oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

XIII – acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XIV – inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;

XV – acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;

XVI – acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;

XVII – oferta de profissionais de apoio escolar;

XVIII – articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplicase obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

§ 2º Na disponibilização de tradutores e intérpretes da Libras a que se refere o inciso XI do caput deste artigo, deve-se observar o seguinte:

I – os tradutores e intérpretes da Libras atuantes na educação básica devem, no mínimo, possuir ensino médio completo e certificado de proficiência na Libras;

II – os tradutores e intérpretes da Libras, quando direcionados à tarefa de interpretar nas salas de aula dos cursos de graduação e pós-graduação, devem possuir nível superior, com habilitação, prioritariamente, em Tradução e Interpretação em Libras.

Art. 29. (VETADO).

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

I – atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;

II – disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva necessários para sua participação;

III – disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;

IV – disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;

V – dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;

VI – adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;

VII – tradução completa do edital e de suas retificações em Libras.

Observa – se nestes artigos, dois pontos de suma importância e grande avanço para a inclusão de alunos com deficiência. Sendo o primeiro, embora na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) de nº 9394 / 1996, já seja assegurado ao aluno a participação nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar e ao seu desenvolvimento, o EPCD vêm reforçar este direito, que também está elencado nos Direitos Constitucionais.

O segundo ponto importante deste capítulo, diz respeito ao enfoque às escolas particulares, uma vez mencionado no texto do caput do art. 28, referindo – se ao poder público, deixa claro que, não somente às escolas públicas devem seguir as normas supra mencionadas, os estabelecimentos particulares de ensino devem seguir as leis que regem o sistema educacional brasileiro.

2.2. RESPONSABILIDADE CIVIL

É necessário que não haja dúvidas quando se diz que a escola é responsável por seu aluno, bem como sua integridade física, uma vez que a base da responsabilidade civil está prevista nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, dispondo que aquele que, por ação, omissão, negligência ou imprudência, cometer ato ilícito causar dano a alguém, fica obrigado a reparar o dano.

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.

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.

Assim, o estabelecimento educacional, ao receber seu alunado, reveste – se do poder de guarda e preservação da integridade física do estudante, ou seja, sempre que um aluno sofrer danos materiais e / ou morais enquanto estiver sob responsabilidade da instituição de ensino, estes devem ser reparados, conforme o art. 37, § 6º, CFRB, para as escolas públicas.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

E, para os consumidores das Escolas particulares, o art. 14 do Código do Consumidor, preconiza:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

3. OBJETIVOS

3.1. GERAL

- Estabelecer relações entre os recursos e serviços que contribuem para proporcionar e ampliar habilidades funcionais de pessoas com deficiência auditiva e a responsabilidade material no contexto escolar.

3.2. ESPECÍFICOS

- Mostrar se o aluno deficiente auditivo, usuário de aparelhos tecnológicos, têm seus direitos atendidos com esquite inclusivo.

- Identificar se o fornecimento de serviços educacionais prestados, seja para o seu desenvolvimento cognitivo, seja para o operador dos aparelhos auditivos que os mesmos utilizam para participarem do processo de ensino e aprendizagem.
- Analisar, dentre os pais e ou responsáveis pelos alunos surdos, usuários de implante coclear inseridos na rede pública, se sentem segurança quanto ao período em que o aluno permanece na escola.

4. MATERIAL E MÉTODO

A fim de alcançar os objetivos traçados, este artigo utilizou o método dialético para a abordagem das normas jurídicas relevantes ao tema estudado. E, o método indutivo, por meio de experiências particulares e concretas.

5. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Para fundamentar e subsidiar o método dialético, buscou – se além das Leis e doutrinas, por também estudiosos do tema, ora estudado.

Segundo Bevilacqua (2005), quando a criança nasce e é diagnosticada com a deficiência auditiva, seu desenvolvimento estará intrinsecamente laçado ao comprometimento da família, profissionais capacitados para a prática de habilitação e reabilitação auditiva e escola. Logo, na ausência de uma das partes envolvidas, a evolução dos aspectos cognitivo, social, emocional e linguístico da criança fica comprometida.

De acordo com o art. 205 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a educação visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, é direito de todos e dever do Estado e da família podendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Desta forma, entende-se que a escola, seja pública ou privada, é parte do dever do Estado para a promoção da educação e colaboração da sociedade. Sempre que o aluno entra nos espaços dos estabelecimentos prestadores de serviços educacionais, estes passam a ser responsáveis pelo cumprimento dos objetivos da educação delimitados pelo art. 205 da CRFB, dentre outros ora já citados.

A legislação brasileira determina que a responsabilidade da Escola é objetiva, logo o aluno, ao ser deixado nesta, por seu responsável, fica sob a guarda, vigilância e proteção de todos os educadores do estabelecimento de ensino, não permitindo que haja brecha na legislação para omissão, irresponsabilização e nem violação dos direitos de seu público alvo, seja ele pessoa com ou sem deficiência, usuário ou não de tecnologia assistiva, nem deixa margem para outras interpretações, conforme o artigo 927, do Código Civil (CC).

Como se não bastasse, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o artigo 3º define as escolas como estabelecimentos de ensino fornecedoras do serviço educação, restando clara a relação de consumo entre escola e aluno. Artigo que reforça além de toda a obrigação de formação educacional, moral e social do estabelecimento de ensino, também é a escola responsável pelo aluno, por sua integridade física e moral enquanto estes estiverem sob sua guarda.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O segundo método utilizado para a realização e conclusão da pesquisa, o indutivo, mesmo não sendo garantia de um padrão, após várias observações, fomenta o pensamento de que, se fortalecer e aumentar pesquisas direcionadas e bem delimitadas acerca de “**RESPONSABILIDADE DE DISPOSITIVOS ELETRÔNICOS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA NO AMBIENTE ESCOLAR**”, este passe a ser incluído de fato por parte dos gestores escolares, coordenadores pedagógicos e educadores, não se utilizando mais de discursos prontos, mas preparados verdadeiramente para potencializar oportunidades no que diz respeito ao desenvolvimento destes.

Ao traçar uma linha do tempo, acerca da proposta da educação inclusiva no Brasil, que começa em 1948, quando o governo federal, enquanto membro da Organização das Nações Unidas (ONU), assume que todos tem direito a educação por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Sendo este compromisso reforçado com O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990, conforme artigo 53:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - direito de ser respeitado por seus educadores;

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;

V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. *(Redação dada pela Lei nº 13.845, de 2019)*

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Com a Conferência Mundial sobre Educação para TODOS, no mesmo ano em que se instituiu o ECA, houve maior influência no que tange a formulação de políticas públicas da educação inclusiva no país. Disposto em 1994, com a Declaração de Salamanca, sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educacionais especiais, sendo que estes princípios passaram a incorporar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDBEN), de 1996.

Em 2001, o país, a fim de eliminar todas as formas de discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, assinou a Convenção de Guatemala por acreditar que estas são possuidoras dos mesmos direitos humanos e fundamentais que qualquer outro ser humano, e tem assegurado o direito de um ambiente educacional inclusivo para atender à diversidade deste público.

Após análise cronológica sobre a disposição da legislação brasileira a respeito da Educação Inclusiva, percebe-se que embora, haja defesa dos direitos dos alunos com deficiência, não há nenhuma citação explicitada à responsabilidade direta sobre o manuseio dos dispositivos eletrônicos, enquanto componente necessário para assegurar o pleno desenvolvimento do educando com surdez, que não opte desenvolver-se pela LIBRAS. Estas ficam subtendidas na legislação vigente.

Falar sobre inclusão no século atual, é questão de necessidade em ter-se todos os envolvidos com o processo educacional no ambiente escolar, qualificados adequadamente para suprir as exigências do contexto em que estão inseridos. Pois, não basta apenas fazer-se planos institucionais para que os espaços escolares se

adequem às modificações da legislação vigente, deve ser feita uma discussão sobre a deficiência no desempenho da maioria dos professores que atendem crianças com necessidades educativas especiais, bem como a obrigação de que os docentes tenham uma formação adequada e estejam melhores preparados para seu ambiente de trabalho.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face ao que se pesquisou, este documento pode elucidar os direitos assegurados em lei, bem como as recomendações da convenção das pessoas com deficiência, sendo que a Escola não compreende sua responsabilidade objetiva diante dos recursos tecnológicos usados pela criança surda, por não estar escrito de forma expressa sobre tal. E, ainda, que a estrutura educacional e formação dos profissionais da escola, não está condizendo com o que está disposto nas legislações vigentes do país. Existindo aí uma lacuna entre o princípio defendido de que a educação é um direito de todos, mas, nem todas as necessidades educativas são taxativas em lei.

É importante reforçar que os referidos dispositivos (Implante Coclear, Aparelho de Amplificação Sonora - AASI e Sistema de Frequência Modulada – FM), são utilizados por pessoas com deficiência auditiva, não adeptas à Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS, até décadas atrás, a única opção para o desenvolvimento do deficiente auditivo.

Sendo este, um desafio para os que trabalham com a inclusão nos ambientes escolares, pois, além de aprenderem metodologias específicas para ensinar seus alunos, com o avanço das tecnologias, agora precisam aprender também a manusear os aludidos dispositivos.

Com o surgimento da necessidade de aplicar – se novas práticas inclusivas, gestores e coordenadores, professores e demais profissionais envolvidos com a educação escolar, não podem mais permitir que prevaleçam nas escolas os pressupostos de uma simples integração dos alunos. Devem exercer suas atividades corrobóricas a fim de permitir com que a inclusão venha acontecer de fato e de direito para com seu aluno que necessite de atendimento educacional especializado.

Os resultados, aqui apresentados, sugerem a importância do tema atribuído aos operadores dos aparelhos auditivos e a reflexão da necessidade de assegurar juridicamente e efetivamente formações (aos que já atuam na área), bem como inclusão no currículo dos cursos de licenciatura (aos que ainda estão em processo de formação acadêmica) para que caso um destes dispositivos venha a descarregar, o operador saiba como trocar uma bateria, em se tratando de crianças. Na hora do recreio, em utilização do Sistema FM, o professor se sinta segura para retirar o receptor

do Implante Coclear, guardando – o consigo e recolocando quando a criança retornar à sala de aula.

Assim, se resgatará e construirá novas soluções, uma vez que a preocupação com o tema abordado se faz cada vez mais presente e premente. Além de alcançar o nexo de causalidade corroborativo com o núcleo perseguido pelo objeto do trabalho.

7. REFERÊNCIAS

BELLOTTI, Adriana, do Carmo. Implante coclear: um estudo da escrita na escola. São Paulo: Araraquara, 2014. ASSOCIAÇÃO DE DEFICIENTES AUDITIVOS, PAIS, AMIGOS E USUÁRIOS DE IMPLANTE COCLEAR. SÃO PAULO-BAURU.

BEVILACQUA, Maria Cecília; MORET, Mortari Adriane Lima. Deficiência auditiva: conversando com familiares e profissionais da saúde. São José dos Campos: Pulso; 2005.

BEVILACQUA, M. C.; FORMIGONI, G. M. P. Procedimento terapêutico auricular. In: _____. **Audiologia educacional:** uma opção terapêutica para criança deficiente auditiva. Carapicuíba: Pró-Fono, 1998. p. 47-70.

BRASIL. Código Civil, Lei n. 10.406, de 11 de janeiro de 2002.

_____. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Decreto nº 6.949 de 26 de agosto de 2009.

_____. Declaração Mundial sobre Educação para todos: plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem. UNESCO, Jomtiem / Tailândia, 1990.

_____. Declaração de Salamanca e a linha de ação sobre necessidades educacionais especiais. Brasília: UNESCO, 1994.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

_____. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

_____. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

_____. Portaria n. 1.274, de 25 de junho de 2013; BRASIL. Portaria nº 2.157, de 23 de dezembro de 2015.

_____. Portaria nº 2.776, de 18 de dezembro de 2014.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de Responsabilidade Civil. – 10ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO DE LEITO HOSPITALAR NO SUS

VÂNIA MARIA ALVES DE SOUSA

ANDRÉIA NÁDIA LIMA DE SOUSA PESSOA

(orientadora)

RESUMO: A Constituição da República de 1988 traz o direito à saúde como um direito social que deve ser garantido pelo Estado através de políticas públicas comuns entre todos os entes da federação de modo a efetivar o atendimento integral em saúde da população. A judicialização é um fenômeno amplo que atinge diversos níveis da nossa sociedade. Através dela, questões de grande repercussão política e social passam a ser decididas pelo Poder Judiciário, frente à inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. Isso acontece porque o Estado falha na implementação ou manutenção das políticas sociais e econômicas ligadas à saúde. Trata-se de uma revisão da literatura sobre a temática judicialização de leitos hospitalares como uma garantia constitucional à saúde. A pesquisa teve como objetivo analisar sob a ótica da garantia constitucional do direito à saúde decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF) favoráveis a liberação de leitos hospitalares no Sistema Público de Saúde no Brasil. O desenvolvimento ocorreu em três capítulos: Decisões Judiciais do STF, O Direito à Saúde como Garantia Constitucional e o Direito ao Leito Hospitalar garantido por meio de Ações Judiciais. Conclui-se que embora a saúde seja uma garantia constitucional e dever do Estado, muitas vidas são salvas por meio de decisões judiciais que efetivam esse direito, porém políticas públicas devem existir de forma eficiente para garantir dignidade para a população e permitir que a sociedade tenha o tão sonhado direito à saúde como garante a Constituição.

Palavras -Chave: direito à saúde, judicialização de leitos hospitalares, garantia constitucional.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre a saúde e o direito ganhou proeminência, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988 no art. 196 no qual dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que objetivam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1998)

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece um elo entre o desenvolvimento econômico e social e as condições ambientais na determinação do processo saúde-doença e estabelece "saúde como direito de todos e dever do Estado".

Foi implantado um sistema público de saúde, chamado de Sistema Único de Saúde (SUS), que, há 30 anos, tem como missão cumprir com os princípios de universalidade, integralidade, equidade e participação social (GIOVANELLA *et al*,2019)

A CF/88 trouxe normas gerais sobre o SUS, e foi a Lei 8.080/1990 conhecida como “Lei Orgânica da Saúde” que normatizou o modo como ocorreria a organização e o funcionamento da promoção, proteção e prevenção dos riscos à saúde, bem como disciplina as atribuições e competências do poder executivo na saúde, nas três esferas de governo: nacional, estadual e municipal. O SUS é constituído pelo conjunto das ações e de serviços de saúde sob a gestão pública. Está organizado em redes regionalizadas e hierarquizadas e atua em todo o território nacional (ARRUDA,2017).

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, o Estado assume a responsabilidade de garantir a saúde da população, tornando-a um direito fundamental. Pela Constituição, o acesso do cidadão às instâncias de poder também foi ampliado, com a abertura do Poder Judiciário às demandas individuais e coletivas, propiciando um cenário favorável ao chamado “fenômeno da judicialização”(VENTURA,2010).

No âmbito internacional, a partir da II Guerra Mundial, o termo judicialização foi cada vez mais associado à ampliação dos direitos humanos fundamentais, resultando em uma notável expansão da via judicial como mecanismo de controle dos demais poderes. Nos marcos do constitucionalismo contemporâneo, o Poder Judiciário ganha legitimidade formal pela Constituição e material ao proteger os direitos fundamentais (BENEDETTI,2011).Nesse contexto, a judicialização passa a ser compreendida como a decisão, pelo Poder Judiciário, de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral(BARROSO,2010).

O fenômeno da judicialização do direito à saúde vem crescendo em virtude das inúmeras demandas judiciais que chegam ao poder judiciário, exigindo concessão de medicamentos, tratamentos, entre outros. Tudo isso ocorre, tendo em vista que o Estado falha na implementação ou manutenção das políticas sociais e econômicas ligadas à saúde (PAIM,2011). Entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130%, conforme revela a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”. O estudo, elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostra que, no mesmo período, o número total de processos judiciais cresceu 50%.

A pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) identificou que o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 tribunais de justiça estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais de justiça estaduais. Os números refletem no orçamento do

Ministério da Saúde, que registrou um crescimento, em sete anos, de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais, alcançando R\$ 1,6 bilhão em 2016.

De acordo com Gontijo (2011) no contexto de precariedade e insuficiência da assistência à saúde pública, junto à incapacidade do modelo operacional do SUS, pela sua própria abrangência e complexidade de concretizar o direito à saúde, cresce o ajuizamento de ações judiciais para garantia infraconstitucional de cumprimento e efetivação das políticas públicas referentes ao direito à saúde. Entende-se por políticas públicas, as ações devidas pela Administração Pública no sentido de conferir efetividade aos direitos consagrados pela Constituição.

Esta pesquisa teve como objetivo analisar sob a ótica da garantia constitucional do direito à saúde decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal favoráveis a liberação de leitos hospitalares no Sistema Público de Saúde no Brasil.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1. Decisões Judiciais do STF

As jurisprudências do Supremo Tribunal Federal sobre judicialização de leitos hospitalares com relatoria do ministro Presidente foram julgadas entre os anos de 2008 a 2010. Sendo 01(uma) julgada em 2008,07(sete) julgadas em 2009 e 12(doze) julgadas em 2010. Entre elas 10 (dez) são Suspensão de Tutela Antecipada,07(sete) Suspensão de Segurança e 03(três) Suspensão de Liminar. As Unidades da Federação que figuraram como parte nessas decisões judiciais foram Acre, Santa Catarina, Piauí, Paraná, Alagoas, Distrito Federal, Minas Gerais, Pernambuco, Sergipe e Tocantins. Em todas as suas decisões o ministro relator destaca a importância em se oportunizar que todos tenham direito à vida. Observa-se que a partir de 2011 existe uma escassez de decisões judiciais do STF sobre judicialização de leitos hospitalares, porém essas decisões servem de base para os tribunais de primeiro e segundo grau de todo o Brasil até os dias de hoje.

Os defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para que a dignidade da pessoa humana se concretize. O fato é que a *judicialização* do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Todos devem desempenhar um papel importante no contexto de uma boa prestação de serviços a fim de que todos que necessite de um leito hospitalar possa ter esse direito resguardado não só porque é garantia constitucional, mas também porque faz parte da dignidade da pessoa humana.

Nas decisões é abordado que na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas. Muitas vezes essas políticas públicas existem, porém possuem “gargalhos” que a impedem de serem colocadas em prática na sua totalidade.

2.2 O Direito à Saúde como Garantia Constitucional

No Brasil, a Constituição Federal (CF) de 1988 absorveu as recomendações do movimento sanitário brasileiro resultantes de ampla discussão com a sociedade civil organizada. A seção que trata a saúde tem como cláusula pétrea o artigo 196 no qual a saúde é direito de todos e dever do Estado, bem como estabelece a forma de organização dos sistemas de saúde e seu financiamento.

Na Constituição Federal de 1988, nos artigos 6º e 196 dispõem sobre a garantia do direito à saúde que terminou se tornando dever do Estado, mas sua concretização envolve diversas questões como políticas, econômicas, orçamentárias, tecnológicas, sociais, culturais e jurídicas que, conjugadas entre si, permitem vislumbrar seus desafios. Portanto, saúde não é somente o acesso a medicina curativa, mas também a saúde física e mental que se inicia com a medicina preventiva através do acesso a higiene, saneamento básico e aos demais direitos sociais concretizados nos termos da Constituição Federal. (VENTURA *et al.*, 2010). A definição de saúde segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) é a seguinte considera-se saúde como estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.

É importante destacar que o direito à saúde é visto como um direito fundamental social previsto nos artigos 6º e 196 a 200 da Magna Carta. É indispensável a sua concretização, pois, a partir dele e dos demais direitos humanos, espera-se realizar um dos fundamentos básicos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana. Esse princípio regulamenta todo o Estado Democrático de Direito. Sendo assim, concretizar o direito à saúde é realizar uma vida digna a todos.

A saúde é direito fundamental social assegurado no art. 6º, caput, da Constituição Federal. Ela é direito de todos e dever do Estado, aqui no sentido amplo de Poder Público (art. 196), destacando na Carta da República a relevância do tema em seu art. 197, com atendimento integral (art. 198, II), de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, in fine). O fim da Constituição é a declaração e a garantia dos direitos fundamentais sendo os fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, postos no art. 1º da Lei Maior (SLAIBI, 2010).

Sobre os aspectos históricos pode-se perceber que embora os direitos humanos já estivessem em processo de redação expressa desde a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948, alinhado a produção de tratados internacionais sobre o tema, no Brasil os direitos fundamentais foram expressamente consagrados a partir da redemocratização do país em 1988, após o período da ditadura militar. A nova Constituição Federal, chamada de Constituição Cidadã, trouxe proteção jurídica para que indivíduos e coletividade tivessem direitos humanos garantidos, diante de exclusão oriunda do período militar. (CARVALHO; CARVALHO,2019)

Os direitos humanos consagrados na nova constituição estão inseridos principalmente no artigo 5º, mas se espalham nas demais passagens do texto constitucional estando presentes os chamados direitos de primeira, segunda e terceira dimensão além de liberdades individuais, direitos políticos, civis, sociais, econômicos, culturais e aqueles relacionados à esfera da solidariedade (CARVALHO; CARVALHO,2019)

Os direitos fundamentais sociais são garantidos pelos serviços públicos fornecidos pelo Estado. Portanto, constituem um mínimo existencial para a população poder usufruir dos demais direitos. Sendo assim, os direitos sociais transformam-se em instrumentos de direcionamento para o funcionamento da atividade administrativa pública (CASTRO,2012)

O Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 12/12/1991. Nele ficou estabelecida uma vedação de limitação aos direitos sociais. Assim, torna-se uma desculpa a alegação de escassez de recursos até em nível internacional.

O Poder público é expressão genérica que se refere a todas as entidades territoriais públicas, pois uma das características do Estado Federal, como o nosso, consiste precisamente em distribuir o Poder Público por todas as entidades autônomas que o compõe, para que cada qual o exerça nos limites das competências que lhe foram outorgadas pela Constituição (SILVA, 2004, p. 75).

A compreensão do regime jurídico-constitucional do direito à saúde passou pela consideração de algumas premissas, que foram o reconhecimento de que o direito à saúde é direito fundamental, em termos materiais e formais, a compreensão de que o direito à saúde, foi abordado além das assim designadas dimensões subjetiva e objetiva, efetivando-se por meio de diferentes funções (defesa, organização e procedimento, proteção, prestações materiais) ; a percepção de que o conteúdo do direito à saúde não se limita a intervenções “curativas”, mas demanda atuação preventiva e promocional, conformada à progressiva busca do mais alto possível de

saúde, nos termos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) além do aprofundamento da investigação a respeito dos titulares e dos destinatários do direito à saúde, quer pela multiplicidade de funções que esse direito pode assumir(FIGUEIREDO,2010)

O federalismo cooperativo acolhido pela Constituição Federal de 1988 consagrou, no tema da saúde pública, a solidariedade das pessoas federativas, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). É o que se extrai do disposto no art.196 e seguintes. O art. 198 previu a criação de um sistema único de saúde e seu § 1º dispôs que o financiamento dar-se ia com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (SLAIBI, 2010).

A Lei nº 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), de extensão nacional, integrado pelos entes federativos: a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No sentido da solidariedade imanente dos entes federativos no atendimento ao direito fundamental da saúde, colhe-se o entendimento uníssono dos Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Transcreve-se ementa do Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Roberto de Abreu e Silva:

“Ementa: Fornecimento de medicamento. Poder público. Obrigatoriedade. Responsabilidade solidária. Sentença confirmada. Medicamentos. Antecipação de tutela.Em sede de tutela do direito à vida e à saúde a Carta Magna **proclama a solidariedade da pessoa jurídica de direito público, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios** (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). Demais, a Lei nº 8.080/90 que criou o sistema único de saúde (SUS) integra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e lhes impõe o dever jurídico de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e solidária aos doentes necessitados. Resulta inquestionável a legitimidade ad causam do apelante para compor o pólo passivo da demanda e o interesse jurídico da autora em postular a tutela necessária à proteção de sua saúde, nesta via jurisdicional, não havendo motivo legal para extinguir-se a ação sem julgamento de mérito. Desprovisionamento do recurso. Manutenção da sentença em reexame necessário. (Apel. Cív. nº 2002.001.02662, TJ-RJ, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 04/06/2002)”

Na decisão acima pode-se perceber que em caso de fornecimento de medicamento a responsabilidade pela compra da medicação é de todos os entes

federativos (União, estado e municípios) tratando-se de uma responsabilidade solidária conforme preceitua o artigo 23, II, Constituição Federal de 1988. Precisa ser enfatizado que de acordo também o com a Lei 8080/90 que institui o Sistema Único de Saúde a assistência farmacêutica e médico hospitalar são de responsabilidade de todos os entes. Caso semelhante aconteceu em recente decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu competência concorrente de estados, Distrito Federal, municípios e União no combate à Covid-19. O Plenário, por unanimidade, referendou medida cautelar deferida em março pelo relator, ministro Marco Aurélio por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade(ADI) 6341. Em tempos de pandemia essa decisão foi de suma importância para o combate aos danos causados pela mesma em toda a sociedade.

O artigo 200 da Constituição Federal arrola uma série de atribuições para o SUS, determinando bens a serem tutelados e ações por desenvolver (ações de vigilância sanitária e epidemiológica, proteção da saúde do trabalhador, fiscalização e controle de alimentos, assim como das atividades que envolvam substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos). Também expõe algumas conexões entre o direito à saúde e o objeto de outros direitos fundamentais, como exemplo, ao saneamento básico, ao ambiente, à educação e cultura, principalmente quanto ao desenvolvimento científico e tecnológico. Observa-se a própria amplitude de seu conteúdo, fazendo com que a natureza do direito fundamental à saúde vai além da tutela individual, para alcançar toda uma série de atividades e políticas públicas de cunho coletivo, voltadas à proteção da população como um todo e também das futuras gerações, comumente aceito no âmbito do direito ambiental (FIGUEIREDO,2010).

O SUS é universal, é de todos os cidadãos não pode ser usufruído como privilégio pelas classes mais privilegiadas, que possuem atendimento na rede privada, ele não é pra ser usado apenas quando lhes for oportuno e via judicialização. O SUS, como política pública, é regido por princípios que demandam sua ação de maneira sistematizada, hierarquizada e organizada, de forma a atender a toda população, buscando distribuir e concretizar os recursos de forma igualitária (RIOS,2017).

Para que a sociedade mantenha seu processo de crescimento, desenvolvimento e progresso a saúde dos seres humanos é condição fundamental. Nesse intuito, a vida saudável, para além da responsabilidade do indivíduo em âmbito privado, deve ter a proteção e tutela do Poder Público (CARVALHO *et al*,2020).

O direito fundamental à saúde vincula não apenas os poderes públicos, mas também os particulares, à realização das ações necessárias à proteção, prevenção e promoção da saúde. Ainda que haja peculiaridades no que diz respeito à forma pela qual se deve dar tal vinculação que certamente não é a mesma em qualquer hipótese e devendo-se dialogar, com o princípio constitucional da legalidade, observa-se que a concretização do direito à saúde e o sucesso das políticas públicas, e do próprio SUS, dependem, para além de ações por parte do Estado, de um comprometimento das

pessoas, dos grupos e comunidades e mesmo de empresas e agentes econômicos(FIGUEIREDO,2010).

2.3 O Direito ao Leito Hospitalar garantido por meio de Ações Judiciais

A partir da II Guerra Mundial, no âmbito internacional, o termo judicialização foi cada vez mais sendo associado ao aumento dos direitos humanos fundamentais, resultando em um exposto aumento da via judicial como mecanismo de controle dos demais poderes. O Poder Judiciário ganha legitimidade formal pela Constituição e material ao proteger os direitos fundamentais sendo um dos marcos do constitucionalismo contemporâneo. Nesse cenário, a judicialização passou a ser compreendida como a decisão, pelo Poder Judiciário, de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral (BENEDETTI,2011).

O Estado assume a responsabilidade de garantir a saúde da população a partir da Constituição Federal de 1988, tornando-a um direito fundamental. Pela Constituição, o acesso do cidadão às instâncias de poder também foi ampliado, com a abertura do Poder Judiciário às demandas individuais e coletivas, propiciando um cenário favorável ao chamado “fenômeno da judicialização” (VENTURA *et al.*, 2010).

O início da judicialização da saúde surge a partir de duas hipóteses: a primeira ocorre quando se postula o exercício do direito já reconhecido, mas negado na via administrativa como, por exemplo, os medicamentos, tratamentos ou tecnologias já incorporadas no SUS ou nos planos de saúde. Já a outra hipótese ocorre quando a discussão processual gira em torno de direitos não reconhecidos como em tratamentos ou tecnologias ainda não incorporadas, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ou sem comercialização no mercado nacional. Ocorre que, na última hipótese, acontece um maior rigor na análise, pois não há previsão legal para a concessão do bem ou serviço demandado (SCHULZE; NETO,2015),

A fim de efetivação do direito à saúde, a base legal para as concessões judiciais está na Constituição Federal de 1988, com a previsão do direito à saúde integral e gratuito, e na prescrição médica.A prescrição médica é considerada muitas vezes prova suficiente para a concessão; nesta análise, aponta que os juízes consideram que médico solicitante é quem entende as necessidades dos pacientes, com predomínio de prescrições pelo nome comercial

(CATANHEIDE; LISBOA ; LEPF,2016)

Diante da incapacidade do SUS de atender a totalidade das demandas sociais, o processo de judicialização da saúde vem se fortalecendo cada vez mais. Podendo ser entendido como um fenômeno político-social, no sentido do alargamento das possibilidades de ação junto ao Poder Judiciário, e do aumento rápido do número de

demandas, de caráter individual, interpostas junto a esse poder, que analisam sobre questões de saúde. (DELDUQUE; MARQUES; CIARLINI, 2013)

Nesse sentido devido aos diversos problemas que possui o sistema público de saúde brasileiro, a judicialização da saúde se traduziria em oportunidade disponível ao cidadão, via Poder Judiciário, a demandar prestações de saúde individuais ou coletivas em face da Administração Pública (NEVES; PACHECO, 2017)

A ausência de parâmetros institucionais para a verificação dos limites e possibilidades do direito à saúde facilita a existência de sentenças judiciais extremamente díspares, uma vez que os juízes, por muitas vezes desconhecem as questões técnicas e científicas inseridas nas demandas de saúde, adiam sentenças que não compreendem a real dimensão da garantia, deixando-se levar pelo forte apelo emocional dos casos que apreciam e desconsiderando as opções realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, e pela sociedade, as quais também são escolhas legítimas. (RAMOS; DINIZ, 2016)

De acordo com o Relatório Sistêmico de Fiscalização da Função Saúde do Tribunal de Contas da União ao apontar que os valores gastos pelo Ministério da Saúde para o cumprimento de decisões judiciais, através de depósito judicial ou de repasses a Estados e Municípios, saltaram de R\$ 116 mil em 2005, para mais de R\$ 68 milhões em 2012. Já os gastos do Ministério com aquisição direta de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais passou de R\$ 2,4 milhões em 2005, para R\$ 287,8 milhões em 2012. As decisões judiciais impactam diretamente na alocação de recursos públicos, como se observa nas informações do Relatório (BRASIL, 2015).

A judicialização da saúde, ultimamente, tornou-se uma questão problemática para o Poder Judiciário, não só pela grande quantidade de ações em tramitação, mas, sobretudo, em virtude das especificidades e complexidades que permeiam o tema, as quais vão desde a legitimidade do Poder Judiciário para o controle das políticas públicas até a dificuldade da especificação do âmbito de proteção do direito à saúde, as questões orçamentárias e técnicas, dentre outras (RAMOS ; DINIZ, 2016).

A ação judicial transformou-se em um canal de participação popular, capaz de gerar a correção ou readequação dos rumos de políticas concretas. Essa situação, no entanto, trouxe uma série de dúvidas quanto aos limites de atuação da esfera judicial dentro do ciclo de formação e implementação das políticas públicas. Essas questões, evidenciadas após a promulgação da CF/88, importante momento em que ocorreu uma ampliação do rol de direitos sociais até então previstos nos textos constitucionais, evidenciou demandas de caráter prestacional para a apreciação do Judiciário, transformando esse Poder em um importante local de disputas de natureza distributiva. (DUARTE; BRAGA, 2017)

Uma abordagem importante para fundamentar as decisões judiciais tem sido considerar a saúde baseada em evidências e os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Tais ferramentas, com status legal (Lei nº 12.401/2011), servem como auxílio para se encontrar o equilíbrio entre o que existe no mercado e o que deve ser incorporado no SUS, oferecendo subsídios técnicos para as decisões judiciais (FREITAS; FONSECA; QUELUZ,2020).

Resta a questão de que o argumento da insuficiência de recursos financeiros possa satisfazer todas as necessidades sociais, bem como o de que a formulação de políticas públicas requer escolhas também políticas, pautadas por critérios de macrojustiça, como as “escolhas trágicas”, no estabelecimento de prioridades de gastos, e a “reserva do possível”, na busca do equilíbrio entre receitas e necessidade pública (NUNES; SCAFF, 2011).

O que ocorre nos autos dos processos sobre essa temática é a invocação genérica do art. 196 da CF, acompanhado de conceitos como o da reserva do possível, o da dignidade da pessoa humana e o do mínimo existencial. Há uma enorme quantidade de leis e atos normativos secundários normatizando o complexo sistema de saúde brasileiro e o conhecimento e aprofundamento deles facilitaria sobremaneira solucionar questões controvertidas como a discussão sobre a responsabilidade solidária ou subsidiária dos entes federados ou as divergências sobre fornecimento de medicamentos (SOUZA ,2013).

Os estudos apontam que diante dos recursos e orçamento limitados, a insuficiência do direito à saúde rompe com princípio base do ordenamento jurídico, uma vez que a não concessão de uma vaga de leito como por exemplo de uma UTI fere o indivíduo em sua existência e dignidade (RIOS,2017).

Em 2019, o Brasil apresentava 8.139 estabelecimentos hospitalares e 490.397 leitos. Essa oferta equivale a aproximadamente 2,3 leitos por 1.000 habitantes, o que corresponde a praticamente metade da média observada em 2017 para os países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Ainda que distante da média da OCDE, a oferta de leitos totais no Brasil é equiparada a de países como Canadá, Reino Unido e Suécia, o que sugere que nossa oferta é relativamente condizente à de países com sistemas de saúde majoritariamente públicos e bem organizados. Uma diferença importante diz respeito à segmentação do sistema brasileiro, que tem consequências na composição público-privada no cuidado hospitalar (NORONHA *et al.*,2020)

De acordo com o sistema de informação oficial do Ministério da saúde DATASUS (2018), a organização de leitos hospitalares está estabelecida na portaria 1.101/2002, consolidada pela atual portaria 1.631/2015 idealizada com sustentação em

parâmetros de estatísticas de atendimento prestado aos usuários do SUS, estudo feito pelo Ministério da Saúde, critérios internacionais, entre outros.

Nesse contexto, a judicialização da saúde se tornou num fenômeno cujos efeitos extrapolam os limites do Poder Judiciário, afetando o orçamento público, a relação do Poder Judiciário com o Executivo e com toda a comunidade, tornando-se, assim, uma questão de grande relevância para o Poder Judiciário (RAMOS; DINIZ, 2016).

Apesar de envolver uma série de questões sociais, políticas e financeiras o que deve ser levado como importante é o fato do cidadão brasileiro ter o seu direito constitucional à saúde garantido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que as decisões judiciais sobre a judicialização de leitos hospitalares buscam garantir o cumprimento de preceitos constitucionais fundamentais como o direito à saúde. Através das decisões do Supremo Tribunal Federal órgão máximo garantidor do cumprimento da Constituição os demais tribunais de primeiro e segundo grau mantem essas decisões de proteger o cidadão e de se fazer cumprir esse direito. A saúde é um direito de todos e dever do Estado. Cabendo ao cidadão buscar esse direito em caso de descumprimento pelos entes federativos. O direito à saúde além de estar garantido na Carta Magna ainda está presente na Lei do SUS (Lei 8080/90) e sendo a responsabilidade dos três entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e municípios) pela assistência hospitalar.

Infelizmente no Brasil não existe um leito hospitalar para cada cidadão tendo em vista a dimensão do país que tem área territorial imensa e sérios problemas de recursos financeiros, humanos e políticos, mas isso não impede a nenhum cidadão abrir mão do direito à saúde seja ele através de uma medicação, leito hospitalar, consulta etc. O importante é que essa garantia constitucional seja assegurada a todo cidadão brasileiro através de judicialização ou não. O ideal é ter políticas públicas eficazes e eficientes para atender a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, S. M. C.; DELDUQUE, M. C; NETO, Nicolao, N.D (Org.). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU: FIOCRUZ, p. 181-217, 2013.

Disponível em: <file:///C:/Users/vm24/Downloads/DireitoSanitarioEmPerspectiva.pdf>

Acesso em :06 de Set 2020

BARROSO, L.R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência da República**, v. 12, n.96,

p.4-41, Fev-Mai,2010. Disponível em: <file:///C:/Users/vm24/Downloads/230-475-1-SM.pdf> Acesso em:24 de Ago 2020

BENEDETTI, A.R.M. **Judicialização da política: a construção de um conceito constitucional nos cenários de expansão do poder judiciário**. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1870 Acesso:09 de Ago de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2016: ano-base 2015 Brasília: CNJ,2016.Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> Acesso em:21 de Ago 2020

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília,DF: Presidência da República, [2020].

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Acesso em:22 de Ago 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6341/DF – Distrito Federal. Relator: Marco Aurelio Melo. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 15 de abril 2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 02 mar. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Relatório Sistemático de Fiscalização da Função Saúde**. 2015.

Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fisc-saude-relatorio-sistemico-de-fiscalizacao-exercicio-2015-2016.htm> Acesso em 02 de Set. 2020.

CARVALHO, E.C; SOUZA, P.H.D.O; VARELLA, T.C.M.M.L; SOUZA, N.V.D.O; FARIAS, S.N.P; SOARES, S.S.S. Pandemia da COVID-19 e a judicialização da saúde: estudo de caso explicativo. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, São Paulo.v.28. 2020.

Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rlae/v28/pt_0104-1169-rlae-28-e3354.pdf Acesso em:05 de Set 2020

CARVALHO E, R; CARVALHO, V, F. A judicialização da saúde: a insuficiência de leitos de UTI no Estado da Bahia face aos direitos fundamentais. UCSA .2019. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1375> Acesso em :03 de set 2020

CATANHEIDE, I.D.C; LISBOA, E.S; SOUZA, L.E.P.F. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis**,Rio de Janeiro, v.4,

n.26, p:1335-56. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/physis/v26n4/1809-4481-physis-26-04-01335.pdf> Acesso em:16 de Ago 2020

DUARTE, C. S; BRAGA, P. V. B. A utilização dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas e a racionalização da judicialização do direito à saúde. **Revista Direito Sanitário**, São Paulo v.18, n.1, p. 171-90, mar.-jun.2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/135348/131200> Acesso:27 de Ago 2020

FIGUEIREDO, M.F. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, São Paulo. v.12 n.3.2010. Disponível em: <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/v12n3/v12n3a02.pdf> Acesso em:31 de Ago2020

FREITAS, B.C; FONSECA, E.P; QUELUZ, D.P. A Judicialização da saúde nos sistemas público e privado de saúde: uma revisão sistemática. **Interface (Botucatu)**, São Paulo,n.24.2020.Disponível em: <https://doi.org/10.1590/Interface.190345> Acesso em:10 de Set 2020

GIOVANELLA, L; MENDONÇA, M. H. M; BUSS, P. M; FLEURY, S; GADELHA, C.A.G

GALVÃO, L.A.C; SANTOS, R.F.S De Alma-Ata a Astana. Atenção primária à saúde e sistemas universais de saúde: compromisso indissociável e direito humano fundamental **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.35, n.3. 2019.

Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v35n3/1678-4464-csp-35-03-e00012219.pdf> Acesso em:15 de Ago 2020

GONTIJO, G.D. A judicialização do direito à saúde. **Revista Médica de Minas Gerais – RMMG**, Minas Gerais, v.4, n.20, p. 606-611.2010. Disponível em <http://file:///C:/Users/vm24/Downloads/v20n4a18.pdf> Acesso em:20 de Agosto de 2020.

NEVES, P.B.P; PACHECO, M.A.B. Saúde pública e Poder Judiciário: percepções de magistrados no estado do Maranhão. **Revista Direito GV**, São Paulo. v. 13 n. 3 p. 749-768, Set-Dez. 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/vm24/Downloads/73322-152311-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/vm24/Downloads/73322-152311-1-PB%20(1).pdf) Acesso em:22 de Ago 2020

NORONHA, K.V.M.S; GUEDES, G.R; TURRA, C.M; ANDRADE, M.V ;BOTEGA,L ; DA NOGUEIRA,D ; CALAZANS,J.A; CARVALHO,L; SERVO,L; FERREIRA.M.F. Pandemia por COVID-19 no Brasil: análise da demanda e da oferta de leitos hospitalares e equipamentos de ventilação assistida segundo diferentes cenários. **Caderno de Saúde Pública**. São Paulo.v.6, n.36. 2020. Disponível em:

<https://www.scielo.br/pdf/csp/v36n6/1678-4464-csp-36-06-e00115320.pdf>. Acesso em 05 de Set 2020

NUNES, A. J. A.; SCAFF, F. F. **Os tribunais e o direito à saúde**. Editora: Livraria do Advogado, Porto Alegre, v.12.2011. E-book . Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/348815/mod_resource/content/1/NUNES%20C%20Avel%C3%AAs.%20Os%20tribunais%20e%20o%20direito%20a%20sa%C3%BAde.pdf. Acesso em:01 de Set 2020

OECD (2019), Health at a Glance 2019: OECD Indicators, **OECD Publishing**, Paris.2020
Disponível em: <http://www.oecd.org/health/Panorama-de-la-Salud-2019.pdf> Acesso em:15 de Set de 2020

PAIM, J.S. **O que é o SUS?** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. E-book. Disponível em: <http://www.livrosinterativoseditora.fiocruz.br/sus/> Acesso em:25 de Ago 2020

RAMOS, E.M. B ; DINIZ,I.M. Direito à saúde e judicialização: um estudo sobre a eficácia do fórum nacional do judiciário para a saúde. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**.Curitiba, v. 2, n. 2,p.43 – 64,Jul-Dez. 2016.
Disponível em: [file:///C:/Users/vm24/Downloads/1533-3573-2-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/vm24/Downloads/1533-3573-2-PB%20(1).pdf). Acesso em 05 de Set 2020

SCHULZE, C.J; NETO, J.P.G. Direito à saúde análise à luz da judicialização. **Revista Direito Sanitário**, São Paulo v.17, n.21, p. 193-199, jul-out. 2017
Disponível em: <file:///C:/Users/vm24/Downloads/122313-Texto%20do%20artigo-228982-1-10-20161025.pdf> Acesso em:29 de Ago 2020

SILVA, J. A. **Direito Ambiental Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.Disponível em: <file:///C:/Users/vm24/Downloads/50-93-1-SM.pdf>
Acesso em:23 de Ago 2020

SLAIBI, M. C.B.G. O direito fundamental à saúde. **BIS. Boletim do Instituto à Saúde (Impr)**.São Paulo ,v.12, n.3. 2010. Disponível em: <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/v12n3/v12n3a03.pdf> Acesso em: 29 de ago 2020

SOUZA, J. M. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: Editora: JusPODIVM, 2013.

VENTURA, M; SIMAS, L; PEPE, V.L.E; SCHRAMM, F.R Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100.



2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/physics/v20n1/a06v20n1.pdf> Acesso em: 02 de Set 2020

LIMITES DO PACTO ANTENUPCIAL: DA (IM)POSSIBILIDADE DE CLÁUSULA PENAL POR TRAIÇÃO NO PACTO ANTENUPCIAL

FRANCIELE BARBOSA SANTOS: Advogada. Aluna especial pelo Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada em Direito Empresarial pela faculdade Legale. Pós-graduanda em Lei Geral de Proteção de Dados pela faculdade Legale. Graduada pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de inserção de cláusula penal por traição no pacto antenupcial diante da sua natureza jurídica e seus desdobramentos. Para tanto, partiu-se da análise dos princípios aplicados ao direito de família como o direito de família mínimo e a autonomia privada das partes, as quais exteriorizam a liberdade dos indivíduos e a mínima intervenção estatal. Após analisou-se o pacto antenupcial em si, sua natureza jurídica e limites na disposição. No decorrer do trabalho, constatou-se que o pacto antenupcial possui natureza jurídica de negócio jurídico e, portanto, a possibilidade de disposição patrimonial e extrapatrimonial em seu bojo e, dessa forma, a possibilidade de inserção da cláusula penal por traição como exercício da autonomia privada e com caráter reforçador do dever de fidelidade mútuo previsto no Código Civil Brasileiro. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo com pesquisas bibliográficas e estudo da legislação pátria vigente.

Palavras-chave: Autonomia privada. Cláusula penal. Pacto antenupcial.

Abstract: The present work aims to analyze the possibility of inserting a penal clause for treason in the prenuptial pact in view of its legal nature and its consequences. For that, it started from the analysis of the principles applied to family law such as the minimum family law and the private autonomy of the parties, which externalize the freedom of individuals and the minimum state intervention. Afterwards, the prenuptial agreement itself, its legal nature and limits on disposition were analyzed. In the course of the work, it was found that the prenuptial pact has the legal nature of a legal business and, therefore, the possibility of equity and off-balance sheet provision and, therefore, the possibility of inserting the penal clause for treason as an exercise of autonomy private and reinforcing the duty of fidelity mutual provided for in the Brazilian Civil Code. For this, the deductive method was used with bibliographic research and study of the current national legislation.

Key-words: Private autonomy. Penal clause. Antenuptial Pact.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos princípios aplicáveis ao direito de família: 2.1. Direito de família mínimo; 2.2. Da autonomia privada. 3. Do Pacto Antenupcial. 4. Cláusula penal por traição no Pacto Antenupcial. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As relações familiares têm sofrido grandes modificações no decorrer dos anos e, diante disso, tem-se a necessidade da releitura de diversos institutos. Atualmente, a família é vista sob o aspecto eudaimonista, ou seja, baseado no afeto mútuo e felicidade das partes, trazendo maior foco para a realização do indivíduo por meio da família e deixando as amarras institucionais de lado.

É nesse sentido que se aplica diversos princípios ao direito de família como a autonomia privada e o direito de família mínimo. Tais princípios visam dar maior autonomia às partes para se autorregrem e decidirem o que é melhor para si dentro da entidade familiar desde que essa autonomia não vá de encontro com a lei e os bons costumes.

Assim, o presente trabalho tem como intuito demonstrar a possibilidade da previsão de cláusula penal por traição no pacto antenupcial como exteriorização da autonomia privada das partes que podem livremente decidirem sobre aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais que irão reger o seu casamento.

Para tanto, a metodologia utilizada é a dedutiva, pautada em pesquisa bibliográfica reunindo várias obras de doutrinadores brasileiros correlacionadas ao tema, com ênfase na literatura jurídica referente às relações no Direito de Família, além de pesquisa atinente ao negócio jurídico e autonomia privada. Por fim, baseou-se, também, na legislação pátria vigente.

Nesse contexto, para atingir o objetivo almejado, o presente trabalho perpassará pelos princípios do direito de família mínimo e da autonomia privada, após analisará o instituto do pacto antenupcial e, por fim, trará a possibilidade de disposição acerca da cláusula penal por traição no pacto antenupcial.

2 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família sofreu diversas modificações com o passar do tempo. A promulgação da Constituição Federal de 1988 proporcionou a releitura das relações familiares até então. Uma das principais modificações foi a introdução do termo "entidade familiar" passando a reconhecer as mais diversas e possíveis formações de família. Assim, destaca-se o caráter eudaimonista de família, pois o foco deixou de ser

a família como instituição e passou a ser família como exteriorização do afeto e local de conforto para o livre desenvolvimento de relações.

O foco da família como uma instituição engessada abriu espaço para uma maior autonomia tanto na sua formação quanto nas decisões tomadas no seio familiar. Destaca-se o artigo 226 da Magna Carta, principalmente o seu parágrafo sétimo e oitavo, o qual traz o livre planejamento familiar como sendo de livre escolha do casal baseado na dignidade da pessoa humana, competindo ao Estado promover acesso e meios para que esses desejos sejam realizados.

Além do dever positivo de promover políticas que deem acesso e possibilitem a efetivação dessas garantias constitucionais, vislumbra-se, também, a previsão de obrigações negativas ao Estado, compreendidas como o dever de não intervenção estatal nas decisões de homens ou mulheres no que se refere ao seu planejamento familiar, garantindo maior autonomia e liberdade aos indivíduos.

Dessa forma, não sendo contrário às normas de ordem pública, cabe aos indivíduos tomarem as melhores decisões em prol do bem estar da sua família. É nesse sentido que se tem o princípio do direito de família mínimo e autonomia privada que irão reger as relações familiares e protegê-las de inferências desnecessárias ou arbitrárias.

2.1 Direito de família mínimo

O princípio do direito de família mínimo preceitua a mínima intervenção estatal na esfera privada de decisões do indivíduo quando relacionadas a sua família, observando a autonomia privada das partes. Tem como fundamento o artigo 1.513 do Código Civil o qual reza que "é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família".

Nesse sentido, pode-se inferir que a atuação do Estado nas famílias deve ser tratada como exceção, admitindo interferências com o intuito de garantir a realização pessoal dos seus membros ou a fim de proteger a parte hipossuficiente. Relevantes são as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 124-125):

Forçoso reconhecer, portanto, a suplantação definitiva da (indevida e excessiva) participação estatal nas relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade e à liberdade de autodeterminação do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade. O Estado vai se retirando de um espaço que sempre lhe foi estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito (esperando-se, inclusive,

que venha, em futuro próximo, a cuidar, com mais vigor e competência, das atividades que realmente precisam de sua direta e efetiva atuação).

Nas relações de família, a regra geral é a autonomia privada, com a liberdade de atuação do titular. A intervenção estatal somente será justificável quando for necessária para garantir os direitos (em especial, os direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional) de cada titular, que estejam periclitando.

Assim, o princípio do direito de família mínimo visa a mínima intervenção estatal como meio para a promoção do direito à autonomia e a autodeterminação familiar, uma vez que o ser humano é entendido como ser racional e, dessa forma, capaz de determinar o melhor para si e para a sua família, desde que tais decisões não vão de encontro com a ordem jurídica e os bons costumes.

2.2 Da autonomia privada

A mínima intervenção estatal na vida privada dos núcleos familiares também se exterioriza pelo respeito a autonomia privada dos indivíduos que livremente podem determinar seus projetos familiares. Além de ir de encontro com os preceitos constitucionais, a demasiada ingerência na vida privada pode ser danosa por constranger os cidadãos. Nesse ínterim, imperioso trazer o conceito de autonomia privada (PERLINGIERI, 2002, p. 17):

[...] pode-se entender por “autonomia privada”, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.

Na base desta concepção reside, frequentemente, de modo somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinas as regras daquele comportamento através de um entendimento comum.

Implica em afirmar que a autonomia privada reside na possibilidade de os sujeitos, quando de comum acordo de vontades, decidirem o que é melhor para si e os efeitos dessa decisão. Assim, a autonomia privada vem no sentido de garantir a livre manifestação das partes em todos os atos da sua vida civil, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais.

A intervenção demasiada do Poder Público na vida privada pode levar a uma série de constrangimentos aos indivíduos, além de impor decisões forçadas que muitas vezes não coaduna com o estilo de vida dessa família. Dessa forma, a regra geral a ser adotada é pela autonomia privada quando a relação se dá entre iguais, garantindo o exercício das liberdades das partes. Tamanha é a sua importância que traz Judith Martins-Costa (2018, I. 159):

Negar-se a possibilidade de autonomia ou perspectivar-se a autonomia privada por um viés negativo equivaleria a violar uma das dimensões mais valiosas da própria personalidade humana, qual seja, a possibilidade de fazer escolhas, tomar decisões, responsabilizando-se por elas (autodeterminação); sua negação implicaria, ainda, o afastamento da garantia constitucional à liberdade de iniciativa econômica.

Nesse sentido, a autonomia privada possui estreita relação com a efetivação da dignidade da pessoa humana, com a promoção ao respeito das liberdades individuais e autorresponsabilização. Além disso, deve ser avaliada em consonância com os demais princípios como, por exemplo, o princípio da boa-fé.

Assim, a autonomia privada consiste na possibilidade dos sujeitos autorregulamentarem seus interesses privados levando em consideração aquilo que melhor coaduna com a sua realidade. A autonomia privada, então, “[...] constitui o fundamento da ação jurídico-privada e (ii) traduz uma fonte de poder normativo, pelo qual se formam e são criados os negócios jurídicos” (MARTINS-COSTA, 2018, I. 159), os quais podem ser entendidos como atos pelos quais as partes exteriorizam seus direitos de se autodeterminarem e determinarem os efeitos do negócio querido.

Dessa forma, considerando que o objetivo do texto constitucional é promover a dignidade da pessoa humana, as individualidades e singularidades de cada indivíduo devem ser respeitadas, pois cada indivíduo possui igual ao valor ao Direito, não cabendo ao Poder Público constranger aquele que toma determinadas decisões dentro da sua realidade.

3 DO PACTO ANTENUPCIAL

O pacto antenupcial está disciplinado nos artigos 1.653 a 1.657 do Código Civil Brasileiro e é o documento por meio do qual as partes, que estão se habilitando para o casamento, estipulam livremente acerca do regime de bens que irá reger o seu casamento. Salienta-se que a eficácia do pacto antenupcial se submete ao acontecimento de evento futuro, ou seja, a ocorrência do casamento.

A doutrinadora Maria Helena Diniz (2017, p. 174) traz o conceito do doutrinador Silvio Rodrigues para o qual o pacto antenupcial é um contrato solene celebrado antes do casamento dispondo acerca do regime de bens. Maria Berenice Dias leciona que nada mais é que um contrato matrimonial (DIAS, 2016, p. 313).

O termo “contrato” utilizado pelos nobres doutrinadores, contudo, leva a uma discussão acerca da natureza jurídica do pacto antenupcial se seria de contrato jurídico ou de negócio jurídico familiar. Referida discussão é de suma importância, pois gera efeitos no conteúdo que poderá ser disciplinado no pacto.

Diferentemente dos doutrinadores citados acima, o ex-ministro Francisco Cláudio de Almeida Santos critica o uso do termo “contrato” pois, conforme explica, leva a crer que se tratam de interesses contrapostos como, por exemplo, numa compra e venda (um quer comprar e outro quer vender) o que não ocorre no pacto antenupcial. O autor, então, traz que a natureza jurídica do pacto é de negócio jurídico (2006, p. 193-194). Quanto ao conceito de negócio jurídico leciona Marcos Bernardes de Mello (1988, p. 184):

[...] *negócio jurídico* é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de determinados limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.

Assim, sendo a manifestação de vontade válida e os efeitos permitidos, o negócio jurídico será existente, válido e eficaz. Ressalta-se que o próprio Código Civil ao trazer sobre o pacto antenupcial traz a liberdade dos nubentes de dispor acerca do regime que irá reger o casamento, respeitando determinados limites. Dessa forma, por ser a exteriorização da vontade do casal, vontade essa que é comum aos dois, é que se adotará a natureza de negócio jurídico e todos os seus efeitos.

Quanto ao conteúdo do pacto antenupcial, a disposição acerca do patrimônio não gera controversas, contudo não há unanimidade sobre as disposições extrapatrimoniais. De um lado autores como Paulo Lôbo (2011, p. 336) que afirma que no pacto, diante das suas particularidades, não pode conter cláusulas que sejam estranhas a sua finalidade, ou seja, a regulamentação do regime de bens.

De outro, Maria Berenice Dias que entende que não há nada que impeça que os nubentes determinem, também, questões existenciais, de natureza não patrimonial (DIAS, 2016, p. 314), pois exercício da autonomia privada das partes encontram tão

somente limitação na lei, ou seja, não se admite estipular situações que vão de encontro com o ordenamento jurídico pátrio. Com a devida vênia, vê-se como mais acertado o posicionamento da autora Maria Berenice Dias por melhor atender os interesses e direitos constitucionais e familiares.

Assim, o pacto antenupcial, sendo considerado um negócio jurídico, deve observar as balizas impostas pelo artigo 104 do Código Civil, ou seja, os sujeitos devem ser capazes e legítimos para praticarem o ato, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e a forma deve ser adequada. Além disso, as vontades dos agentes devem ser genuína e livre de vícios.

Quanto ao objeto, o artigo 1.655 do Código Civil estabelece que não pode haver proibição legal, ou seja, qualquer disposição que contrarie dispositivo legal será nula. Dessa forma, não poderá ser estabelecido no pacto aquilo que é ilícito ou contrário aos bons costumes.

Além disso, insta salientar que por ser ato solene deve celebrado da forma preceituada pelo Código Civil em seu artigo 1.653 o qual prevê que o pacto antenupcial deve ser feito por meio de escritura pública e a sua eficácia é condicionada a realização do casamento. A eficácia contra terceiros dependerá, ainda, de registro em livro especial pelo Registro de Imóveis competente. Dessa forma, para que seja válido o pacto antenupcial e todas as suas disposições, deve ser observado a forma que preceitua o ordenamento pátrio.

4 CLÁUSULA PENAL POR TRAIÇÃO NO PACTO ANTENUPCIAL

A finalidade do pacto antenupcial é justamente dispor sobre as questões relativas ao casamento e às relações familiares, assim a estipulação de aspectos extrapatrimoniais, ou seja, aqueles referentes ao íntimo da relação do casal nada mais é que a exteriorização do objetivo do pacto antenupcial. Além de valorizar o instituto é uma forma de garantir que as partes exerçam a sua autonomia privada e o livre planejamento familiar.

Usualmente, os elementos do negócio jurídico são classificados em: "a) elementos gerais, isto é, comuns a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios a cada tipo de negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio" (AZEVEDO, 2002, p. 32). Os elementos particulares resultam da vontade das partes e um dos exemplos de elementos acidentais é a cláusula penal.

O Código Civil não chegou a trazer um conceito de cláusula penal e, conforme leciona Judith Martins-Costa (2009, p. 607-608) o fez de maneira acertada diante da

complexidade e multiplicidade de funções desempenhadas pela figura. Para a autora a cláusula penal se presta a distintas finalidades:

“[...] (a) visa a reparar o credor por meio da *prefixação das perdas e danos*; (b) ou tem por escopo estipular o devedor adimplemento através da ameaça de uma outra prestação que o credor terá faculdade de exigir, ou de maneira (b.1) *substitutiva* à prestação, a título sancionatório; ou (b.2) de modo *cumulativo* à execução específica da prestação ou à indenização pelo inadimplemento [...] (MARTINS-COSTA, 2009, p. 608).

Assim, pode-se afirmar que a cláusula penal consiste em um promessa condicional de caráter pecuniário caso a parte não venha cumprir o determinado ou o cumpre de forma inadequada. É o caso em que uma parte, no caso do pacto antenupcial, as partes de forma recíproca, negociam entre si que o descumprimento de um dever posto no pacto gerará indenização ao prejudicado.

A previsão acerca de assuntos extrapatrimoniais não é unânime, como citado alhures. Isto porque para alguns autores como Paulo Lôbo, o pacto antenupcial é instrumento próprio para disciplinar o regime de bens. Entretanto, como analisado durante o presente estudo o pacto antenupcial possui natureza jurídica de negócio jurídico, motivo pelo qual a sua finalidade é melhor atender os interesses daqueles que o fazem, isto é, dentro de certos limites abarcar tanto o regime que for conveniente, podendo os cônjuges, inclusive, dispor de um novo regime, quanto aspectos extrapatrimoniais que julguem necessário para abarcar a união.

Seria incoerente a defesa do pacto antenupcial como de natureza exclusivamente contratual, pois seus efeitos afetam diretamente a entidade familiar, além de que em seu bojo contempla o elemento volitivo e a autonomia privada das partes ao possibilitar a escolha do regime de bens que lhe melhor servirem. Ainda, tem-se que referido instituto está intrinsecamente ligado com o acontecimento do casamento e o seu fim, assim não há como dissociar o pacto antenupcial da entidade familiar.

Dessa forma, tem-se que a antinomia da cláusula penal por traição prevista no pacto antenupcial é apenas aparente. O artigo 1.566 do Código Civil traz os deveres conjugais, quais sejam: fidelidade recíproca (art. 1.566, I); vida em comum no domicílio conjugal (art. 1.566, II); mútua assistência (art. 1.566, III); sustento, guarda e educação dos filhos (art. 1.566, IV); respeito e consideração mútuos (art. 1.566, V). Assim, a própria lei determina que se tenha fidelidade na constância da união, sendo a cláusula penal, nada mais, que um reforço para o cumprimento legal.

Além do mais, como citado alhures, o limite de disposição sobre a vida familiar se dá nos limites da lei, ou seja, não seria possível cláusula que afastasse os deveres conjugais por irem de encontro com as determinações legais, contudo, cláusula que as reforcem não possuem impeditivos. É o exemplo da cláusula penal por traição que consiste em uma penalidade para a infração do dever de fidelidade determinado por lei.

Nesse ínterim, é clara a possibilidade de dispor acerca de indenização por quebra do dever de fidelidade no pacto antenupcial, principalmente diante da autonomia privada das partes e da mínima intervenção do Poder Público na esfera privada. Dessa forma, considerando que tal previsão não afronta qualquer dispositivo legal e que o instituto da responsabilidade civil é plenamente cabível nas relações familiares, a previsão é plenamente cabível.

Além do mais, a livre negociação e disposição do casal acerca de situações, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, exigem que os indivíduos deliberem sobre o que melhor se adequa para a vida que escolheram levar a dois. O pacto antenupcial, então, passa a ser um instrumento fruto da deliberação conjunta e da autonomia privada dos nubentes o que gera maior segurança e diminui as possibilidades de constrangimentos futuros relacionados ao patrimônio ou particularidades de cada um, pois ambos já terão tido tais discussões e já terão chego a um acordo sobre o que é melhor para o casal.

Nesse sentido, verifica-se um caráter preventivo do pacto antenupcial que para além do patrimônio, visa ser documento pelo qual as partes exteriorizam os seus valores e desejos relativos a vida em comum. É nesse ínterim que se insere a cláusula penal por traição ou afronta ao dever conjugal de fidelidade, pelo casal dar grande importância à fidelidade recíproca que deverá reger a vida a dois. Assim, a cláusula penal visa dar maior segurança aos nubentes, além de reparação pela afronta caso ocorra.

5 CONCLUSÃO

Por ser a família uma exteriorização do afeto e meio para a realização dos indivíduos, o Poder Público deve promover e garantir os meios para que se atinja essa realização. Além disso, a família recebe proteção especial prevista na Constituição Federal e exige uma atuação positiva por parte do Estado.

O pacto antenupcial é um negócio jurídico o qual os nubentes, na maioria das vezes, realizam para atender as necessidades impostas legalmente diante da escolha do regime de bens. Entretanto, o pacto antenupcial pode servir de instrumento para regular além do patrimônio da vida a dois, é a possibilidade de previsão de conteúdo extrapatrimonial.

Referida possibilidade se baseia na natureza jurídica de negócio jurídico do pacto antenupcial além de seu objetivo que é servir de instrumento para regular o que melhor atende as necessidade dos nubentes. Dessa forma, pode ser utilizado como documento cujo conteúdo poderá ser de aspecto extrapatrimonial desde que não vá de encontro com a legislação.

É nesse sentido que se possibilita a previsão de cláusula penal por traição ou por descumprimento do dever de fidelidade recíproca como reforçador dos deveres conjugais previstos no Código Civil Brasileiro. Referida cláusula não vai de encontro com o ordenamento pátrio, mas apenas reforça o que já foi previsto pela legislação brasileira.

Além do mais, tal disposição nada mais é do que a exteriorização da autonomia privada das partes naquilo que irá reger a vida a dois, ou seja, é a possibilidade de adequar previsões que façam sentido na constituição da sua entidade familiar. É nesse sentido que deve prevalecer a vontade dos nubentes e a mínima intervenção do Poder Público na vida privada, pois tal disposição no pacto antenupcial pode servir de caráter preventivo de discussões futuras, por terem esclarecido valores que são importantes para os cônjuges.

Dessa forma, a previsão da cláusula penal por traição no pacto antenupcial consiste na exteriorização da autonomia privada das partes e do direito de família mínimo que preceitua a mínima intervenção estatal na esfera privada, além de trazer benefícios preventivos e reforçadores da confiança entre os nubentes.

6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil -. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 08. abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 8 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5: direito de família. 31. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias, volume 6. 7. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de: Maria Cristina de Cicco, 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O Pacto Antenupcial e a Autonomia Privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. (Coord.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.183-209.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: UMA BREVE ANÁLISE DAS LEIS BRASILEIRAS SOBRE CRIMES DIGITAIS

LUIZ CARLOS CAVALARI DE SOUZA:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis-SP.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar as legislações brasileiras existentes sobre crimes cibernéticos dando ênfase no crime de pornografia de vingança. O pornô de vingança é a conduta de divulgar imagens íntimas alheias sem o consentimento da vítima com intenção de se vingar da mesma por algum motivo, geralmente fútil. Essa prática que se tornou tão comum na era digital demorou para que fosse criminalizada, foram criadas diversas leis, porém não eram suficientes para regular e punir crimes praticados em ambientes virtuais. O ano de 2018 trouxe importantes inovações na legislação brasileira se tratando de crimes digitais que foram as leis n. 13.718/18 e 13.772/18. Para vítimas do pornô de vingança a criação dos artigos 216-B e 218-C do Código Penal foi importante já que são esses artigos que criminalizam o pornô de vingança e reconhecem que esse violação da intimidade da mulher configura violência doméstica, familiar e de gênero, portanto cabe aplicar até mesmo a Lei Maria da Penha nesses casos. Para melhor enfrentar o crime de Pornografia de vingança é necessário além de leis próprias, que haja igualdade entre os gêneros e a erradicação do sistema patriarcal, visto que a maioria das vítimas são do sexo feminino.

Palavras-chave: Crimes Digitais; Legislação; Pornografia de Vingança; Internet.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 INTERNET E REDES SOCIAIS. 2.1 Compartilhamento Indevido de Imagens Íntimas. 3 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. 3.1 Pornografia de Vingança e a Violação aos Direitos Fundamentais. 4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 4.1 Lei de Acesso à Informação. 4.2 Lei Carolina Dieckmann. 4.3 Marco Civil da Internet. 4.4 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 4.5 Lei N° 13.718/2018. 4.6 Lei N° 13.772/2018. 5 PROBLEMAS ENFRENTADOS AO COMBATE À PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A globalização do mundo rendeu nos últimos anos um grande desenvolvimento da tecnologia, informática e conseqüentemente da internet, com sua praticidade e comodidade de uso, porém como todos sabemos, junto com os avanços

podem surgir também os retrocessos. A internet apesar de ser considerada um instrumento que simboliza evolução, quando usada de forma imprópria gera dilemas, adversidades e até delitos.

Os problemas que o mau uso da internet desencadeia são inúmeros, portanto, nesse artigo irei expor um deles, que é o crime conhecido como “Pornô de vingança”.

O trabalho será desenvolvido a partir da análise das Leis nº 12.737/2012, nº 12.965/2014 e a de nº 13.718/2018 dando ênfase no crime de “pornografia de vingança” que será o assunto principal deste artigo. A primeira lei ficou conhecida como “Lei Carolina Dieckmann” e a segunda como “Lei do Marco Civil da Internet”, ambas foram criadas a fim de impor limites ao uso da internet, tipificar condutas e “delitos informáticos”, amparar as vítimas atingidas e “Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”. (BRASIL, 2014)

O tema a ser abordado é de elevada importância e deve ser tratado como objeto de estudo e desenvolvimento de artigos científicos, já que nos encontramos em um cenário mundial onde a internet e o uso de redes sociais se tornou algo cotidiano para toda a população, porém, apesar da relevância do assunto, a justiça encontra uma grande dificuldade em descobrir a identidade real dos infratores e apena-los, já que é possível fazer tudo em anonimato, fato esse que prejudica a efetivação da justiça e ainda permanece a insegurança em relação a punição dos agentes infratores das leis.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, a metodologia utilizada será a básica, bibliográfica, descritiva e qualitativa.

O objetivo dessa pesquisa é tratar sobre o crime de pornografia de vingança e analisar as leis que podem ser aplicadas na ocorrência do delito.

2 INTERNET E REDES SOCIAIS

Apesar de parecer muito recente, a criação da internet ocorreu na década de 1960, nos Estados Unidos e a partir de pesquisas militares.

[...] A internet originou-se de um esquema ousado, imaginado na década de 1960 pelos guerreiros tecnológicos da Agência de Projeto de Pesquisas Avançada do Departamento de defesa dos Estados Unidos (a mítica DARPA) para impedir a tomada ou destruição do sistema norte-americano de comunicações pelos soviéticos, em caso de guerra nuclear [...] O resultado foi uma arquitetura de rede que, como queriam seus inventores, não pode ser controlada a partir de nenhum centro e é composta por milhares de redes de computadores autônomos com inúmeras maneiras de conexão, contornando barreiras eletrônicas [...] a

ARPANET, rede estabelecida pelo Departamento de Defesa dos EUA, tornou-se a base de uma rede de comunicação horizontal global composta de milhares de computadores [...] Essa rede foi apropriada por indivíduos e grupos do mundo inteiro e com todos os tipos de objetivos [...] (CASTELLS, 2005, p. 44 *apud* DAMIANI, 2019, p. 23).

A internet sem dúvidas é a maior criação do homem nos últimos tempos, através dela e pela sua evolução de uso, hoje temos acesso a tudo e todos, a conexão entre as pessoas ficou claramente mais prática e acabou facilitando diversos afazeres no dia-a-dia, inclusive a comunicação.

Existem diversas formas de comunicação pela internet, por escrita (mensagem de texto, e-mail, e mensagens através de vários aplicativos), áudio, vídeo, fotos, etc.

Redes sociais são estruturas formadas por pessoas e organizações que possuem em comum interesses e valores. Atualmente, no ponto de vista tecnológico, também existem as conhecidas "Redes sociais virtuais" que são encontradas em ambientes virtuais, como na internet, nessa esfera, podemos afirmar que:

As Redes Sociais sempre existiram, pois o ser humano é social e organiza-se em redes desde a pré-história, redes formadas por pessoas com os mesmos objetivos, interesses, gostos, valores, deuses, etc. Quando uma rede de pessoas usa a internet para se comunicar temos uma rede social na internet, ou seja, um grupo de pessoas com interesses comuns que se utilizam das novas tecnologias para interagirem (LARA, 2016, p. 38).

Grande parte das pessoas nos dias atuais vivem conectadas as redes, seja por trás de computadores, notebooks, tablets, celulares ou até dos famosos smartphones. Os relacionamentos, encontros e bate papos são possíveis de se efetuar através de redes sociais virtuais e pouco importa a distância em que as pessoas se encontram, já que a internet acaba aproximando todos de certa forma. Os chamados relacionamentos virtuais ou "à distância" se popularizaram por todo o mundo e é comum hoje em dia ver casais onde um reside em um determinado país e a outra pessoa em outro, ou que morem em cidades distintas, etc.

O compartilhamento de imagens nas redes se tornou algo cotidiano, é comum que as pessoas compartilham suas fotos e vídeos para sua rede social e até para seus contatos particulares. O problema surge quando as imagens são extremamente íntimas e acabam "vazando" para um público que não era o alvo desejado, ou então, quando essas fotos e vídeos são compartilhadas sem o devido consentimento da vítima, aí então surge o dilema do compartilhamento indevido de imagens íntimas.

2.1 Compartilhamento Indevido de Imagens Íntimas

O compartilhamento indevido de imagens íntimas, de nudez ou conteúdo sexual, se tornou comum na internet nos dias de hoje pois com poucos cliques já é possível encaminhar as fotos e vídeos para milhões de pessoas em toda parte do mundo por conta da facilidade e a agilidade da internet.

Segundo Almeida e Baqueiro (2020, p. 3) é possível destacar duas práticas de compartilhamento de mídias íntimas:

[...] a troca de fotos íntimas entre duas pessoas, com consentimento de ambos, o *sexting*, e a gravação oculta de fotos e vídeos, sendo ausente o consentimento nesses casos.

Na primeira hipótese, os participantes da relação consentem em fornecer o conteúdo íntimo um ao outro, o que não necessariamente implica no consentimento para compartilhamento dessas fotos com terceiros. Já na segunda, um dos componentes da relação não tem conhecimento do registro do conteúdo, nem de seu compartilhamento. Não são raros os casos em que, sob o manto da confiança, alguém se permite ser fotografado, ou mesmo envia foto sua a outra pessoa e, em razão de uma traição imensurável, vê sua imagem sendo transmitida a centenas, ou milhares de pessoas.

A divulgação não autorizada de imagens íntimas configura crime, e além de violar direito fundamental de intimidade, ainda gera danos irreversíveis para a vítima.

Na maioria dos casos, o conteúdo íntimo é divulgado pelo parceiro da vítima, com intenção de vingança e a maior parte das vítimas são do sexo feminino. Essa conduta é conhecida como "Pornografia de Vingança".

3 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

A internet e as redes sociais se tornaram um ambiente virtual em que as pessoas se relacionam entre si. Nas relações virtuais é comum a troca de mensagens de conteúdo sexual, de imagens íntimas, sejam fotografias ou até vídeos. Essas condutas recebem nomes que as diferenciam:

O nude é a troca de imagens contendo nudez. O *sexting* ocorre diante da permuta de mensagens textuais ou de imagem ou áudios de conteúdos eróticos entre parceiros íntimos. A pornografia de vingança é espécie do gênero exposição pornográfica não consentida, devendo investigar-se, para sua

configuração, a motivação que leva à divulgação não autorizada (ROCHA; PEDRINHA; OLIVEIRA, 2019, p. 179).

Pornografia de vingança, ou, pornô de vingança, é um crime que acontece após término de relacionamentos e discussões entre ex-casais, onde um dos ex-parceiros expõe a intimidade do outro, através da divulgação e transmissão de fotos ou vídeos íntimos na rede a fim de se “vingar”.

O termo pornografia de vingança se popularizou após acontecerem vários casos no mundo todo. Hoje se trata de um conceito bem conhecido no Brasil, porém, “Pornô de Vingança” derivou da tradução do inglês *“Revenge Porn”* que é o nome utilizado nos Estados Unidos para indicar os crimes praticados virtualmente a fim de se vingar do ex-parceiro. Esse nome se tornou conhecido no Brasil após o grande avanço da internet e das redes sociais, pois foi a partir daí que os crimes virtuais se tornaram mais comuns no país.

O problema acontece quando ocorre a divulgação não consensual de imagem íntima alheia, essa conduta conhecida como pornografia de vingança, acontece quando além da exposição não consentida, a motivação seja de se vingar da vítima, a fim de expor sua intimidade, causar constrangimento e diversos outros danos à imagem da pessoa. Ainda, segundo Bezerra e Agnoletto (2020, p. 88) essa conduta também pode receber o nome de *“stalker revenge porn”*:

[...] *stalker revenge porn*”, aquele que se vinga de sua vítima a partir de obtenção (direta ou por terceiros) de fotos íntimas desta e as divulga em redes sociais para o público em geral, como forma de manifestar seu ressentimento e se vingar desta, de forma peremptória.

Ainda que o conteúdo divulgado tenha sido disponibilizado pela própria vítima a disseminação dele na rede sem o consentimento dela caracteriza a pornografia de vingança:

O ilícito penal existirá ainda que o conteúdo tenha sido gravado ou colhido com a anuência da vítima, ou mesmo que esta o tenha transmitido para destinatário(s) específico(s). Nesse caso, repreende-se a deslealdade daquele que, em confiança, recebe o material íntimo encaminhado pela vítima, mas lhe dá publicidade sem consentimento (ROCHA; PEDRINHA; OLIVEIRA, 2019, p. 183).

A maior parte das vítimas que tem suas imagens íntimas divulgadas com a prática do crime Pornô de vingança são do sexo feminino, essa realidade deixa claro que a sociedade ainda carrega traços machistas e patriarcais.

Pesquisa do Cyber Civil Rights Initiative do Department of Psychology da Florida International University, que administra o site EndRevengePorn.org (<https://www.cybercivilrights.org>), em 2017, com 3.044 participantes nos Estados Unidos, revela que, entre as pessoas que sofreram divulgação ou ameaça de divulgação de material íntimo, é maior o número de mulheres (15,8%) do que de homens (9,3%) (ROCHA; PEDRINHA; OLIVEIRA, 2019, p. 179).

Na maioria dos casos o homem quando se vê contrariado, no fim de um relacionamento, quer se vingar da mulher, pois acredita ser proprietário, dono, de sua companheira. Com um sentimento de vingança acaba espalhando imagens íntimas de sua ex-parceira e isso acarreta sérias consequências para a vítima. "Não são raros os casos em que, após exposição íntima na internet, mulheres têm suas vidas sociais, empregos, educação e sonhos prejudicados pela velocidade de propagação das informações íntimas por via virtual" (ALMEIDA, 2020, p. 10).

Nesse sentido, a pornografia de vingança, mais do que ofender a intimidade, honra e vida privada das mulheres, afronta a própria saúde, considerada na esfera biopsicossocial individual, com intensa afronta aos direitos humanos da vítima (ROCHA; PEDRINHA; OLIVEIRA, 2019, p. 179).

3.1 Pornografia de Vingança e a Violação aos Direitos Fundamentais

O ato de divulgar imagens íntimas por vingança e sem o consentimento da vítima, caracteriza uma grave violação aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, segundo o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal (BRASIL, 1988): "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

A honra e a imagem das pessoas são também declaradas invioláveis, conforme o artigo 5º da Carta Magna. Sobre o direito a honra, o Pacto de San Jose da Costa Rica, o qual o Brasil aderiu em 1992, em seu artigo 11 afirma que toda pessoa tem o direito ao respeito da honra. Ainda nesse mesmo sentido, Bittar afirma que o bem jurídico protegido é a reputação de cada pessoa, afim de que a preservação é motivada pela dignidade da pessoa humana (BITTAR, 1995 *apud* LOPES, 2019, p. 15).

Os casos de pornô de vingança se enquadram como violação dos direitos garantidos no inciso X do artigo 5º da Constituição, que garante também aos casos o direito a indenização pelo dano moral na esfera cível. O artigo 21 do Código Civil Brasileiro de 2002 prevê: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma" (BRASIL, 2002).

Ao falar sobre intimidade e privacidade, há entendimento que:

[...] a doutrina civilista discorre que não se confundem intimidade e privacidade, tendo em vista que esta última é voltada para aspectos externos da existência humana, enquanto a intimidade diz-se a respeito dos aspectos internos do viver da pessoa, como relacionamentos, pudor e etc. (LOPES, 2019, p. 17).

A violação aos direitos fundamentais é inadmissível de acordo com a Constituição, portanto, com o grande aumento do uso da internet, foi necessário a criação de leis que garantissem no ambiente virtual maior segurança aos seus usuários, para que os crimes praticados não ficassem impunes e gerar maior segurança jurídica.

4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Hoje é possível encontrar leis brasileiras que dispõem sobre crimes praticados na internet, mas nem sempre foi assim. O Brasil por ser um dos países em que ocorrem mais crimes cibernéticos foi lento na criação de leis que tipificassem as condutas, além disso, por bastante tempo as normas não traziam especificações para tratar de delitos no ambiente virtual.

Neste sentido, Lopes (2019, p. 25) comenta que:

Devido à necessidade de existirem leis específicas para tratar de crimes e pequenos delitos que ocorressem no meio virtual, desde então na tentativa de alcançar os avanços tecnológicos, visando regulamentar seu uso tem se criado leis próprias para regular e punir o uso dessas novas tecnologias.

4.1 Lei de Acesso à Informação

A lei nº 12.527 de 18 de novembro 2011, conhecida como "Lei de acesso à informação" foi criada com intuito de fazer com que a sociedade tenha acesso as informações públicas, ela passou a regular o direito que já era garantido pela Constituição Federal:

Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências (BRASIL, 2011).

Falando de crimes cibernéticos e especificamente da pornografia de vingança, o artigo 31 é o que ganha destaque na lei de Acesso à informação, pois ele trata das restrições de acesso as informações pessoais:

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal (BRASIL, 2011).

O crime intitulado de pornografia de vingança, como já visto anteriormente, se trata de uma violação ao direito a intimidade e a imagem da pessoa que teve sua imagem exposta em rede sem seu consentimento, portanto as informações pessoais devem ser tratadas respeitando à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

4.2 Lei Carolina Dieckmann

A Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012, conhecida popularmente como “Lei Carolina Dieckmann” “Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências” (BRASIL, 2012).

A lei Carolina Dieckmann recebeu popularmente o nome da atriz brasileira por conta do ocorrido no ano de 2012, onde ela teve fotos íntimas e pessoais divulgadas na internet sem autorização da mesma:

Carolina Dieckmann procurou a polícia no último dia 7, uma segunda-feira: 36 fotos pessoais da atriz tinham sido publicadas na internet na sexta anterior. Carolina vinha recebendo ameaças de extorsão desde o fim de março, mas disse que não tinha registrado queixa até então para evitar ainda mais exposição.

Na delegacia, ela contou que estava tendo problemas nas suas contas em sites de relacionamentos desde o ano passado. Disse que foi a empregada que atendeu o telefonema de um homem que dizia ter fotos dela. Em seguida, o homem mandou duas imagens para o empresário de Carolina e pediu R\$ 10 mil para não divulgar [...] Os advogados dela tentaram impedir na Justiça

que sites continuassem divulgando as fotos (FANTÁSTICO; G1, 2012).

Casos como esse já aconteciam no Brasil, porém somente após o ocorrido com a atriz que houve uma grande pressão midiática acerca da falta de legislação própria para crimes informáticos, como foi dito na reportagem do G1 (2012): "O Brasil não tem lei específica para crimes de informática. A Justiça se baseia no código penal e, no caso da atriz, os envolvidos serão indiciados por furto, extorsão qualificada e difamação, de acordo com a Polícia Civil." e foi esse um dos motivos que resultou na rápida e urgente aprovação da lei 12.737 de 2012.

A lei Carolina Dieckmann acresceu no Código Penal Brasileiro os artigos 154-A e 154-B que tipificam como crime a invasão de dispositivo informático alheio e definem a necessidade da representação da ação penal como regra geral e também alterou os artigos 266 e 298 do mesmo código que passaram ter a seguinte redação: "Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública", "Falsificação de documento particular" e "Falsificação de cartão" (BRASIL, 2012).

A falta de legislação própria para crimes cibernéticos também tem servido como estímulo ao uso do ambiente virtual pelos delinquentes. A lei no 12.737/2012, apelidada "Carolina Dieckmann", insuficiente e com penas pífias, é um atestado da incompreensão que impera sobre o potencial lesivo do uso de computadores para a prática de crimes (BEZERRA; AGNOLETTI, 2020, p. 49)

Falando sobre a pornografia de vingança na lei Carolina Dieckmann:

[...] No entanto, da simples leitura da Lei 12.737, vê-se que se trata, em verdade, de normatizar os crimes de invasão de dispositivo informático, falsificação de documento particular e interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, etc.

Embora tenha servido durante muitos anos, desde sua criação, de apoio jurídico para as vítimas do revenge porn, por não fazer alusão direta e específica ao vazamento de mídia de conteúdo sexual sem consentimento, a Lei Carolina Dieckmann não seria a melhor legislação para ser aplicada nesses casos. A ausência de criminalização específica desta conduta acabava por minimizar e relativizar a dor das vítimas (ALMEIDA, 2020, p. 8).

Mesmo sendo considerada um avanço, a criação da lei Carolina Dieckmann não chegou nem perto de saciar a falta de legislação brasileira para crimes cibernéticos, a lei fez pequenas alterações e com penas insignificantes visto a gravidade dos fatos e nos casos de pornografia de vingança a lei é insuficiente.

4.3 Marco Civil da Internet

A Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, ficou conhecida como Marco Civil da Internet, ela “Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil” (BRASIL, 2014).

De outro giro, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, trazendo os direitos humanos como um de seus fundamentos (art. 2º, II); e como princípios basilares, a proteção da privacidade e a responsabilização dos agentes segundo sua atuação (art. 3º, II e VI). Significativamente, a Lei do Marco Civil estabelece, em seu art. 21, uma exceção à regra geral da reserva de jurisdição em casos de divulgação não consentida de material íntimo, ao determinar que o provedor de internet retire do ar, a partir de notificação realizada pelo próprio interessado, e independentemente de determinação judicial, o material de caráter privado, tornando mais ágil o procedimento de exclusão do conteúdo privado da rede mundial de computadores (ROCHA; PEDRINHA; OLIVEIRA, 2019, p. 182).

A lei do Marco Civil da Internet, como diz o próprio nome, foi realmente um marco na justiça brasileira em relação aos crimes virtuais, pois até então havia uma lacuna na legislação brasileira onde as leis que vigoravam somente criminalizavam condutas, mas não definiam direitos e deveres para o uso da internet e por essa falta de legislação específica utilizavam muitas vezes leis de outros ramos do direito, como direito penal por exemplo.

No caso do pornô de vingança a lei nº 12.965 de 2014 foi a que deu maior segurança para as vítimas do crime, pois colocou à disposição delas a possibilidade de ter seus materiais íntimos, divulgados sem sua autorização, retirados da rede:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento

de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido (BRASIL, 2014).

Ainda, no mesmo sentido:

Importante avanço legislativo foi a edição e promulgação da Lei do Marco Civil da Internet delimitou as fronteiras de responsabilidade em relação aos provedores, dando capacidade ao legislador de delimitar espaços mais estreitos e específicos como no caso de pornografia de vingança, a interdição de conteúdos impróprios divulgados e facilitando as investigações nos casos de criminosos anônimos por meio de acesso aos bancos de dados em servidores por período previsto em lei (DIAS; BORGES; SANTOS, 2020, p. 226).

Assim sendo, ao ser vítima de violação de intimidade como nos casos de pornografia de vingança por exemplo, pode solicitar a retirada das imagens direto aos sites que disponibilizam o conteúdo e se o pedido não for acatado aí sim entrar com ordem judicial.

4.4 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

A Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, chamada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, traz no *caput* do artigo 1º o seguinte texto:

Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).

Sucessora da lei 12.965/2014 a Lei Geral de Proteção de Dados foi criada com o fim de regular e proteger o direito à liberdade e a privacidade e o desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018) e além disso, ela alterou os artigos 7º e 16 do Marco Civil da Internet. De início a ideia era de substituir a lei do Marco Civil

da Internet, porém, a nova lei não tratou de forma tão ampla o direito a inviolabilidade da intimidade quanto a de 2014. Sustentando o raciocínio:

O direito à intimidade é tratado na Lei 13.709 de maneira sintetizada e objetiva, assim como, no texto constitucional. Em seu artigo 2º, inciso IV, a Lei discorre sobre a inviolabilidade do direito à intimidade, da honra e da imagem e por fim, no seu artigo 17º, caput, dispõe que será assegurada a titularidade dos dados pessoais, garantidos os direitos fundamentais, dentre esses a intimidade (LOPES, 2019, p. 18).

A lei ainda criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República que passou a ser responsável pela proteção dos dados pessoais e por fiscalizar em caso de descumprimento à legislação (BRASIL, 2018).

4.5 Lei Nº 13.718/2018

A lei 13.718 de 24 de setembro de 2018 fez alterações e inovações no Código de Direito Penal Brasileiro:

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais) (BRASIL, 2018).

Precisamente, ela alterou os artigos 215, 217, 218, 225, 226 e 234 que pertencem ao Título VI - Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual do Código Penal, além do artigo 61 da Lei das Contravenções Penais (SYDOW, 2018).

O artigo 218-C do Código Penal foi criado pela lei nº 13.718/2018 e trouxe como um dos motivos de aumento de pena se o crime foi praticado com o fim de vingança, exatamente o que acontece nos crimes de pornô de vingança.

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de

vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Aumento de pena (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) (BRASIL, 1940).

A promulgação da lei nº 13.718 de 2018 provocou uma mudança significativa no ordenamento no Código Penal Brasileiro que continha normas protetivas a mulheres e crianças, mas que necessitavam mais rigidez ao punir os criminosos de delitos virtuais (DIAS; BORGES; SANTOS, 2020).

A conduta da pornografia de vingança antes da lei 13.718/2018 era vista como crime contra honra, a pena era muito branda e a ação penal era privada, mas, após a criação do artigo 218-C pela lei, o ato de divulgar imagens íntimas sem consentimento da vítima a fim de vingança se tornou crime de “divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia” com aumento de pena de um terço a dois terços (BRASIL, 2018).

4.6 Lei Nº 13.772/2018

A lei nº 13.772 de 19 de dezembro de 2018 fez alterações no Código Penal e na Lei Maria da Penha passando a reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e também a criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado (BRASIL, 2018).

O artigo 216-B do Código Penal criminalizou a conduta de “produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes” e definiu pena de detenção de seis meses a um ano e multa (BRASIL, 2018).

A lei nº 13.772/2018 reconheceu que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica, familiar e até mesmo de gênero, pois quando acontece a exposição de conteúdo íntimo em rede, envolve geralmente uma relação entre duas pessoas, onde uma envia imagens íntimas a outra que em determinado momento

findando a confiança, por motivado por vingança, o homem que recebeu as mídias lança o conteúdo na internet para terceiros sem o consentimento da vítima que na maioria das vezes é uma mulher (ALMEIDA, 2020).

5 PROBLEMAS ENFRENTADOS AO COMBATE A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

O crime de pornografia de vingança vem de um problema estrutural da sociedade, das raízes patriarcais, da sexualização da mulher na internet e desigualdade de gênero onde a mulher é sempre vista como objeto e posição de inferioridade. Para enfrentar essa situação problemática é preciso investir em educação, é essencial que a sociedade reflita e refaça seus conceitos, é extremamente necessário dar ouvido as vítimas do pornô de vingança e abordar os casos com mais seriedade. Portanto, fica claro que:

O tema impõe a adoção de políticas públicas amplas e dirigidas a toda a sociedade, mediante ações afirmativas em prol da mulher, incremento da educação de gênero, desenvolvimento de atividades de capacitação profissional, maior número de ofertas de vagas em estabelecimentos públicos de ensino para seus filhos, garantia de acesso à saúde e educação sexual e reprodutiva, tudo, enfim, para a efetivação da igualdade substancial entre homens e mulheres, em um novo pacto para a superação da lógica binária dos gênero, e que permita um novo olhar para as diferenças (ROCHA; PEDRINHA; OLIVEIRA, 2019, p. 186).

O Estado deve garantir a segurança dos usuários da internet e não somente punir depois que o crime já aconteceu. Mesmo com as inovações trazidas recentemente pela legislação acerca do pornô de vingança, o avanço ao combate é puramente legislativo, já que a conduta continua sendo praticada e as vítimas muitas das vezes desamparadas. A pornografia de vingança além de violar a intimidade, honra e vida privada, ainda desencadeia problemas de saúde nas vítimas.

Criar leis é necessário, mas não é o suficiente para o enfrentamento ao combate ao crime virtual de pornografia de vingança. É necessário que haja compreensão quanto a posição de igualdade de gênero, onde nenhum deve ser colocado em patamar superior ao outro. A reeducação e formação da sociedade é o passo principal que deve ser dado para melhor enfrentar a banalização dessa conduta que gera tantos problemas para a sociedade e principalmente para a vítima.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O compartilhamento não consentido de imagens íntimas ficou conhecido pelo nome de pornografia de vingança, conduta que hoje é tipificada como crime no direito brasileiro.

A facilidade do acesso às redes com a onda digital dos smartphones, tornou ainda mais comum a prática dos crimes cibernéticos e isso forçou a legislação a se preocupar e dar maior importância as leis que tipificassem condutas, que protegessem a vida nas redes de internet.

Com um smartphone em mãos, poucos segundos são necessários para compartilhar algo para um número enorme de pessoas, que pode viralizar em poucos minutos, e esse é um problema enfrentado quando se trata do crime de pornografia de vingança.

Como já dito anteriormente, a maioria das vítimas do pornô de vingança são do sexo feminino e isso se dá pela cultura que ainda se sustenta da objetificação das mulheres, pelas raízes patriarcais e machistas onde os homens se entendem como proprietários dos corpos femininos, e abusam da confiança dada a eles quando tinham relacionamentos afetivos com as vítimas.

A vingança almejada pelos autores do crime quando compartilham o conteúdo é nada mais do que a exteriorização do sentimento de posse, de poder em relação as mulheres que os homens acreditam ter e quando frustrados só pensam em se vingar.

No decorrer do trabalho foi exposto de forma sucinta a contextualização da legislação brasileira referente a crimes digitais, especialmente o de pornografia de vingança. Foram citadas as leis de Acesso à Informação, a comentada Lei Carolina Dieckmann, do Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e por últimos as leis de n. 13.718 e 13.772 de 2018.

Merecem maior destaque as leis n. 13.718 e 13.772 de 2018 que além de outras importantes alterações, tornaram a conduta do de violar a intimidade da mulher ser considerada como violência doméstica e familiar além de criminalizar o pornô de vingança. As mudanças alcançadas através das promulgações dessas novas leis foram de extrema importância no cenário atual, já que os crimes se tornaram ainda mais comuns de uns tempos pra cá. As leis anteriores a essas, por mais que ainda fossem recentes, eram vagas e tinham penas brandas, quase insignificantes visto a gravidade das condutas e dos danos causados as vítimas.

A adoção de leis com penas mais graves é extremamente importante para quem sofre com a divulgação sem autorização de imagens íntimas, porém, além das leis é essencial que ocorra no meio social uma reeducação para o combate aos crimes cibernéticos praticados contra a imagem, privacidade e honra da mulher. É preciso que

se acabe com a cultura do patriarcado, só assim podemos falar em uma verdadeira mudança da sociedade em relação aos direitos e garantias das mulheres, seja na sociedade em si ou no meio virtual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Julie Anne Lopes; BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano. **Análise dos impactos da inserção dos artigos 216-b e 218-c do código penal no direito brasileiro e a pornografia de vingança como forma de violência contra a mulher.** 2020.

Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1655>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovani Celso. **Combate ao crime cibernético doutrina e prática: a visão do delegado de polícia 3.** Rio de Janeiro: Mallet Editora, 2020. 269p.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.**

Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília,

DF, 30 nov. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF, 24 set. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Brasília, DF, 19 dez. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13772.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

DAMIANI, Jessica Regina. **Crimes cibernéticos**. 2019. 55p. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Três Passos, 2019.

DIAS, Adriana Moreira; BORGES, Eduardo Nathan Cordeiro; SANTOS, Zilmária Aires dos. Porno de vingança: revisão sistemática do sistema jurídico brasileiro. **Vertentes do Direito**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, 2020. p. 214-230, jun. 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n1.p214-230>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

FANTÁSTICO; G1. Polícia encontra hackers que roubaram fotos de Carolina Dieckmann. Disponível em: <<http://glo.bo/XNEVtu>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança digital**. Porto Alegre: [s.n.], 2016. 200p.

LOPES, Jackeline Moreira. **O direito humano fundamental à intimidade e os crimes cibernéticos**. 2019. 48p. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário de Anápolis, Direito UniEvangélica, Anápolis, 2019

ROCHA, Renata de Lima Machado; PEDRINHA, Roberta Duboc; OLIVEIRA, Maria Helena Barros de. O tratamento da pornografia de vingança pelo ordenamento jurídico brasileiro. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 43, n. spe4, p. 178-189, dez. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042019000800178&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SYDOW, Spencer Toth; DE CASTRO, Ana Lara Camargo. **Exposição pornográfica não consentida na internet**: da pornografia de vingança

ao lucro. [Coleção Cybercrimes] Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. v. 1.

SYDOW, Spencer Toth. **Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet e as mudanças da Lei n. 13.718/2018**. Disponível em:

<<http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/735571ac-exposic-a-o-pornogra-fica-na-o-consentida-na-internet-e-as-mudanc-as-da-lei-vfinal.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

FEMINICÍDIO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

GABRIELA CALDEIRA DE SOUZA:

Bacharelada em Direito pela
Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

RESUMO: O feminicídio no Brasil acontece numa frequência assustadora e não é à toa que o nosso país está entre os que mais matam mulheres por suas condições de gênero. Esse trabalho busca analisar de forma sucinta a legislação brasileira no que se refere a violência contra as mulheres e violência de gênero dando ênfase na lei do feminicídio, que incluiu o crime no rol das qualificadoras do homicídio no Código Penal Brasileiro. A violência doméstica é o primeiro passo da trágica caminhada que leva mulheres a morte e o feminicídio é o último estágio da violência de gênero contra as mulheres. O sistema patriarcal é o grande vilão causador das mortes de mulheres em âmbito doméstico, pois estas são colocadas em situações vulneráveis e inferiores aos homens. A melhor forma de se combater a violência contra mulheres é a reeducação social em relação ao preconceito e desigualdade de gênero, as escolas e a sociedade devem desconstruir a ideia de tratamento desigual entre homens e mulheres. Além de educar as crianças que são o nosso futuro, é igualmente importante que se faça a reeducação dos agressores para que as mulheres finalmente alcancem uma situação de igualdade e deixem de ser vítimas.

Palavras-chave: Feminicídio; Violência Doméstica; Mulher; Patriarcado.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A CULTURA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 3 LEI MARIA DA PENHA: MECANISMO LEGAL DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 3.1 Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha. 4 FEMINICÍDIO. 4.1 Conceito de Feminicídio e o Código Penal Brasileiro. 4.2 Natureza da Qualificadora. 4.3 Classificações do Feminicídio. 4.3.1 Íntimo. 4.3.2 Não íntimo. 4.3.3 Familiar. 4.3.4 Por conexão. 4.3.5 Infantil. 4.4 Sujeitos do Feminicídio. 4.5 Educação Como Forma de Combate e Prevenção ao Feminicídio. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é resultado das raízes do patriarcado, sistema que se encontra presente no Brasil desde o período de colonização, momento em que ganhou maior força dentro da sociedade brasileira. O feminicídio foi inserido no Código Penal Brasileiro através da Lei 13.104 de 2015 e apesar de agora ser tipificado,

o Brasil ainda continua entre os países com maior número de casos de feminicídio, homicídio de mulheres motivado pela condição de gênero.

A frequência em que se noticiam nas mídias casos de feminicídios deixa claro que é de extrema necessidade que se aborde cada vez mais sobre o tema. Este trabalho é de grande importância, pois, visa dar ênfase no crime de feminicídio, explicando sua natureza, a aplicação da lei e forma de combate do crime.

Neste trabalho serão abordados dentro da temática do feminicídio, as Leis n.º 13.104/2015, 11.340/2006 e o Código Penal Brasileiro, a aplicabilidade da lei do feminicídio, a classificação do crime, os sujeitos e a forma de prevenção do feminicídio como violência de gênero contra as mulheres.

A metodologia utilizada no desenvolvimento deste trabalho será a pesquisa básica, bibliográfica, descritiva e qualitativa, a partir da utilização de materiais já publicados como livros e artigos a fim de produzir um artigo científico sobre o tema.

O objetivo desta pesquisa é apontar, demonstrar os motivos do grande número de casos de feminicídios no Brasil, mesmo diante das leis existentes no direito brasileiro.

2 A CULTURA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O patriarcado é um sistema social em que o poder se encontra na maioria das vezes nas mãos de homens adultos, onde as mulheres e crianças ficam sob sua autoridade e dominação, é o “regime de dominação-exploração das mulheres pelos homens” (SAFFIOTI, 2004, p.44 *apud* GOMES, 2018, p. 4).

Portanto é importante destacar que o patriarcado é um dos grandes motivadores dos casos de feminicídio e violência contra mulheres, pois é a partir dessa estrutura social, que ainda se faz presente no Brasil, que os homens são colocados em condição superior hierárquica e muitas mulheres acabam sendo violentadas e assassinadas.

É por conta do patriarcado que se mantem enraizado na nossa sociedade que os homens continuam se comportando como donos das mulheres que encontram ao seu redor, e entendem ter liberdade para explorar, dominar e até violentar os corpos femininos. Daí que surge a desigualdade e a violência de gênero que resultam em situações fatais.

O sistema patriarcal coloca a mulher em situação de inferioridade, o que a leva muitas vezes a aceitar as violências e ameaças sofridas por achar que não tem o direito de impor suas vontades e seus direitos apenas por sua condição de ser mulher. A maior

parte dos casos de feminicídio acontecem em ambiente doméstico por parceiros ou ex-parceiros das vítimas por motivos fúteis e de forma extremamente violenta.

3 LEI MARIA DA PENHA: MECANISMO LEGAL DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Antes de aprofundar no tema feminicídio é de extrema importância falar sobre violência doméstica contra mulheres, pois a grande parte dos casos de feminicídio acontecem depois de um histórico de violência doméstica. Portanto, para tratar desse assunto devemos falar também da famosa “Lei Maria da Penha”.

A Lei nº. 11.340 de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, é uma lei federal brasileira criada a fim de impedir a violência doméstica contra a mulher e ajustar uma pena adequada aos seus infratores, é a verdadeira luta contra a violência doméstica.

A lei Maria da Penha recebeu este nome em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes mulher que sofreu por mais de 20 anos vários tipos de violência doméstica praticadas na época pelo próprio marido, inclusive tentativa de assassinato, as violências sofridas por ela além de ter gerado danos psicológicos a deixou paraplégica. Ela lutou por anos pela condenação do seu agressor e até hoje luta pelos direitos das mulheres que sofrem todos tipos de agressão.

Violência doméstica é um tipo de violência contra a mulher que ocorre na maior parte das vezes em âmbito doméstico e/ou familiar, se trata de uma das formas de violação dos direitos humanos. Pode ela ser física, psicológica, sexual, patrimonial e até mesmo moral.

A violência doméstica acontece no âmbito familiar e nas relações entre os próprios familiares que possuem grau de parentesco natural, por afinidade ou até mesmo civil.

Antes da criação da Lei Maria da Penha, a violência doméstica era considerada apenas em casos de violência física e esses casos eram julgados em juizados especiais criminais por serem considerados crimes de menor potencial ofensivo.

Hoje em dia a violência doméstica não se trata apenas de violência física, mas sim de todos os tipos de violência doméstica e familiar, seja qualquer ação ou omissão por motivo de gênero que cause morte, sofrimento físico, sexual, psicológico, moral ou até mesmo patrimonial que ocorram no ambiente doméstico, familiar ou qualquer relação íntima que tenha afeto, mesmo que não tenham morado juntos a vítima e o agressor e vale ressaltar ainda, que essas relações independem de orientação sexual, portanto, mesmo sendo a vítima e a agressora do mesmo sexo é possível a aplicação da lei.

A lei Maria da Penha foi um grande passo que o direito brasileiro deu em se tratando de todos tipos de violência contra as mulheres, mas ainda não foi o suficiente para amparar as mulheres que continuavam sendo assassinadas apenas pela sua condição de gênero. Foi a falta de um tratamento adequado para os casos de feminicídio que impulsionou a tardia implementação da Lei nº 13.104/15 “Lei de Feminicídio”, que entrou em vigor apenas no ano de 2015 que alterou o art. 121 do Código Penal “para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos” (BRASIL, 2015).

3.1 Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha

As medidas protetivas são um dos mecanismos criados pela lei Maria da Penha para prevenir e conter casos de violência doméstica, a fim de proteger as mulheres independente de sua classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião (BRASIL, 2006).

De acordo com o Ministério Público do Estado de São Paulo, medidas protetivas de urgência: “São ordens judiciais (determinadas por um/a juiz/a) que proíbem algumas condutas por parte da pessoa que que cometeu a violência e/ou que protegem a mulher, com o objetivo de interromper, diminuir ou evitar que se agrave a situação”.

Segundo inciso III do artigo 12 da lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência serão aplicadas de imediato quando feito o registro da ocorrência a autoridade policial remeter, no prazo de 48 horas expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida ou do Ministério Público (BRASIL, 2006).

As medidas protetivas tem caráter de urgência, portanto o processo deve ser o mais rápido e simples possível:

O expediente deverá estar munido, tão somente, do boletim de ocorrência lavrado na ocasião dos fatos, qualificação da ofendida e do agressor, nome e idade dos dependentes, descrição sucinta dos fatos e das medidas protetivas pretendidas pela vítima (art. 12 da Lei 11.340/2006), sendo dispensável, nessa fase de cognição sumária, demais documentos que demonstrem com mais clareza a veracidade das alegações (MARTINI, 2009, p. 37).

As medidas protetivas podem ser encontradas nos artigos 22 a 24 da Lei Maria da Penha e indicam ações que obrigam o agressor e que protegem a vítima e seus dependentes.

Entre as medidas previstas na lei que obrigam o agressor estão o afastamento da convivência com a vítima e de seus familiares, a proibição da aproximação dos mesmos com limite de distância, a suspensão da posse ou porte de armas, suspensão das visitas quando tem filhos menores com a vítima, prestação de alimentos, a proibição de frequentar alguns lugares determinados, a participação do agente a programas de recuperação e reeducação e grupos de apoio. Além das previstas na lei, podem ser determinadas outras medidas para assegurar a dignidade e segurança da ofendida.

Por outro lado, os artigos 23 e 24 visam a proteção da ofendida:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. (Incluído pela Lei nº 13.882, de 2019)

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida (BRASIL, 2006).

É importante destacar que o rol de medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha é meramente exemplificativo, pois se for necessário o juiz poderá aplicar as medidas previstas ou outras eventualmente necessárias e ele pode inclusive aplicar mais de uma medida protetiva simultaneamente (CAMPOS, 2011).

O descumprimento pelo agressor das medidas protetivas configura crime e cabe pena privativa de liberdade de detenção, de 3 meses a 2 anos (BRASIL, 2006).

A lei nº 11.340 de 2006 oferece proteção às vítimas de violência doméstica e de forma indireta acaba auxiliando no combate ao feminicídio visto que o feminicídio íntimo e familiar acontece no ambiente doméstico e sucede agressões físicas, sexuais, psicológicas, morais e patrimoniais.

4 FEMINICÍDIO

4.1 Conceito de Feminicídio e o Código Penal Brasileiro

Recebeu o nome de feminicídio o assassinato de mulheres em contextos de desigualdade de gênero (GALVÃO, 2017).

Feminicídio é o homicídio doloso praticado contra mulher por sua condição de gênero. A origem do conceito de feminicídio foi proposto por Diana E. H. Russell, escritora e ativista feminista, que utilizou o termo pela primeira vez em 1976, em um depoimento para o Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres, em Bruxelas para caracterizar o crime de assassinato de mulheres por serem do sexo feminino. A partir daí, aos poucos, a expressão passou a ser popularizada e mais utilizada para se tratar de assassinatos contra mulheres.

No direito penal brasileiro o termo feminicídio foi acrescentado no Código Penal, pela Lei nº 13.104 de 9 de março de 2015, chamada de Lei do Feminicídio, que incluiu no parágrafo 2º do artigo 121, entre as qualificadoras do crime de homicídio o inciso VI que tipifica o crime de feminicídio.

Feminicídio então, segundo o Código Penal é "o assassinato cometido contra uma mulher, por razões da condição de sexo feminino" (BRASIL, 1940). O parágrafo 2-A ainda delimita que se entende por "condição do sexo feminino" quando o crime

envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015).

É importante salientar que nem todos assassinatos que tem como vítima mulheres são casos de feminicídio, pois não são todos que tem o objetivo de matar por condição de gênero (GALVÃO, 2017). Isso significa que para enquadrar-se como feminicídio não basta que a vítima do homicídio seja uma mulher, o motivo deve ser pela condição do sexo feminino da mesma.

A lei nº 13.104 de 2015 também reconheceu aumento de pena do crime de feminicídio se o crime for praticado durante a gestação ou nos 3 meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência e se praticado na presença de descendente ou de ascendente da vítima (BRASIL, 2015).

Além do mencionado, a lei do feminicídio alterou o artigo 1º da Lei nº 8.072 de 1990 para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Portanto é julgado em Tribunal de Júri e tem como pena a reclusão de 12 a 30 anos.

4.2 Natureza da Qualificadora

Há uma divergência entre doutrinadores e jurisprudência quanto a natureza da qualificadora do feminicídio, parte entende ter caráter objetivo e outra subjetivo.

Para alguns autores, a qualificadora possui elementos objetivos:

Trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher [...] Não aquiescemos 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 porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes. Não se descarta, por óbvio, a possibilidade de o homem matar a mulher por questões de misoginia ou violência doméstica; mesmo assim, a violência doméstica e a misoginia proporcionam aos homens o prazer de espancar e matar a mulher, porque esta é fisicamente mais fraca. É o que se chama de violência de gênero, o que nos parece objetivo – e não subjetivo. Basta verificar processo por processo de agressão à mulher: o marido matou a esposa porque se casou com uma mulher? Não, ele se sente encorajado em matá-la, porque se sente superior e ela o traiu com outra pessoa. Não

sabe resolver o assunto com civilidade, na esfera civil (NUCCI, 2019, p.126).

Ainda falando sobre a natureza objetiva da qualificadora:

Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo. Exemplificando, pode-se matar a mulher, no ambiente doméstico, por motivo fútil (em virtude de uma banal discussão entre marido e esposa), incidindo duas qualificadoras: ser mulher e haver motivo fútil. Essa é a real proteção à mulher, com a inserção do feminicídio (NUCCI, 2019, p. 127).

Para eles a qualificadora é objetiva, porém, com possibilidade de junto ter circunstâncias de caráter subjetivo.

Por outro lado, existem os autores que defendem que a natureza da qualificadora do feminicídio é subjetiva pois tem motivos e fundamentos absolutamente íntimos, que o agente necessita de forma imprescindível carregar para assassinar uma mulher, correspondendo com as condições de gênero ligados a violência doméstica e familiar ou discriminação à condição de mulher (CIELO, 2019).

Para outros, como Rogério Sanches Cunha (2015), Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (2015, p. 21), não há como se pensar em feminicídio de natureza objetiva, caracterizando a qualificadora como de natureza subjetiva em sua totalidade (MESSIAS; CARMO; ALMEIDA, 2020, p. 3).

Neste sentido:

[...] para Fernando Capez e Estela Prado, a qualificadora do feminicídio é constituída da natureza subjetiva, em virtude dos motivos determinantes associados a condição do sexo feminino relacionados a ação delituosa. Por isto, “todo feminicídio é espécie do gênero homicídio doloso qualificado”³⁹ e por ser crime doloso contra a vida deverá seguir o trâmite de pronúncia – caso por assim entenda o magistrado – e, posteriormente, o rito do Tribunal do Júri (CIELO, 2019).

Portanto, vale ressaltar que mesmo diante das divergências de posicionamentos, qualificadoras de natureza subjetiva não convivem entre si e podem ser aplicadas simultaneamente apenas com qualificadoras de natureza objetiva e assim, as causas de diminuição de pena de natureza subjetiva só podem incidir em

casos de crimes com qualificadoras de ordem objetiva (MESSIAS; CARMO; ALMEIDA, 2020).

4.3 Classificações do Femicídio

Com o intuito de facilitar a identificação dos casos de feminicídio, o crime recebeu diversas classificações de formas que podem ser efetuadas, adaptando a diferentes realidades das vítimas no Brasil. Entre as modalidades mais comuns estão o feminicídio íntimo, o não íntimo, familiar, por conexão e o infantil.

4.3.1 Íntimo

A primeira e mais comum espécie de feminicídio é o íntimo, que ocorre quando a vítima e o agente tinham ou tenham tido relações íntimas, podendo ser ele: marido, ex-marido, companheiro, namorado, ex-namorado, amante ou pode ser até um amigo ou conhecido que teve uma relação íntima sentimental ou sexual negada pela vítima (GALVÃO, 2017).

4.3.2 Não íntimo

O feminicídio não íntimo é aquele que a vítima e o assassino são desconhecidos ou então que não possuam nenhum tipo de relação íntima ou de convivência. Como por exemplo o caso de uma violência sexual que acaba em um assassinato de uma mulher por um homem completamente desconhecido ou no caso do vizinho que mata sua vizinha sem ter nenhum tipo de relação com ela (GALVÃO, 2017).

4.3.3 Familiar

Nessa modalidade o assassino é um familiar da vítima, tem alguma relação de parentesco, considerando até mesmo em caso de afinidade ou adoção (GALVÃO, 2017).

4.3.4 Por conexão

Acontece o feminicídio por conexão quando a pessoa assassinada não era o alvo inicial, porém foi morta por estar na linha de fogo, no mesmo local onde o assassino matou ou tentou tirar a vida de outra mulher. (GALVÃO, 2017) A vítima nesse caso, foi assassinada por tentar ou não intervir para evitar o feminicídio contra uma mulher.

4.3.5 Infantil

Nesse caso a vítima é menina menor de 14 anos de idade e o assassino a matou no âmbito de relação de responsabilidade, confiança ou poder de adulto sobre a menina (GALVÃO, 2017).

4.4 Sujeitos do Femicídio

No crime de feminicídio existem o sujeito ativo e o sujeito passivo. O passivo é a vítima, figura feminina, e o sujeito ativo é o criminoso, o assassino que comumente é do sexo masculino, mas que pode também ser do mesmo sexo da vítima.

A vítima do crime configura o polo passivo, é a mulher assassinada. Aqui gênero da vítima deve ser feminino, visto que se trata de feminicídio pois se for de outro gênero o crime será o de homicídio simples "Art. 121. Matar alguém Pena - reclusão, de seis a vinte anos" (BRASIL, 1940).

Em questão ao polo passivo, existem duas principais correntes que discutem o termo "sexo feminino" utilizado no texto da lei. A primeira corrente defende que o termo é fator biológico, já a segunda corrente afirma que se trata de fator jurídico, determinado pelos documentos e a cirurgia de alteração do sexo da vítima (MESSIAS; CARMO; ALMEIDA, 2020).

Adentrando a primeira teoria, que se caracteriza pelo conservadorismo representado pelo binarismo sexual, tem-se que sexo, por mais polêmica que seja a discussão, é dado biológico, dividido em feminino e masculino e, ainda, em casos raros, intersexuais ou hermafroditas, que nascem com duas genitálias, feminina e masculina, porém uma predominante. Para essa corrente, o texto legal é límpido no sentido de abranger somente mulheres cis e afastar a aplicação às mulheres transexuais [...] para tal corrente doutrinária, a extensão da aplicação da qualificadora do Art. 121, §2º, inciso VI c.c §2º-A, inciso II, do Código Penal brasileiro, às mulheres trans ofenderiam os princípios basilares inerentes ao direito penal, consistentes na estrita legalidade, taxatividade e vedação à analogia in malam partem e, por tal motivo, sua extensão seria meramente impossível, uma vez que, em brevíssima síntese, a conduta praticada pelo agente deve se enquadrar perfeitamente à conduta tipificada como crime, inibindo a aplicação de analogia em prejuízo do réu. (MESSIAS; CARMO; ALMEIDA, 2020, p. 6).

Os defensores da segunda corrente, por outro lado, buscam olhar a realidade que vivemos nos dias atuais e entendem que a mulher trans pode sim figurar no polo passivo do crime de feminicídio, basta ter efetuado a mudança de sexo e dos seus

documentos de registro civis. Nesse sentido sobre a possibilidade da interpretação por extensão da qualificadora às mulheres trans:

É inegável a necessidade da Lei do Femicídio ser aplicada para as mulheres transexuais, vez que foi criada para reduzir o alto índice de violência contra a mulher, do qual também sofrem as “mulheres cis” (mulheres que têm identidade de gênero e sexo biológico feminino), assim como as “mulheres trans” (mulheres com sexo biológico masculino e identidade de gênero feminina), as quais podem igualmente figurar como sujeitos passivos, ao serem vitimadas pela reprodução do modelo de violência machista (SOUZA; BARROS, 2016, p. 269 *apud* MESSIAS; CARMO; ALMEIDA, 2020, p. 6).

Seguindo essa linha de pensamento:

Nesse mérito, a interpretação jurídica deve ser conduzida pela dignidade da pessoa humana, com fundamento no Art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, de maneira a contemplar os direitos fundamentais à vida digna de ser vivida, à inviolabilidade da honra, da vida privada e da imagem da pessoa humana, previstos, respectivamente, no Art. 5º, caput e inciso X da Constituição Federal de 1988, de forma a incluir a mulher transexual como agente passivo da qualificadora (MESSIAS; CARMO; ALMEIDA, 2020, p. 6).

No polo ativo do crime de feminicídio se encontra o autor do delito, quem assassinou uma mulher motivado pela condição do sexo feminino. Pouco importa o sexo do autor do crime, que pode ser homem ou mulher e o agente pode ter ou não relação íntima com a vítima.

4.5 Educação Como Forma de Combate e Prevenção ao Femicídio

Mesmo após a criação da lei do Femicídio que criminaliza a conduta de assassinar mulher pela condição do sexo feminino, os números e registros de casos de feminicídio no Brasil continuam aumentando e este cenário é preocupante.

Para evitar o feminicídio é preciso que primeiro torne efetivo os direitos já existentes, implementando serviços, capacitações, produções de dados e monitoramento e recomendações que indiquem melhores caminhos para proteger a vida das mulheres (GALVÃO, 2017).

Visibilizar e reconhecer as relações de poder desiguais que vulnerabilizam a condição feminina e o contexto

discriminatório que permeia as violências é ponto essencial. “O combate à impunidade é importante, mas é insuficiente. É preciso investir na educação e na comunicação social, pois precisamos construir espaços de discussão da violência de gênero e de socialização para uma sociedade menos violenta. Sem isso, não vamos conseguir mudar essa realidade”, defende Izabel Solyszko Gomes, doutora em Serviço Social e docente na Universidad Externado de Colombia (GALVÃO, 2017, p. 97).

É importante que se invista em educação, pois a educação auxilia tanto na construção quanto na desconstrução dos padrões enraizados na sociedade. Por exemplo, com a educação é possível aos poucos ir mudando a cultura patriarcal que como já foi dito é um dos principais motivadores da violência contra a mulher:

O que se percebe, por todo o exposto, é que não basta apenas criar legislações que prevejam punições severas aos agressores. Precisa-se, mais do que isso, de reeducar o agressor e a sociedade de modo geral para que haja a necessária “mudança social” em que a mulher não mais precise ocupar o papel de vítima (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2018 *apud* SILVA, M. C. G., 2020, p. 50).

Silva et al (2020, p. 50) sobre a prevenção do feminicídio afirma: “o ponto crucial, portanto, que deve ser focado para que haja sua modificação, é na questão da construção de uma cultura de prevenção da violência contra a mulher”.

A educação no âmbito familiar e nas escolas é de grande relevância ao se tratar de prevenção de crimes como o feminicídio:

Cabe às escolas potencializar a promoção de igualdade e problematizar a desconstrução do sexismo, preconceito e desigualdade, e a figura do professor é fundamental para esse processo [...] sendo assim, é de extrema importância a necessidade de capacitações e treinamentos para o corpo escolar, afim de que as intervenções e práticas se distanciem ao máximo da reprodução de discursos do patriarcado. No mais, as escolas precisam ser os espaços de desconstrução, assim como as famílias, e repensar em estratégias de mudança faz parte e é responsabilidade de todos que são atingidos pelos estilhaços do patriarcado (SILVA et al., 2020, p. 9).

Portanto, mesmo diante das relevantes conquistas alcançadas pelas mulheres como legislações específicas, decretos, ainda há uma longa caminhada em direção ao

fim da cultura da violência contra mulheres e só se alcançará por meio da educação e conscientização que busca acabar com o machismo e a misoginia na sociedade, difundindo então o respeito e igualdade de gênero (MESSIAS, CARMO; ALMEIDA, 2020).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O feminicídio é a última e mais grave espécie de violência de gênero que a mulher pode sofrer. A cada momento em que uma mulher é vítima de feminicídio a sociedade no geral dá um passo para trás e o sistema patriarcal e machista se mantém mais presente e forte, visto que o patriarcado é o que estrutura a desigualdade de gênero que acaba por desencadear a tão falada violência de gênero.

A criação da lei do Feminicídio foi um marco importante no direito penal Brasileiro, que após muita pressão internacional e por grupos feministas, passou a tratar a conduta de matar uma mulher por sua condição de gênero como qualificadora do crime de homicídio, porém, não foi o suficiente para acabar ou pelo menos diminuir a ocorrência do crime, levando em conta que no Brasil, os casos continuam aumentando.

O desenrolar do trabalho trouxe à tona a importância de Lei Maria da Penha que é uma possível forma de prevenir o assassinato de mulheres em âmbito doméstico, já que a partir das medidas protetivas é possível dificultar que o feminicídio venha a se consumar, levando em conta que a maioria das mulheres vítimas do feminicídio são mortas em seus lares, por seus companheiros íntimos ou que já tiveram relações íntimas de afeto.

A educação, como já foi dito, é a figura principal quando se fala de prevenção de feminicídio pois é necessário quebrar, romper a ideia do patriarcado, e isso só é possível através da reeducação social.

A lei do Feminicídio é falha no ponto de que não há nenhuma previsão quanto as vítimas, somente punição caso o crime venha a acontecer. Diferente da lei Maria da Penha, na lei do feminicídio não é possível identificar medidas que visam proteger e impedir as mortes das mulheres, talvez essa seja uma possível brecha para futuramente o poder legislativo brasileiro criar leis que melhor atendam às vítimas sejam elas mulheres biológicas ou não, como nos casos das mulheres trans.

Somente tratando as raízes do problema que é possível alcançar resultados positivos e reais acerca do feminicídio. É preciso desde a infância, acabar com a ideia de preconceito, de inferioridade contra as meninas e mulheres, só assim podemos pensar na erradicação do feminicídio e da violência contra a mulher, pois apesar das

conquistas alcançadas, as leis não são suficientes para acabar com a problemática cultura de violência contra mulheres no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF, 9 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

CAMPOS, Carmen Hein. **Lei Maria da Penha:** comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 375p.

CIELO, Giovanna Marciano. **O combate à violência de gênero pela criminalização do feminicídio.** 2019. 102p. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Curitiba, Faculdade de Direito de Curitiba, Curitiba, 2019.

GALVÃO, Patrícia. **Feminicídio: #InvisibilidadeMata.** São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2017. 183p.

GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídios: um longo debate. **Rev. Estud. Fem.,** Florianópolis, v. 26, n. 2, e39651, nov. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2018000200201&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 nov. 2020.

MARTINI, Thiara. **A lei Maria da Penha e as medidas de proteção à mulher**. 2009. 66p. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURS, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2009.

MEDIDAS Protetivas de Urgência na Lei Maria da Penha. **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**. São Paulo, 2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia_Domestica/O_que_voce_precisa_saber/Mulheres_adultas/vd_mais/medidas_protetivas#conteudo>. Acesso em: 24 nov. 2020.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; CARMO, Valter Moura do; ALMEIDA, Victória Martins de. Femicídio: sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 28, n. 1, e60946, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ref/v28n1/1806-9584-ref-28-01-e60946.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2.

SILVA, E. O. et al. O patriarcado como um fator de risco criminal: uma breve análise do comportamento do agressor no feminicídio. **Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública**, Pombal, v. 8, n. 2, 2020. Disponível em: <<https://gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/7904>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SILVA, Manuela Cristina Góis e. **A lei de feminicídio como instrumento de enfrentamento à violência doméstica**. 2020. 61p. Monografia (Bacharel em Direito) – Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC, Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito, Itabirito, 2020.

REESTRUTURAÇÃO DA POLÍCIA NO BRASIL

ALEX CAMPOS LINS: Graduado em Gestão Pública; Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA/Manaus

RESUMO: O presente artigo teve por objetivo desestimular o modelo arcaico, burocrático e com sistema atávico, bem como comparar o sistema de segurança pública no Brasil com outros países que utilizam o modelo ciclo completo e apresentar as vantagens da aplicação do novo modelo – efetividade, celeridade e economicidade procedimental. **Problema:** Deve-se permanecer com um sistema falido de Segurança Pública, moroso, sobrecarregado e que acarreta em uma má gestão e caminha para uma crise ou reestruturá-lo utilizando ferramentas atuais formulando um quadro de carreira única que trabalhe em um ciclo completo, ingressando o profissional pela base e obtendo promoções funcionais meritocráticas? **Metodologia:** buscas em bancos de produção acadêmica nacionais e internacionais de acesso gratuito na internet, consulta em legislações vigentes e projetos de emendas constitucionais, relatórios e fóruns que tratam da segurança pública no Brasil. **Resultado:** As questões administrativas e burocráticas apesar de parecerem um problema interno das polícias, afetam a sociedade como um todo. Demandas acumuladas e profissionais desestimulados e, muitas vezes, sobrecarregados, logo percebe-se a importância da atualização do sistema de segurança pública.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Segurança Pública. Reestruturação. Princípios. Ciclo completo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contexto histórico do Sistema de Segurança Pública no Brasil 2.1 Surgimento do Sistema de Segurança Pública 2.2 Como funciona hoje? Estrutura hierarquizada, cargos por concurso, falta de experiência e acúmulo de procedimentos administrativos. 3. Resultados do Sistema de Segurança Pública adotado no Brasil 3.1 Comparativo de dados do Sistema de Segurança Pública do Brasil com os EUA 3.2 Diagnóstico da Segurança Pública no Brasil. 4. As vantagens da aplicação do novo sistema (carreira única/ meritocracia e experiência) 4.1 Efetividade 4.2 Celeridade 4.3 Economicidade procedimental. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Intendência Geral de Polícia, surgiu na colônia brasileira por volta de 1808, com a chegada do Príncipe Regente Dom João e a Corte Portuguesa, ela era formada por um grupo único e tinha como objetivo inicial a proteção da Família Real dos ataques criminosos. Contudo, o aumento populacional fez surgir a necessidade da

manutenção da ordem pública dentro dessa sociedade em formação e por uma força militar que fosse permanente, assim cada província começou a instituir corpos policiais, sendo a primeira Minas Gerais (1811), Pará (1820), Bahia e Pernambuco (1825) e outros subsequentes.

Assim, a evolução do sistema de segurança pública no Brasil adotou o chamado ciclo incompleto que está presente até os dias atuais. Trata-se de um sistema superlotado de agentes, ultrapassado e que necessita de uma reestruturação adequada ao que vivemos atualmente.

Portanto, deve-se permanecer com um sistema falido de Segurança Pública, moroso, sobrecarregado e que acarreta uma má gestão e caminha para uma crise ou reestruturá-lo utilizando ferramentas atuais formulando um quadro de carreira única que trabalhe em um ciclo completo, ingressando o profissional pela base e obtendo promoções funcionais meritocráticas?

Assim, o presente trabalho tem como objetivo debater de que forma o sistema pode ser reestruturado para se adequar a realidade do país, acabando com a centralização de funções, comparar o sistema de segurança pública dos EUA que utiliza o modelo moderno de carreira única com o sistema do Brasil e explicitar como tal sistema acarreta a economicidade e celeridade procedimental, além da efetividade na resolução de crimes.

2. Contexto histórico do Sistema de Segurança Pública no Brasil

2.1 Surgimento

No início do século XV, as funções das forças de segurança eram definidas pela Corte Real. A Intendência Geral da Polícia da Corte e do Estado do Brasil desempenhava a função de polícia judiciária, estabelecia punições, fiscalizava o cumprimento das mesmas e também era responsável pelos serviços públicos como abastecimento de água, obras urbanas, iluminação e outros serviços urbanos da cidade (MARCINEIRO e PACHECO, 2005). Em contrapartida, a Divisão Militar da Guarda Real de Polícia era a força policial que atuava em tempo integral, constituída no modelo militar e subordinada ao Ministério da Guerra e a Intendência de Polícia tinha como atividade capturar os escravos, desordeiros e criminosos e patrulhar para reprimir as ações de contrabando.

Após a Independência do Brasil em 1822, a Guarda Real atuou no espaço da defesa interna e da segurança nacional e, nesse momento, a segurança do indivíduo ainda era confundida com a segurança nacional.

Em 1964, o Brasil vivia uma completa falta de democracia, com censuras, perseguições políticas aos que se opunham ao regime ditatorial da época. A liberdade

era restrita, tendo em vista os conflitos políticos e sociais. Assim, as Forças Armadas tinham como principal função reprimir a sociedade para preservar a ordem e objetivos nacionais do momento. As Polícias Militares eram comandadas por oficiais do Exército, que passaram adiante os valores das Forças Armadas.

Nesse contexto, o Brasil adquiriu, nas raízes do sistema de segurança pública, um colaborador do período ditatorial, ou seja, uma polícia repressora que priorizava a segurança nacional, desfavorecendo a segurança pública e se inserindo num contexto negativo diante da sociedade brasileira.

2.2 Como funciona hoje? Estrutura hierarquizada, cargos por concurso, falta de experiência e acúmulo de procedimentos administrativos

Com a Constituição Cidadã de 1988 veio a inovação em diferentes ramos da sociedade, a forma de interpretar os ideais do povo e como imprimi-los nesse novo contexto social.

Não foi diferente para a área da segurança, o resguardo à ordem pública e a prevenção da violência se tornaram atribuições das instituições policiais, os estados passaram a ter maior autonomia para conduzir a política de segurança, descentralizando o poder. Vejamos o Art. 144 da Constituição Federal de 1988:

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.

Dentro da Administração Pública, a segurança pública se organizou em níveis hierárquicos, estruturada a partir da criação de cargos em carreiras e com atribuições fixadas em lei.

Contudo, esse modelo tende a colocar no ápice hierárquico profissionais que, apesar do conhecimento técnico, não possuem experiência e prática no âmbito em que atuarão. Assim, para executar seus cargos, precisam delegar ou terem suporte de

servidores em cargos e, conseqüentemente, vencimentos inferiores, porém com maior experiência.

Por óbvio, nesse sistema ocorrem duas principais situações: sobrecarga no serviço de quem não teria determinada função e/ou o acúmulo de procedimentos administrativos gerados pela inexperiência de quem acabou de ingressar no sistema e não sabe como fazer fluir essas cargas.

Apesar dos cargos demandarem profundo conhecimento jurídico para deliberar acerca de determinada tipificação criminal, a verificação da (in) existência de situação flagrancial, a escolha do procedimento correto para formalização da ocorrência, checagem da (in) legalidade das circunstâncias da prisão, das provas produzidas, do uso de algemas, (des) necessidade de apreensão de bens, (in) concessão de fiança, prerrogativas e imunidades de determinadas pessoas, concurso entre crimes, cumulação de penas, além de outras questões, também demandam do policial profundo conhecimento não apenas da legislação, mas da jurisprudência e das situações práticas do dia-a-dia o que só é possível com a experiência cotidiana.

Por isso, temos o exemplo da Polícia Rodoviária Federal, que funciona em carreira única, onde o ingresso a partir de concurso público permanece seguindo a previsão constitucional, porém o que determina o crescimento dentro da carreira é o tempo de desempenho na função. De acordo com o senador Randolfe Rodrigues (Agência Senado, 2018), sobre esta temática, “a carreira única é a forma em que estão estruturadas as instituições policiais de referência no mundo, como o FBI (Federal Bureau of Investigation) norte-americano e a própria Polícia Rodoviária Federal brasileira”.

Apesar de o modelo adotado pelo Brasil ser o *civil law*, há um notório fortalecimento dos precedentes judiciais, impondo, portanto, a necessidade de um acompanhamento atualizado dos entendimentos dos tribunais superiores aplicados àquelas situações corriqueiras na prática jurídica policial.

De acordo com a Agência Senado, está em pauta de votação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 73/2013, que prevê a união das atividades no cargo de servidores policiais federais. O texto estabelece que servidores prestarão concurso público unificado e seriam lotados nas unidades da PF de acordo com suas habilidades e áreas de formação. Prevê também a possibilidade de crescimento dentro da carreira única por meio de promoção e progressão funcional a serem estabelecidas em lei. A medida passaria a valer imediatamente à publicação da lei, atingindo inclusive os concursos públicos cujos editais foram publicados a partir da sua entrada em vigor, mas preservando os atuais servidores policiais federais que não optarem pelo reenquadramento na nova carreira única.

As PEC's 102/2011, 40/2012, 19/2013 e 51/2013 tramitaram na mesma casa com esse mesmo sentido, contudo foram paradas pela força que autoridades policiais com influência suficiente para não deixar que um projeto de tão grande dimensão e que afetaria a estrutura hierarquizada e arcaica viesse a sofrer mudanças.

As estatísticas mais representativas mostram que o Brasil continua estacionado na faixa dos 25 a 27 homicídios dolosos por 100 mil habitantes. Em termos absolutos, os 60 mil casos por ano correspondem a uma nada honroso primeiro lugar mundial. Temos também a maior população carcerária do mundo (e a que mais cresce), com aproximadamente 540 mil presos; e, ao mesmo tempo, elevada impunidade (com uma média de 8% dos homicídios dolosos investigados com êxito). Os dados apontam para um grave problema estrutural, que precisa ser colocado em evidência e discutido com cautela pelas autoridades superiores sem interesse direto na causa, mas nas consequências positivas da possível alteração para carreira única, com foco e eficiência nas demandas sociais.

3. Resultados do Sistema de Segurança Pública adotado no Brasil

3.1 Comparativo do Sistema de Segurança Pública dos Estados Unidos com o Brasil

É bastante significativo o número de instituições e indivíduos atuando em prol da manutenção da lei e da ordem nos Estados Unidos da América (EUA). Em todos os níveis de organização política norte-americana (município, condado, estado e federação), existem organizações de natureza policial, afora os departamentos autônomos e que atuam em áreas específicas da segurança pública (conjuntos residenciais, ferrovias, sistemas metropolitanos, aeroportos, etc.).

Nos EUA existem mais de 17.000 agências policiais, servidas por um contingente de recursos humanos superior a 900 mil indivíduos. A operação total desse "sistema" importa num gasto superior a 44 bilhões de dólares anuais. Nos últimos 20 anos, as despesas com a segurança pública norte-americana, em todos níveis, quadruplicaram.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019 se baseia em informações fornecidas pelas secretarias de segurança pública estaduais, pelo Tesouro Nacional, pelas polícias civis, militares e federal, entre outras fontes oficiais da Segurança Pública e aponta para um financiamento da política de segurança em 2019 por volta de 91 bilhões, ou seja, uma média muito maior do que o que é investido nos Estados Unidos e com uma eficiência, infinitamente, menor no número de casos e população carcerária, sem contar com os casos de homicídios dolosos investigados e não punidos.

Entre os principais problemas enfrentados pelos departamentos de polícia dos EUA, três grandes áreas temáticas concentram a maioria deles: administração,

operações e questões político-sociais. Entre os problemas administrativos, sobressaem as questões relativas a orçamento e despesa. Na área de operações há um empenho generalizado das polícias norte-americanas para realizar o controle da criminalidade e alcançar seu objetivo principal: a qualidade da segurança da população e consequente qualidade de vida. Para isso, utilizam-se de um constante processo de criação e implementação de programas de policiamento para encontrar novas respostas às novas formas do crime se apresentar, atualizando-se conforme o processo evolutivo da sociedade e da real necessidade de combate a marginalização.

No âmbito político-social, os departamentos de polícia norte-americanos enfrentam as mais diversas situações de impacto na segurança pública, desafios muito parecidos com os observados no Brasil: parte da população vivendo em extrema pobreza, aumento populacional, diminuição de espaço demográfico, tráfico de drogas, alcoolismo, violência doméstica, violência sexual, questões que impactam diretamente na segurança pública e defesa da sociedade.

A forma de organização das guarnições policiais nos EUA, geralmente em dois indivíduos que ficam sempre empenhados na atividade fim, porém bem-preparados e equipados para qualquer intercorrência, ou seja, ao mesmo tempo que há economia na quantidade de policiais para determinada demanda, em contrapartida há um investimento em preparo físico, psicológico e tecnológico do agente.

3.2 Diagnóstico da Segurança Pública no Brasil

A “Comissão Especial de Estudo Unificação das Polícias Cíveis e Militares” criada no âmbito da Câmara dos Deputados em 2015 percorreu diversos países do mundo (Alemanha, Itália, França, Estados Unidos, Canadá, Áustria, Chile, Colômbia e Japão) com a finalidade de estudar as estruturas e modelos de polícia utilizados, além de realizar diversas audiências públicas e seminários no Brasil, e, em seu relatório final apresentado em julho de 2018 apontou para a necessidade urgente de modificações na Constituição Federal brasileira, para estabelecer um novo modelo de Polícia para o Brasil e que contemple os seguintes conceitos, dentre outros: carreira única, adoção do ciclo completo, criação da escola nacional de segurança pública para unificação nacional da doutrina policial, organização com base na hierarquia e na disciplina, valorização dos princípios de polícia comunitária, orientada para o fortalecimento da confiança entre a polícia e a sociedade, formação inicial unificada, desvinculação total das forças armadas, etc.

4. As vantagens da aplicação do novo sistema (carreira única/ meritocracia e experiência) – Efetividade, celeridade e economicidade procedimental

4.1 Efetividade

O art. 37 da CF de 1988 já positivava a necessidade de o Estado - e, portanto, o Poder Judiciário - atuar de forma eficiente em seus atos. Trata-se da consagração do princípio da eficiência, o qual guarda íntima relação com a noção de efetividade processual. A lei 9.784/99, em seu art. 2º, caput, igualmente faz referência ao princípio da eficiência como sendo um dos que regem o processo administrativo. Indubitavelmente, o princípio da eficiência, que rege a atuação da administração pública, apresenta estreita e íntima ligação com o princípio da efetividade processual; pois o Poder Judiciário (art. 93 da CF de 1988), como ente do Estado que concentra o exercício da jurisdição, deve pautar seus atos com observância das diretrizes que estão consagradas no art. 37 da CF de 1988.

A noção de efetividade processual está presente no conceito ligado ao princípio da eficiência, podendo-se dizer que cabe ao Poder Judiciário se organizar da forma mais adequada para garantir que a tutela jurisdicional possa ser conferida ao titular do direito material de maneira oportuna, econômica e tempestiva; tudo de modo a se garantir que a resolução de conflitos não se limite apenas à prolação de uma sentença judicial, mas sim que possa efetivamente realizar o direito devido ao seu titular e formalmente reconhecido em decisão proferida no processo.

Desta forma, pode-se inferir que a eficiência está intimamente ligada ao serviço público, ainda mais se o assunto em pauta for a segurança do cidadão. Devendo ser buscada em todos os setores da Administração Pública, para que aquele que busca a tutela do Estado encontre resposta justa, eficiente e de acordo com o que a ética, moral e bons costumes regem. Portanto, estruturar a o sistema de segurança pública traz como consequência o desacumulo de procedimentos administrativos centralizados apenas em uma função, bem como torna o processo em si mais célere e traz uma resposta em menor tempo ao cidadão.

4.2 Celeridade

Celeridade, o contrário de lentidão, agir com rapidez, velocidade. Exigir que os procedimentos, processos, as demandas judiciais ocorram de forma rápida não garante sua eficiência, isso é fato, mas como traz a máxima de Rui Barbosa "A justiça atrasada não é justiça; senão injusta qualificada e manifesta". Assim, a justiça que é apenas rápida pode também não ser justa.

O princípio da celeridade processual foi introduzido expressamente no rol dos direitos fundamentais da Constituição da República de 1988 por intermédio da Emenda à Constituição nº. 45, de 8 de dezembro de 2004:

Art. 5º - ... LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do

processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O que se espera com a carreira única, além da eficiência já apontada em tópico anterior é que a resposta também venha em tempo hábil. Vejamos que se aquele que está à frente de um procedimento administrativo, seja este uma verificação de procedência da informação, um inquérito policial, um requerimento ou qualquer ação que requeira um conhecimento técnico, este será mais justo se já tiver um conhecimento prático prévio de tal situação, tendo uma maior chance de dar um retorno eficiência em tempo hábil para satisfazer as necessidades sociais e não se deixar acumular bagatelas de trabalho que sobrecarregam o sistema e o servidor.

4.3 Economicidade procedimental

Por óbvio, um procedimento administrativo que anda mais rápido, chega à justiça ou se esgota na delegacia também em tempo menor, economizando não apenas recursos internos, como desafogando o Poder Judiciário que se encontra abarrotado de processos.

Segundo Humberto Ávila, a eficiência do procedimento está intimamente ligada a economia processual, vejamos:

“Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória e os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige muito mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriamente na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à Administração Pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim. Essa interpretação remete-nos a dois modos de consideração do custo administrativo: a um modo absoluto, no sentido de que a opção menos custosa deve ser adotada, indiferente se outras alternativas, apesar de mais custosas, apresentam outras vantagens; a um modo relativo, no sentido de que

a opção menos custosa deve ser adotada somente se as vantagens proporcionadas por outras opções não superarem o benefício financeiro” (ÁVILA, 2003, P. 127).

Fazzalari entende o procedimento como uma estrutura técnica normativa de atos jurídicos coordenados em sequência, os quais se desenvolvem pelo biênio tempo-espço, de acordo com o modelo legal, em que o ato antecedente é o pressuposto para a realização do ato seguinte e assim, sucessivamente, até que se chegue ao procedimento final. Sobre a definição fazzalariana, anota Helena Guimarães Barreto:

Em razão disso, a existência do provimento final (ato que encerra o procedimento), bem como sua validade e eficácia, depende da observância dessa estrutura técnica normativa, daí a afirmação de que o procedimento é a estrutura técnica preparatória do provimento.

O princípio da economia processual encontra-se referido, na Lei 9.099/95, especialmente nos artigos 13 e 17, parágrafo único, vejamos o que nos diz o artigo 13:

Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.

Resta clara a intenção do legislador em prestigiar a celeridade, economia processual e instrumentalidade das formas. Ele deseja que o litígio seja solucionado de forma rápida e eficaz, tanto que fez referência ao artigo 2 desta mesma lei, onde estão expressamente elencados os princípios orientadores do procedimento sumaríssimo.

No artigo 17, resta ainda mais clara sua intenção, pois dispensa a contestação formal, peça de defesa de suma importância no processo e garantidora do contraditório e ampla defesa.

O direito a uma razoável duração do processo não é um mero princípio processual, ele é um princípio constitucional, elevado à essa posição com a Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004. Essa emenda foi chamada de reforma do judiciário, pois atacou a morosidade excessiva dos processos, evidenciada pelas praxes desnecessária e protelatórias. Ao artigo 5º foi acrescentado o inciso LXXVIII, que surgiu com intuito de combater uma justiça tardia e a morosidade dos processos judiciais.

Quando se pretende garantir a celeridade e uma rápida duração do processo, na verdade, visa-se garantir uma pacificação social e uma prestação jurisdicional mais

efetiva. Paulo Soares Bugarin discorre acerca da valoração da economicidade, vejamos:

“O gestor público deve, por meio de um comportamento ativo, criativo e desburocratizante tornar possível, de um lado, a eficiência por parte do servidor, e a economicidade como resultado das atividades, impondo-se o exame das relações custo/benefício nos processos administrativos que levam a decisões, especialmente as de maior amplitude, a fim de se aquilatar a economicidade das escolhas entre diversos caminhos propostos para a solução do problema, para a implementação da decisão.” (BUGARIN, 2001, P. 240).

CONCLUSÃO

A relevância do tema não apenas para a academia, mas, principalmente, para a sociedade é de grande valia. Uma segurança pública bem estruturada, treinada e organizada, possui um alcance e efetividade no combate à criminalidade muito mais significativo, é um exemplo que podemos observar em outros países, como nos Estados Unidos e em órgãos que já implementaram aqui mesmo no Brasil, como a Polícia Rodoviária Federal. Além disso, há outras grandes vantagens em se obter a carreira única, como a efetividade, economicidade e celeridade procedimental, com servidores mais satisfeitos e desempenhando suas funções, agregando conhecimento técnico e experiência profissional para o desembaraço das mais variadas questões cotidianas.

Por isso, faz valer a pena os investimentos nos estudos com esse viés, além da cobrança de que Projetos de Emenda a Constituição sejam levados a sério e analisados a partir da perspectiva social e não com o cunho pessoal, pois a segurança pública é para ser tratada visando a qualidade de vida e bem-estar social.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Policiais federais podem integrar carreira única n PF. Disponível em << [ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público, ano 1, n. 1, abri/jun. 2003;](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/02/policiais-federais-podem-integrar-carreira-unica-na-pf#:~:text=Randolfe%20acrescenta%20que%20a%20carreira,pr%C3%B3pria%20Pol%C3%ADcia%20Rodovi%C3%A1ria%20Federal%20brasileira.>> Acessado em 13 de agosto de 2020;</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988;

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**;

BUGARIN, Paulo Soares. O Princípio Constitucional da Eficiência um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar. Brasília: Revista do Tribunal da União – Fórum Administrativo, mai/2001;

CRUZ, Gleice. A historicidade da Segurança Pública no Brasil e os desafios da participação popular. *Isprevista*, 2013. Rev. 20130403;

DANTAS, George. As Polícias Norte-Americanas, 2013. Disponível em << <http://www.dpi.policiacivil.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=2335> >> Acessado em 14 de outubro de 2020;

FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006, p. 114;

Fórum Brasileiro de Segurança Pública - 13 Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019;

GUIMARÃES, Helena. Duração Razoável do Procedimento e Celeridade Processual: Uma Análise Crítica do Rito Sumaríssimo na Justiça do Trabalho. IN: TAVARES, Fernando Horta (Org.). Constituição, Direito e Processo. Curitiba, Editora Juruá, 2007, p. 218;

Manual de redação: **Agência Senado**, Jornal do **Senado**. Brasília: **Senado** Federal, 2001. _____. Secretaria Especial de Comunicação Social;

MARCINEIRO, Nazareno; PACHECO, Giovanni C. Polícia Comunitária: Evoluindo para a polícia do século XXI. Florianópolis: Insular, 2005;

ALUISIO MENDES. Proposta de Emenda à Constituição 168/2019. Altera o § 1º do art. 144 e acrescenta o § 1ºA ao art. 144 da Constituição Federal, dispondo sobre a organização da polícia federal;

Relatório Final Comissão Especial de Estudo - Unificação das Polícias Cíveis e Militares Presidente: Dep. Delegado Edson Moreira (PR/MG) Relator: Dep. Vinicius Carvalho (PRB/SP), Julho de 2018.

ISONOMIA TRIBUTÁRIA NA ERA DA 4º REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

BRUNO DA SILVA BATALHA:

Pós-Graduando em Direito
Digital pela UERJ/ITS

Resumo: A 4º revolução industrial tende a extinguir ao longo dos próximos anos muitos empregos considerados mais simples, ainda que uma gama de trabalhos mais qualificados seja criada. Ainda não há consenso se a geração dos novos postos de trabalho, mais qualificados, suprirá os empregos perdidos pela implantação das novas tecnologias e, se suprir, em quanto tempo isso ocorrerá. (GRAGLIA & LAZZARESCHI, 2018, pg.119) Diante desse contexto, é premente a necessidade de prover políticas públicas que auxiliem a busca da garantia da dignidade da pessoa humana diante das rápidas transformações tecnológicas pela qual passa a sociedade, sobretudo o Brasil cuja base tecnológica, educacional e produtiva o distancia enormemente dos países desenvolvidos. Mais do que isso, propor o uso da própria tecnologia em favor da previsão e atenuação dos desequilíbrios gerados pela concentração de riqueza e potencializados pelo acesso e uso desigual das tecnologias, seja por indivíduos, regiões ou países. Desta forma, o presente trabalho pretende discorrer e fazer refletir sobre a aplicação de tecnologias e algoritmos para estimar a mais justa tributação, tendo em vista à aplicação dos princípios mais basilares do sistema constitucional e tributário vigentes.

Palavras-chave: 4º Revolução Industrial; Blockchain; Isonomia Tributária; Algoritmos.

Abstract: The 4th industrial revolution tends to extinguish over the next few years many jobs considered simpler, even though a range of more qualified jobs is created. There is still no consensus on whether the generation of new, more qualified jobs will supply the jobs lost due to the implementation of new technologies and, if so, how long it will take. In view of this context, there is an urgent need to provide public policies that assist in the search for the guarantee of the dignity of the human person in the face of the rapid technological changes that society is going through, especially Brazil whose technological, educational and productive base distances it enormously from developed countries. More than that, proposing the use of technology itself in favor of predicting and mitigating the imbalances generated by the concentration of wealth and enhanced by the access and unequal use of technologies, whether by individuals, regions or countries. In this way, the present work intends to discuss and reflect on the application of technologies and algorithms to estimate the fairest taxation, in view of the application of the most basic principles of the current constitutional and tax system.

Keywords: 4th Industrial Revolution; Blockchain; Tax Isonomy; Algorithms.

Sumário: 1. *Introdução.* 2. *Evasão Fiscal e Blockchain.* 3. *Algoritmos em favor da Isonomia Tributária.* *Considerações Finais.* *Referências.*

1 Introdução

Apartir do Iluminismo a humanidade experimentou uma transformação sem precedentes no seu sistema social, político e econômico. Os ideais promovidos por esse movimento intelectual e filosófico pavimentaram o caminho das novas relações sociais advindas da transição dos novos processos de manufatura – Revolução Industrial.

Essa transição nos processos de manufatura permanece até os tempos atuais em razão da constante evolução tecnológica que permitiu a reprodução do capitalismo, entre uma crise sistêmica e outra, até o presente momento. A contínua inovação da indústria criou marcos tecnológicos, como o uso da máquina a vapor na 1ª revolução industrial, o uso da eletricidade e do aço na 2ª revolução industrial, o uso da energia solar e os smartphones, por exemplo, na 3ª revolução industrial, até chegar os dias atuais – 4ª Revolução Industrial³².

É inegável a melhoria da qualidade de vida promovida pelo capitalismo ao longo dos últimos séculos, tendo em conta o acesso mais fácil aos recursos como educação, saúde, saneamento básico e moradia. De uma forma geral, a vida melhorou. Contudo, grande parte da população ainda tem pouco ou nenhum acesso a esses recursos, visto que a concentração de capital por meio da extração da mais valia, e a consequente concentração de riqueza e má distribuição dos recursos, é intrínseco à lógica do sistema capitalista.

A 4ª Revolução Industrial, como consequência evolutiva da reprodução do capital, tende a manter as suas contradições e, inclusive, aprofundá-las, dada má a distribuição de recursos entre indivíduos e nações e as recentes implantações de políticas neoliberais ao redor do mundo, a qual tem um poder ainda mais nefasto sobre os países periféricos diante do atraso tecnológico, educacional e de produtividade frente aos países mais desenvolvidos (SCHWAB, 2016).

Parecem existir muitos atalhos para que se reduzam essas disparidades, e, seguramente, a isonomia tributária é uma delas, uma vez que possibilitaria uma tributação mais justa da geração de riqueza e, por conseguinte, sua melhor

32 De acordo com SCHWAB (2016, pg.16 apud VALENTINI, pg. 302, 2020), “Indústria 4.0” ou “quarta revolução industrial” são expressões que foram utilizadas na feira industrial de Hannover em 2011 e que se propõem a descrever como a utilização de “fábricas inteligentes” pode “revolucionar a organização das cadeias globais de valor”, por meio da criação de “um mundo onde os sistemas físicos e virtuais de fabricação cooperam de forma global e flexível”, possibilitando a “personalização de produtos e a criação de novos modelos operacionais”

distribuição. A despeito de uma tributação mais justa no plano interno não resolver as discrepâncias entre nações, a qual parece reclamar políticas e instrumentos mais sofisticados, parece claro que ela contribuiria, ainda que de forma reflexa, para o fortalecimento do país perante as adversidades externas.

Além disso, diante da rápida evolução tecnológica, torna-se imperioso uma postura proativa no sentido de não permitir que à evolução tecnológica dos processos de manufatura moldem por si só as novas relações jurídicas e sociais apartir de um suposto determinismo tecnológico, perpetuando, desta forma, o estado de coisas. Ao contrário, a tecnologia deve ser dominada e utilizada em favor da humanidade com o objetivo de levar o bem estar e promover a dignidade da pessoa humana para o maior número possível de pessoas.

Diante disso, o estudo e a proposta do uso de tecnologias e algoritmos a fim de prever e ajustar o melhor arranjo tributário, bem como evitar crimes como a sonegação fiscal, parece muito promissor, uma vez que tende a atenuar os desequilíbrios gerados pela concentração de renda e potencializados pelo acesso e uso desigual das tecnologias, cuja dinâmica tem sido intensificada pela 4ª Revolução Industrial.

2 Evasão Fiscal e Blockchain

Passo fundamental a ser dado, a fim de alcançar o mais isonômico sistema tributário nacional, é diminuir ao máximo a evasão fiscal, ou, melhor ainda, extirpá-la por meio do uso de tecnologias como a de blockchain.

Estudo da SINPROFAZ³³, indica que a evasão tributária, referente ao ano de 2018, correspondeu a aproximadamente 7,7% do PIB. Ainda, de acordo com o estudo, a carga tributária poderia ser diminuída em 30% e ainda manter o mesmo patamar de arrecadação caso não houvesse evasão (SINPROFAZ, 2019, p. 1).

Essa situação colabora para gerar distorções e, por conseguinte, enfraquecer a isonomia tributária. De nada adianta uma legislação justa, do ponto de vista da capacidade contributiva, se a justa medida da carga tributária arrecadada de cada contribuinte não condiz com a previsão legal. A sonegação fiscal, desta forma, atenua a efetividade da aplicação dos princípios tributários e a eficácia da legislação tributária. Apesar da inovação tecnológica e de toda a tecnologia empregada na fiscalização e arrecadação de tributos, sobretudo, na declaração anual de imposto de renda, observa-se pouca iniciativa quanto à implementação de tecnologia na busca da justiça fiscal.

33 Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional.

Torna-se ainda mais importante a busca pela isonomia tributária, tendo em vista o contexto de perda de empregos e precarização do trabalho induzidos pela inovação tecnológica dos meios de produção. Para atenuar os efeitos da inexorável marcha tecnológica, nada mais providencial do que utilizar a tecnologia em prol da neutralização dos efeitos adversos gerados por ela própria. Assim sendo, ganha importância o estudo sobre a aplicação de tecnologia de blockchain para reduzir o problema da sonegação fiscal.

A tecnologia de blockchain surgiu como suporte à famosa criptomoeda bitcoin³⁴. O termo em sua tradução literal significa encadeamento de blocos. De forma simplória, pode-se dizer que a blockchain é uma rede descentralizada baseada em consenso. Isso significa que cada participante da rede tem participação na validação das transações efetuadas, tornando a rede um livro contábil distribuído e imutável para a gravação das transações e, desta forma, eliminando a necessidade de um intermediário para conferir confiança ao sistema.

Claudia Orrico e Daniel de Paiva Gomes entendem da seguinte forma:

Trata-se de um sistema descentralizado de armazenamento de dados organizados cronologicamente, mediante regras pré-estabelecidas entre aqueles cujas informações serão armazenadas, reunidos em um conjunto limitado de registros (denominados "blocos"). A veracidade e a confiabilidade dos dados constantes da *blockchain* são atestadas pela validação de tais dados pelos demais participantes da rede (rede P2P — *peer to peer*). Uma vez validados, os dados passam a integrar a cadeia de blocos de informações já consolidados.

A segurança da rede é garantida pela distribuição dos dados armazenados pelos diversos nós (computadores) participantes da rede, além da inalterabilidade dos registros, uma vez que todas as operações são registradas e gravadas em blocos com o respectivo tempo e data. Cada novo bloco é criado em intervalos de tempo determinados, ligando-se ao bloco anterior por meio de hashes^{35 36} e, desta forma,

34 **Bitcoin** é uma moeda digital, descentralizada e que não necessita de terceiros para funcionar. Isso significa que você não depende de bancos, grandes corporações ou governos para movimentar o seu dinheiro. Com o **Bitcoin**, o dinheiro é realmente seu. Disponível em: <https://foxbit.com.br/o-que-e-bitcoin/>

35 A taxa de **hash** é a unidade de medida do poder de processamento da rede **Bitcoin**. A rede **Bitcoin** deve fazer operações matemáticas intensivas para fins de segurança. Quando a rede atinge uma taxa de **hash** de 10 Th/s, significa que ela pode processar 10 trilhões de cálculos por segundo. Disponível em: https://bitcoin.org/pt_BR/vocabulario

36 O resumo do **bloco** é conhecido como **Hash**. O conteúdo de um **bloco** é formado por informações, **hash** do **bloco** anterior e **hash** do **bloco**. ... O **Hash** do próximo **bloco** de informações precisa ser compatível com o **hash** do **bloco** anterior. Quando isso ocorre, os dois **blocos** se **ligam** e tornam-se

formando a cadeia de blocos. Esses atributos tornam a rede blockchain segura, confiável e rastreável, características perfeitas para gestão de dados tributários, contribuindo de forma determinante para diminuição de fraudes e redução da sonegação fiscal. Além de contribuir com a redução de burocracia e custos com fiscalização.

A contratação dos serviços e produtos da nova indústria nascente por meio de minicontratos armazenados dentro de uma rede blockchain, como a da famosa criptomoeda ethereum³⁷, mostra-se uma alternativa viável mediante as dificuldades de taxaço desses serviços. Todavia, a blockchain da ethereum possui um arranjo descentralizado³⁸, o que dificultaria o controle tributário pelas autoridades fiscais. Nada impede, no entanto, que o governo crie uma blockchain centralizada³⁹ própria para a administração tributária, facilitando, desta forma, o acesso e controle das operações fiscais.

A sonegação fiscal se tornaria praticamente impossível mediante o registro imutável das operações fiscais e contratos nos blocos da rede. Aliás, o investimento e o custo gerado com todo o aparato de fiscalização e arrecadação teria potencial para ser drasticamente reduzidos mediante a aplicação da tecnologia de blockchain, o que abriria espaço para a rebalancear as alíquotas e tornar o sistema tributário mais justo.

3 Algoritmos em favor da isonomia tributária

A política fiscal como decisão política encontra-se vulnerável as mais diversas influências e interesses da sociedade. A maior parte da população carece de representatividade perante seus representantes políticos, responsáveis por legislar e aplicar a normatividade tributária, e, por isso, pouco pode influenciar nas decisões quanto à matéria. Assim, o capital, por meio de seus agentes e corporações, acaba por ocupar o espaço público e direcionar as políticas públicas, sobretudo a tributária, o que

dependentes uns dos outros. Disponível em: <https://www.privacytools.com.br/o-que-e-a-tecnologia-blockchain-e-como-ela-funciona>

37 Ethereum é uma plataforma que permite a programação de aplicativos descentralizados, contratos inteligentes e transações da criptomoeda Ether e vários tokens. Tudo isso baseado na tecnologia da Blockchain, que surgiu juntamente com o Bitcoin. Disponível em: [foxbit.com.br > o-que-e-ethereum](https://foxbit.com.br/o-que-e-ethereum).

38 A descentralização proporciona liberdade, privacidade e transparência para os participantes da rede, uma vez que o sistema é gerido pelas pessoas. Disponível em: <https://braziliex.com/blog/bitcoin/descentralizacao-do-bitcoin/>

39 Na blockchain descentralizada os dados são armazenados em um único computador chamado de servidor, ao qual você precisa se conectar para acessar as informações. Disponível: <https://foxbit.com.br/blog/diferenca-entre-as-bases-de-dados-blockchain/>

em grande parte das vezes não se concilia com o legítimo interesse da grande maioria da população.

À medida que a indústria 4.0 avança e agrava a concentração de renda e, desta forma, torna ainda mais difícil a realização da representatividade da maioria perante seus eleitos, mostra-se um caminho interessante usar a tecnologia em compensação a essas distorções sociais, uma vez que a tecnologia pode fornecer um caminho neutro.

O Brasil apresenta uma estrutura tributária complexa e pouco progressiva, considerando a maior tributação sobre consumo, serviços e renda a despeito da ausência da regulação do Imposto sobre grandes fortunas (IGF). A tributação sobre lucros e dividendos e a transferência patrimonial entre gerações também merecem atenção, uma vez que podem atenuar a perpetuação de riqueza entre as famílias e, por conseguinte, oferecer maior igualdade material para as próximas gerações.

Ainda, embora o arranjo tributário esteja longe do ideal, outro problema grave que se apresenta para o país é a pouca eficiência da aplicação dos impostos, ou seja, se arrecada muito e pouco se retorna para a população. Numa lista de países sulamericanos, o Brasil apresenta a maior carga tributária – 32,3% do PIB –, um pouco acima da Argentina - 31,3% do PIB –, e, de forma incoerente, apresenta um IDH bem menor (0,753) que a nação vizinha (0,827). O IDH do Brasil é mais próximo de países como o México e o Peru, que arrecadam bem menos, sendo suas respectivas arrecadações de 17,2% e 16,1% do PIB. (SINPROFAZ, 2019, p. 4).

O estudo demonstra que o dinheiro do contribuinte é mal aplicado e/ou se perde em usos alheios aos seus fins. Mostra-se desafiador, além da legislação tributária pouco progressiva, melhorar a eficiência da aplicação da carga tributária em benefício dos contribuintes, de forma a aumentar o índice de desenvolvimento humano – IDH. Soma-se a isso os efeitos provocados pela indústria 4.0, como desemprego em massa causado em grande medida pela implantação de tecnologias disruptivas.

Em contraponto a esse contexto, torna-se fundamental regular o sistema tributário por meio de ampla participação popular e de equipe técnica multidisciplinar que garanta a regulação e a aplicação de tecnologias e algoritmos que se utilizem de dados tributários, princípios e parâmetros técnicos, a fim de estimar o arranjo tributário ideal.

Dados de carga tributária, arrecadação, IDH e princípios como a capacidade contributiva, progressividade e não confisco, além de outros, deveriam compor esse algoritmo em prol de estabelecer os rumos da política tributária. Os princípios, pela sua natureza integradora e de norte interpretativo, poderiam ser estimados, de maneira a compor o algoritmo, por meio do direito comparado, tendo como benchmarking os países mais isonômicos quanto à matéria. Os conflitos de

competência induzidos pela complexidade do arranjo normativo, como ISS e ICMS, teriam o potencial de ser harmonizados.

Os algoritmos poderiam, ainda, auxiliar a estimar os valores adequados para cada área de atuação pública, como: educação, saúde e segurança, assim como informar sobre a quantidade ideal de impostos para cada ente federativo, de acordo com o contexto social e econômico do país vigente à época. Outras tecnologias como a blockchain atuariam em sinergia de modo a conferir transparência e evitar desvios como sonegação e fraude.

A permanente inovação tecnológica e o surgimento de tecnologias disruptivas, assim como o rompimento das fronteiras estatais - promovidos pela internet -, dificultam a tributação de tecnologias da indústria 4.0, como os serviços de streaming, publicidade online e marketplace. A dinâmica social e tecnológica, mapeada por meio de dados, forneceriam os insumos necessários para que os algoritmos auxiliassem a diminuir o descompasso entre os novos fatos sociais, potencialmente fatos geradores de tributos, e a dinâmica legislativa, considerando-se uma predição mutável de acordo com os novos acontecimentos.

Diante disso, princípios como a legalidade e a anterioridade devem ser respeitados e realçados, sob o risco de incorrer em insegurança jurídica, tendo em conta a maior dinamicidade das alterações legislativas em prol de se alcançar os novos fatos geradores promovidos pelo uso das novas tecnologias disruptivas. A aplicação de novas tecnologias e algoritmos em prol da maior justiça fiscal poderiam se dar por aplicação de projeto pilotos e de mero auxílio, tendo em mente a inovação trazida e a quebra de paradigmas.

Nesse sentido, mostra-se interessante o estudo promovido pelo Grupo de Pesquisa em Economia e Política da Universidade de Brasília. O estudo analisou a proposta de reforma tributária do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), elaborada pelo Centro de Cidadania Fiscal. A proposta se refere à substituição dos principais impostos sobre o consumo (ICMS, ISS, IPI, PIS/Cofins cumulativo e não cumulativo) por um único Imposto sobre o Valor Adicionado de Bens e Serviços (IBS). A análise se utilizou da metodologia de Equilíbrio Geral Computável (CGE), os quais são usados para simular os efeitos econômicos e distributivos de políticas fiscais e tributárias. (COSTA & LUCAS, 2018. Pg. 1)

O importante estudo é um excelente ponto de partida para a modernização do Sistema Tributário Nacional - STN, uma vez que se utiliza de uma modelagem econômica e matemática para se chegar a um arranjo tributário ideal, garantindo a cientificidade do processo de determinação dos tributos e alíquotas. Adiante, a metodologia poderia, inclusive, compor algoritmos ainda mais sofisticados para determinação de um arranjo tributário mais amplo e equânime.

Não se pretende esgotar o assunto ou reduzir toda uma complexidade normativa e social a um mero conjunto de algoritmos, mas, sim, adicionar mais um importante elemento de convergência e de auxílio a políticas tributárias mais justas. O emprego de tecnologias para aprimorar o Sistema Tributário Nacional e sustentar as políticas públicas deve ser acompanhado de um novo arranjo institucional que propicie a harmonização e eficiência do sistema como um todo. Por outro lado, a instituição de uma renda básica universal que vise garantir a dignidade dos mais vulneráveis ajudaria a compor um sistema ainda mais justo e robusto frente às rápidas transformações sociais amplificadas pela indústria 4.0.

Portanto, a formação de um comitê interdisciplinar para regular a aplicação da tecnologia de algoritmos para prever o arranjo tributário mais justo a ser aplicado, levando-se em consideração princípios tributários e parâmetros como o IDH e carga tributária, parece ser um caminho viável e conectado às transformações pelas quais passa a sociedade.

4 Considerações Finais

Em plena Indústria 4.0, cuja informatização e digitalização dos meios de produção transformam profundamente as relações humanas e criam, por conseguinte, novos fatos sociais e jurídicos, o sistema tributário permaneceu parado no tempo, dado que seu código data de 1965, resistindo até os dias atuais mediante remendos.

Adiante, tendo em vista os impactos gerados pela indústria nascente – principalmente na redução de postos de trabalho –, mostra-se bem prudente e imediata uma reforma do sistema tributário que leve em consideração as transformações sociais provocadas, em grande medida, pelas inovações tecnológicas, usando-as em contraponto a si mesma de forma a amenizar, na via inversa, os desequilíbrios gerados.

Na mesma medida, a tecnologia parece oferecer uma grande oportunidade para corrigir as distorções e injustiças históricas intrínsecas ao Sistema Tributário Nacional, além de torná-lo mais eficiente e transparente, com o mínimo de corrupção e fraude.

Desta forma, busca-se uma diretriz de base tecnológica para apoiar as decisões políticas de maneira a diminuir influências pouco simpáticas ao bem da coletividade, assim como indicar o arranjo tributário mais condizente com a dinâmica social.

Referências

CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota. Futuro do Trabalho: Os efeitos da revolução digital na sociedade. 1. ed. Brasília: ESMPU, 2020.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. 1. Ed. Belo Horizonte: Ayiné, 2018.

JUNIOR, Geraldo Tessarini; SALTORATO, Patrícia. Impactos da indústria 4.0 na organização do trabalho: Uma revisão sistemática da literatura. *Revista Produção Online*. Florianópolis, SC, v. 18, n. 2, p. 743-769, 2018.

GRAGLIA, Marcelo Augusto Vieira; LAZZARESCHI, Noêmia. A Indústria 4.0 e o Futuro do Trabalho: Tensões e perspectivas. *Revista Brasileira de Sociologia* | Vol. 06, No. 14 | Set-Dez/2018.

CRIE DA COPPE/UFRJ. *Inteligência Empresarial*, publicado pelo centro de inteligência empresarial. *Revista Inteligência Empresarial*. Rio de Janeiro, RJ, nº41, 2019.

ZUBOFF, Shoshana. Tua escova de dentes te espiona: Um capitalismo de vigilância. *Le Monde Diplomatique Brasil*, set. 2020, Edição – 138.

SOUZA, Elisabeth Gonçalves. *Sociedade da informação e reestruturação produtiva:*

Crítica à dimensão utilitarista do conhecimento. *TransInformação*, Campinas, 23(3):219-226, set. / dez., 2011.

SINPROFAZ. *Sonegação no Brasil – Uma Estimativa do Desvio da Arrecadação do Exercício de 2018*, publicado pelo sindicato nacional dos procuradores da fazenda nacional. Brasília, DF, jun. 2019.

BATALHA, Bruno da Silva. *O imposto sobre herança e doação no contexto da justiça tributária*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito), Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2019.

ONCLICK. Entenda como funciona o Blockchain na tributação. Disponível em: <<https://onclick.com.br/artigos/entenda-como-funciona-o-blockchain-na-tributacao/>>. Acesso em: 2 nov. 2020.

MADEIRA, Bernardo. Blockchain pode ser usada contra sonegação de impostos. Disponível em: <<https://digital.futurecom.com.br/conectividade/blockchain-pode-ser-usada-contrasonega-o-de-impostos>>. Acesso em: 2 nov. 2020.

ORRICO, Claudia et al. A blockchain na administração tributária: A questão da troca de informações. *Conjur*, 14 out. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-out-14/opiniao-blockchain-administracao-tributaria> >. Acesso em: 02 nov. 2020.

JOSÉ, Paulo. Tecnologia de blockchain mudará a declaração de imposto de renda. Disponível em: <<https://cointelegraph.com.br/news/blockchain-technology-could-end-income-tax>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

GOMES, Eduardo de Paiva et al. A disputa entre estados e municípios pela tributação do streaming. *Conjur*, 8 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/opinioao-disputa-entre-estados-municipios-tributacao-dostreaming>. Acesso em: 10 nov. 2020.

GOMES, Eduardo de Paiva et al. A tributação da internet das coisas e a capacidade contributiva dos robos. *Conjur*, 14 maio 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-14/opinioao-tributacao-internet-coisas-uso-robos>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

OKUMA, Alessandra de Souza. Breve panorama da tributação da economia digital. *Conjur*, 16 fev 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-16/alessandra-okuma-breve-panorama-tributacao-economia-digital>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

GOMES, Eduardo de Paiva et al. Incertezas sobre a tributação do software na computação em nuvem. *Conjur*, 22 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-22/opinioao-tributacao-software-computacao-nuvem>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. Inteligência artificial e tributação: a que(m) os algoritmos devem seguir. *Conjur*, 13 fev.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/consultor-tributario-inteligencia-artificial-tributacao-quem-algoritmos-servir>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

MATTAR, João. Metodologia científica na era digital. 4º ed. São Paulo: Saraiva,2017.

COSTA, Nathanael Pereira; LUCAS, Vander Mendes. Análise do IBS como proposta de reforma tributária: Um estudo aplicado de equilíbrio geral computável. 2018. Universidade de Brasília. Economics and politcs working paper n. 81, 20 jun. 2018.

RENAULT, Felipe. Reforma Tributária e a Economia Digital: Nunca o ótimo se tornou inimigo do bom. *Jota*, 9 nov. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opinioaoeanalise/colunas/coluna-da-abdf/economia-digital-reforma-tributaria-otimo-se-tornou-inimigo-do-bom-09112020. Acesso em: 09 nov. 2020.

AS VANTAGENS DO TRABALHO INTERMITENTE

NORMA CORREA: Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil Campus Manaus

RESUMO: O trabalho intermitente é todo trabalho prestado de forma descontinuada, denominado no Brasil de como “bico”. A principal justificativa de sua inclusão no texto da nova Consolidação das leis de Trabalho – CLT foi a de regulamentar uma anomalia do mercado de trabalho brasileiro. Já os críticos dessa possível inovação dizem ser exatamente o contrário. Assim este trabalho tem como objetivo geral discutir as nuances do trabalho intermitente no Brasil, a partir da redação do artigo 443 da CLT, além de especificamente entender o que se classifica como trabalho intermitente, verificar suas condicionalidades, características e especificidades, e analisar como a lei se aplicará no Brasil. A metodologia aplicada neste estudo foi o da pesquisa bibliográfica em artigos científicos e material eletrônico por se tratar de um tema muito recente, além de livros quando se tratar especificamente da doutrina do direito do trabalho. Conclui que qualquer posicionamento, a favor ou contra essa nova modalidade de trabalho no Brasil é muito prematura, já que ainda não ocorreu um posicionamento definitivo da questão nem no Tribunal Superior do Trabalho – TST e muito menos no Supremo Tribunal Federal – STF, esperando-se da sociedade apenas que o tema amadureça na nova realidade social.

Palavras Chave: CLT. Reforma trabalhista. Trabalho intermitente.

ABSTRACT: Intermittent work is all work done in a discontinued way, called in Brazil as “beak”. The main justification for its inclusion in the text of the new Consolidation of Labor Laws - CLT was to regulate an anomaly in the Brazilian labor market. Critics of this possible innovation say the opposite is true. Thus, this work has the general objective of discussing the nuances of intermittent work in Brazil, based on the writing of article 443 of the CLT, in addition to specifically understanding what is classified as intermittent work, verifying its conditionalities, characteristics and specificities, and analyzing how the law will apply in Brazil. The methodology applied in this study was that of bibliographic research in scientific articles and electronic material as it is a very recent topic, in addition to books when dealing specifically with the doctrine of labor law. It concludes that any position, for or against this new type of work in Brazil, is very premature, since there has not yet been a definitive positioning of the issue, neither in the Superior Labor Court - TST and much less in the Supreme Federal Court - STF, waiting for society only needs the theme to mature in the new social reality.

Keywords: CLT. Labor reform. Intermittent work.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho intermitente surge com a redação do artigo 443 da CLT e a letra fria da lei e se denomina como toda prestação de trabalho de forma descontinuada, ou seja, aquele tipo de trabalho em que o trabalhador não fica a disposição da empresa pelo espaço temporal contínuo com alternância de atuação laboral. É uma inovação ou um retrocesso? Esse é um questionamento cujas respostas estão cercadas de posicionamentos ideológicos e não puramente técnicos. Para os analistas que possuem ligações com os movimentos político-partidários de esquerda, é um profundo retrocesso, pois, colocarão, na ilegalidade, trabalhadores contratados de forma legal. Já para os analistas com ramificações nos movimentos político-partidários de direita é um avanço, pois, tirará da ilegalidade, trabalhadores que vivem no mercado informal de trabalho.

Nem tanto ao mar, nem tanto a terra, pois nem colocará os trabalhadores que estão na ilegalidade em sua totalidade no sistema formal de relações trabalhistas e nem tirará que estar na legalidade das relações trabalhistas de forma abrupta. Dependerá muito da consciência de patrões e de empregados em cumprirem os requisitos da lei.

Na verdade, a edição da CLT ela se consubstancia no Governo de Getúlio Vargas, mas no Brasil, já de muito tempo se discutia a aplicação de regras que normatizassem o mercado de trabalho. A primeira destas regras foi à denominada *Peel's Act* inglês que durou de 1802 a 1848. Já de 1848 a 1919 perdurou a denominada segunda fase do direito do trabalho que resultou na consolidação sistemática do direito do trabalho.

Em 1919 até o final dos anos de 1979 aparece a terceira fase que é da efetivação do direito do trabalho e por fim a partir de 1979, surge a quarta fase com a denominada crise do trabalho que infere certa desestabilização dos padrões normativos com a chamada necessidade de modernização da legislação que no Brasil se inicia no governo Fernando Henrique Cardoso com medidas de ataque a legislação trabalhista; se estanca nos governos do Partido dos Trabalhadores e voltam com toda a carga no governo de Michel Temer.

Assim, este trabalho tem como objetivo geral discutir as nuances do trabalho intermitente no Brasil, a partir da redação do artigo 443 da CLT, além de especificamente entender o que se classifica como trabalho intermitente, verificar suas condicionalidades, características e especificidades, e analisar como a lei se aplicará no Brasil.

Na verdade o que ocorreu foi o uso de premissas falsas para estatuir a reforma trabalhista. Não se usou os termos corretos de modernização da legislação como fator realmente modernizante; se usou o termo para atender uma demanda do empresariado brasileiro que há muito tempo reclama do sistema protetivo do trabalho

no Brasil, principalmente em atividades do campo de serviços em que o trabalhador não presta serviço de forma contínua, como por exemplo, garçons.

Assim sabe-se que a interpretação das normas trabalhistas está profundamente submetida à interpretação jurídica, a denominada hermenêutica jurídica, mas não se pode esquecer que as decisões no campo do direito a jurisprudência axiológica que se consubstancia nas interpretações em que os valores sociais devem se sobrepor aos valores particulares.

Sendo assim, a regulamentação do trabalho intermitente deveria se alvo de uma discussão maior com a sociedade civil organizada e não uma imposição de uma ideologia que domina o cenário jurídico-político brasileiro nos últimos cinco anos.

2 AS MUDANÇAS NO MUNDO DO TRABALHO

Para Antony Adams e John Prass (2016) as transformações ocorridas na sociedade econômica de subsistência ao trabalho assalariado e das pressões exercidas sobre os patrões no final do século XVIII e início do século XIX em relação às condições de trabalho e as formas de organização do trabalho, começaram a surgir novas propostas de organização do trabalho que foram se adaptando ao longo do tempo de acordo com as mudanças socioeconômicas, evoluindo do trabalho artesanal para o trabalho industrial (p. 1).

Já Ricardo Antunes (2013) diz que com a centralização da produção nas fábricas, os artesões perdem o controle sobre o processo de produção, que passa para as mãos do proprietário do capital (p. 33).

Antônio Ferreira Cesarino Júnior (2015) explica que o patrão ou gerente impõe diversas medidas para controlar o ritmo de trabalho, a extensão da jornada de trabalho, o valor do produto, e a apropriação do saber envolvido na confecção do produto (p. 102).

Ricardo Antunes (2013) os trabalhadores, por sua vez, buscam maneira de lutar como a quebra de máquinas, as lutas por direitos trabalhistas, pelo direito à associação sindical, o absentéismo no trabalho e diversas formas de fuga das medidas de controle (p. 34). Esse movimento de interesses contraditórios determina as condições para a aplicação de uma ou outra forma de obter maior produtividade de trabalho, conforme afirma Ricardo Antunes (2013, p. 37):

O crescimento da industrialização, em bases capitalistas, criou uma massa de trabalhadores pobre e explorada - o proletariado. Face ao aumento da riqueza entre os capitalistas e da miséria do proletariado, expandiram-se às idéias socialistas, como um instrumento de crítica social e de luta política, propondo o

estabelecimento de uma nova sociedade que suprimisse as desigualdades entre os homens. Essa contradição entre capitalismo e o mundo do trabalho sempre se estabeleceu em função das enormes disparidades existentes entre os interesses de cada classe. No entanto, é necessário entender a forma de atuação do Estado nesse processo de desenvolvimento do capitalismo para encontrar a justificativa lógica de sua efetiva participação como condição de realização desse processo.

Ricardo Antunes (2013) fala da forma conflituosa que o modo de produção capitalista provocou: uma luta entre patrões e empregados por interesses completamente distintos e o Estado participou do processo de desenvolvimento capitalista em pelo menos dois níveis. Em primeiro lugar como agente geral dos grupos capitalistas convocados para a implementação do processo. Toma, dessa forma, iniciativas, através de seus aparelhos, no sentido de gerar e de fortalecer o capital, bem como facilitar a sua expressão, por meio de financiamentos, legislações de favorecimento de infraestrutura, recursos humanos, etc. Enfim, há uma série de ações voltadas para assegurar as melhores condições à expansão do capital (p. 37).

Já Celso Furtado (2001) observa que o Estado concorre, através de sua associação com empresas privadas, para fortalecer o capital e para garantir o projeto de desenvolvimento. Através da expansão de empresas estatais ligadas ao setor produtivo, assume frequentemente e de maneira monopolística, o controle de setores estratégicos da economia, instituindo empresas igualmente lucrativas e acumuladoras de capital concorrendo, como qualquer empresa no processo de acumulação (p. 56).

Karl Polanyi (2010) afirma que o projeto de desenvolvimento capitalista, fundamentado na ampliação da acumulação, baseia-se em duas condições, que se tornam ao mesmo tempo, causa e consequência do próprio processo: concentração da produção e concentração de renda. A concentração de produção demanda ação efetiva do Estado, no sentido de atender às exigências da consequente concentração populacional, tais como: serviços de transporte, habitação, saneamento, educação, iluminação, saúde, etc. A concentração de renda, tanto pela expansão da acumulação quanto pela hierarquização de funções e salários, na empresa produtiva, conduz a distorções salariais, bem como, em consequência do achatamento salarial, pode acarretar tensões sociais, pelo fortalecimento do poder reivindicatório dos trabalhadores (p. 90).

Para Celso Furtado (2001), o Estado assume o papel de conter tais manifestações através de uma série de medidas que visem oferecer um salário indireto aos trabalhadores, realizando assim, uma dupla tarefa. Em primeiro lugar, age em benefício do capital, já que retirando da empresa o custo do salário real, pelo achatamento, assume parte do salário do trabalhador, na medida em que oferece um salário indireto.

Em segundo lugar tais atos cumprem uma função ideológica, pois fazem o Estado se apresentar ao trabalhador como Estado de todas as classes. É o surgimento do Welfare State – O Estado do Bem Estar Social (p. 62).

A corrente ideológico-pragmática oriunda da Revolução Industrial, que apresentava inúmeras variantes, como o sindicalismo revolucionário e o sindicalismo reformista, este, moderado, mas que tinha base unicamente na questão da defesa dos direitos dos trabalhadores. O termo sindicalismo pode ser empregado em dois sentidos, segundo Karl Polanyi (2010, p. 2000, p. 91):

a) doutrina ou movimento social, segundo o qual os sindicatos operários devem ser à base da administração social e industrial numa sociedade socialista;

b) ação militante por parte dos sindicatos operários. Existem inúmeras definições de sindicalismo, das quais poderiam ser apontadas duas: ação coletiva para proteger e melhorar o próprio nível de vida por parte dos indivíduos que vendem sua força de trabalho; ou um estado da sociedade em que a indústria será controlada pelos que nela trabalham, na base de sociedades livres; esses devem cooperar da maneira mais eficiente na produção de todas as necessidades da vida.

Assim Karl Polanyi (2010) fala de dois movimentos em que o sindicato se estatui: o primeiro como movimento social que tem base puramente ideológica de mudança da estrutura sociopolítica na nação e o segundo que a ação militante que age por melhorias nas condições de trabalho (p. 92).

Frederico Gonçalves César (2012) diz que o sindicalismo revolucionário exige a abolição do capitalismo do Estado, reorganizando a sociedade em associações de produtores. Substituindo o Estado na condição de proprietário e de administrador dos meios de produção, os sindicalistas buscam atribuir tais funções aos sindicatos de produtores. O sindicalismo reformista, mais moderado, que busca não destruir as estruturas sociais, porém aperfeiçoá-las, resultando, para este fim, o papel dos sindicatos e de outros grupos sociais, a guisa de correção dos desajustes trazidos pelo excessivo individualismo (p. 14).

Mozart do Castro Silva diz que a partir das mudanças ocorridas no mundo do trabalho, esses tipos de sindicalismo perderam força: reformar o Estado perdeu sentido a partir da queda do mundo comunista e o sindicalismo de aperfeiçoamento do sistema social também começou a perder função. Como se pode observar, a legislação trabalhista surgiu na esteira da Revolução Industrial como Direito Industrial (p. 156).

O termo legislação deriva segundo Mozart do Castro Silva (2016, p. 163) do latim "*legislatio*" (criação ou estabelecimento de leis) e é tomado em sentido etimológico para designar o conjunto de leis dadas ao povo.

Para Mozart do Castro Silva (2016) no Brasil, a legislação trabalhista surgiu no governo de Getúlio Vargas (1930-1945) com o claro objetivo de aplinar as profundas reivindicações da classe operária, que clamava por uma nova forma na relação capital trabalho. Vargas com enorme perspicácia e, como forma de fortalecer o processo de desenvolvimento econômico centrado no capitalismo formulou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), regulamentando, finalmente a legislação trabalhista brasileira, com o advento do Salário-Mínimo, a proteção e segurança do trabalhador, o trabalho da mulher e do menor e etc.(p. 164).

2 RELAÇÃO EMPREGATÍCIA NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT)

Segundo Délio Maranhão (2016) a relação empregatícia na CLT se rege pelo contrato individual de trabalho. Todo contrato determina, em virtude de seus ligamentos lógicos, uma relação jurídica, no caso específico a relação jurídica de emprego. A natureza jurídica do contrato de trabalho – como toda norma jurídica – transparece de sua estrutura lógica. Pela inegável é que, enquanto a norma geral (no caso a CLT) estabelece os princípios abstratos e informadores do contrato, este como norma individualizada, manifesta-se concretamente, como aplicação e simultaneamente como criação do direito entre as partes contratantes (p. 153).

Mozart Victor Russomano (2007) afirma que o contrato de trabalho (como todo contrato) em seus aspectos ontológicos configura-se, de um lado, como de efeito jurídico, de outro, como fonte genética do direito, no seu papel de norma individualizada que vincula juridicamente os figurantes contratuais. Evidente é que antes de A e B firmarem um contrato de trabalho não existe concretamente nem direitos nem obrigações entre eles, visto que a norma geral (no caso em discussão a CLT) estabelece tão-só as linhas mestras configuradoras do contrato (p. 137).

Efetivamente, a norma geral, mantém-se sempre ao nível da abstração e da generalidade e somente se atualiza no momento em que se conclui o contrato entre duas ou mais pessoas, estabelecendo-se, então, entre estas, os enlaces jurídicos que daquele decorre. Daí o acerto de Délio Maranhão (2016, p 155) ao observar que, se duas pessoas celebram um contrato de arrendamento, indubitavelmente, aplicam as regras abstratas relativas a tal contrato, "regras que se encontram formuladas no Código Civil ou em uma lei especial". Mas, ao celebrarem dito contrato, criam igualmente normas individuais que geram obrigações e direitos concretos que não existem antes da conclusão do contrato.

Gerald Harris Fanelli (2014) observa que de fato a examinarem-se as estruturas lógicas de uma norma jurídica, percebem-se de pronto, que ali estão dispostos, dialeticamente, os elementos que constituem a síntese de uma conduta humana juridicamente relevante, no âmbito relacional em que se compreendem seus elementos binomiais, hipoteticamente prefigurados na proposição lógica (p. 89).

Gerald Harris Fanelli (2014) diz que, dado um determinado antecedente deve ser um conseqüente, ou, dizendo de outra maneira, segundo o enunciado lógico jurídico: dado o fato A, então deve ser B. por onde se pode observar a distinção entre o mundo do ser (físico ou empírico) e o mundo normativo ou do dever ser, visto que, no primeiro, há uma relação de causa e efeito, enquanto, no segundo, a relação se estabelece em virtude do princípio da imputação, ou seja, do dever ser que liga um acontecimento a uma consequência jurídica (p. 90).

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2008) falam de *Mutatis mutandis*, como princípios que se aplicam por inteiro tanto no contrato individual de trabalho como conversão coletiva de trabalho, as duas formas de negociação trabalhista consagradas no direito brasileiro (p. 158).

Com efeito, Délio Maranhão (2016, 133) diz que quando se coloca os termos lógico-normativos em linguagem do direito do trabalho, tem-se que, "dado o evento de uma prestação de serviços, prevista contratualmente deve ser a contraprestação salarial", o que equivale dizer que, concluído o acordo de vontades, gera-se entre os contratantes a relação jurídica de emprego, em cujos polos figuram de um lado, o empregador e, do outro, o empregado, atuando ambos como sujeitos de direitos e deveres, no exercício do papel que lhes confere a norma geral (CLT). Portanto, segundo a ótica pela qual está visualizando o assunto, o contrato é fator determinante na relação jurídica e não a própria relação jurídica.

Mozart Victor Russomano (2007, p. 138) observa que a importância de se definir o contrato de trabalho é justificada pela necessidade de "reconhecimento dos casos em que é aplicável o direito, visto que, inexistindo o contrato, inexistem, ipson facto, a relação jurídica empregatícia". É que as garantias previstas no direito do trabalho só do contrato de trabalho, pois, de outro modo, onde não há contrato não há direitos nem obrigações a serem invocadas.

Mozart Victor Russomano (2007) diz que a CLT, em seu artigo 442, define o contrato individual de trabalho como "o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego". A definição legal, admitindo o acordo tácito ou expresso, proclama o princípio da livre aceitação do contrato, pelos pactuantes, o que importa dizer que consagra o princípio de liberdade contratual no ordenamento jurídico brasileiro (p. 142).

Por outro lado, José Lobo diz que esta definição contém aquela impressão terminológica apontada por vários autores, da equivalência entre o contrato e a relação jurídica empregatícia, crítica que se endossa, uma vez que, na realidade, o contrato não corresponde à relação de emprego e sim constitui sua fonte genética. É bem de ver que, apesar da vocação contratualista de nosso direito, a definição legal revela-se contraditória quando tenta assimilar o contrato de trabalho à relação de emprego (p. 114).

Convém salientar, o que diz Mauro Maciel (2016) que nesse ensejo que o campo de aplicação do contrato de trabalho, apesar de sua tendência expansionista, não abrange todos os tipos de trabalho, isto é, todas as relações de trabalho, mas somente aquelas compreendidas na relação de emprego gerada via do contrato (p. 1).

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2008, p. 33) assim definem o contrato de trabalho: “A convenção pela qual um ou vários empregados, mediante certa remuneração e em caráter não eventual, fornecem trabalho pessoal em proveito e sob direção do empregador como forma de relação jurídica objetiva”.

Antônio Ferreira Cesarino Junior (2015, p. 167) é o que melhor sintetiza o contrato individual de trabalho “é a convenção pela qual uma as várias pessoas físicas se obrigam, mediante remuneração, a prestar serviços à outra pessoa sob direção desta”. Sob o ponto de vista doutrinário, propõe-se a seguinte definição: “contrato de trabalho é a convenção tácita ou expressa, segundo a qual uma ou mais pessoas físicas comprometem-se a prestar serviços profissionais a um empregador, sob direção desta e mediante salário”. Esse contrato de trabalho, no caso brasileiro é normatizado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na qual consta toda a relação entre empregador e empregado, estabelecendo direitos e obrigações. Dentre desses direitos, Antônio Ferreira Cesarino Junior (2015, p. 168) destaca os seguintes como principais:

1º) Carteira assinada: a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) deve ser devolvida ao funcionário em até 48 horas do primeiro dia de trabalho, com dados do empregador, valor do salário definido na contratação, data de admissão e cargo ocupado (artigo 29);

2º) Vale transporte: é concedido ao trabalhador, com desconto de até 6% do salário bruto (lei nº 7.418, de 16/12/1985 e decreto nº 95.247, de 17/11/1987);

3º) Férias: todo trabalhador tem direito 30 dias corridos de férias após 12 meses de trabalho, desde que não tenha mais do que cinco faltas não justificadas (artigo 130). Cabe ao empregador

decidir a data de saída do funcionário para as férias, desde que 12 meses antes do período de descanso (artigos 134 e 136). De acordo com o artigo 143 da CLT, o trabalhador pode converter 1/3 do salário em abono pecuniário (venda de 10 dias das férias). O pagamento das férias e do abono, se solicitado, deve ser feito dois dias antes do início do período;

4º) Faltas: o artigo 473 da CLT determina que o trabalhador possa faltar ao serviço sem desconto de salário em casos de: falecimento do cônjuge, pai, mãe, filhos, irmão ou pessoa que viva sob sua dependência econômica (quando declarada na CTPS) – até dois dias consecutivos; casamento – até três dias consecutivos; licença-maternidade – até cinco dias consecutivos; doação voluntária de sangue, devidamente comprovada – 1 dia por ano;

5º) Adicional noturno: a pessoa que trabalha entre 22h de um dia e 5h do outro tem direito à remuneração superior à de quem trabalha no período diurno (artigo 73);

6º) 13º salário: o pagamento do 13º salário é feito em duas parcelas, com base na remuneração mensal. A primeira, até 30 de novembro e a segunda, até 20 de dezembro. A lei também permite que o trabalhador receba o 13º salário com as férias, mas ele deve fazer a solicitação à empresa sempre em janeiro;

7º) FGTS: o empregador deve recolher 8% do salário bruto do funcionário para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). O Fundo é depositado em contas vinculadas na Caixa Econômica Federal. Em caso de demissão ou de aposentadoria, o trabalhador pode sacar o valor depositado.

Para Antônio Ferreira Cesarino Junior (2015) fala dos outros benefícios, como alimentação, assistência médica e odontológica variam de acordo com o que foi definido na contratação ou conforme acordo coletivo da categoria, ou seja, tudo regulado por lei, tudo normatizado, sem a retórica do negociado ter mais valor do que o legalizado (p. 169).

3 A REFORMA TRABALHISTA

Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) a reforma trabalhista é um anseio muito antigo do empresariado brasileiro e mais que nunca se concretizou por conta das repercussões negativas que tanto o poder executivo como

o poder legislativo nunca quisera assumir. Mais diante de um momento político extremamente conturbado que o Brasil viveu nos últimos cinco anos, ela acabou se consubstanciando de forma abrupta, já que se assim não fosse, dificilmente conseguiria adeptos em um ano de eleição (p. 1).

Frederico Gonçalves Cezar (2012) diz que a norma que controla as relações de trabalho no Brasil dista das décadas 1930 e 1940 do século XX em função das enormes agruras que as relações de trabalho tinham no Brasil, desde o final do século XIX, quando surgiram as primeiras organizações sindicais brasileiras nos portos do Brasil. Embora o país vivesse sob o regime autoritário e de ser economicamente dependente do setor primário a indústria embora incipiente já apresentava sinais de que poderia crescer bastante (p. 14).

Frederico Gonçalves Cezar (2012) diz que a partir do final dos anos de 1970, momento em que o país vislumbrava a possibilidade de se tornar novamente uma democracia, começou-se a atacar de forma veemente o sistema de proteção social, com destaque para a Previdência e para a CLT (p. 15).

Alberto Souza Junior (2017) observa que com a retomada da democracia em 1985 e a instauração da Assembleia Nacional Constituinte de 1986, não foi possível que o neoliberalismo se consolidasse no texto constitucional onde prevaleceram as ideologias progressistas e delas nasceu o termo Seguridade Social Sistema Único de Saúde – SUS. Educação Universal (direito de todos e obrigação do Estado e da família) e, prevaleceu também a alma da CLT de proteção às relações de trabalho. Mas a partir de 1994 com a chegada de Fernando Henrique Cardoso, um histórico membro da esquerda brasileira, exilado durante o governo militar se iniciou as práticas neoliberais em todo o sistema político-econômico do Brasil afirmando-se categoricamente que a CLT era anacrônica, atrasada e que causava desemprego, ou seja, ela não se adaptava aos novos momentos do Brasil e das novas especificidades, peculiaridades e condicionalidades das relações de trabalho. Mas a principal acusação feita a CLT é de que ela era oriunda de um Estado totalitário e intervencionista e não fruto da democracia, de uma ampla discussão com a sociedade, como se a reforma atual também fosse amplamente discutida (p. 78).

Frederico Gonçalves Cezar (2012) diz que a CLT surgiu realmente em um momento intervencionista do Estado brasileiro, mas permaneceu praticamente imutável em sua essência no período de 1946 a 1963 (período democrático) e no Governo Militar (1964 a 1985), sofrendo as necessárias intervenções sempre no intuito de promover a necessária segurança aos trabalhadores; mas sua essência de proteção ao trabalho, nunca foi atacada (p. 15).

Já Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) dizem que há necessidade de mudança na legislação trabalhista é ponto pacífico em todas as

correntes político-econômico do Brasil, mas todos com o intuito de obedecer ao princípio da democracia nas relações de trabalho no Brasil que envolvem capital, força produtiva e Estado. E não foi isso que ocorreu (p. 2).

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) falam que ocorreu quase que um processo de imposição dos ditames do capital com o apoio incondicional do Estado brasileiro que alterou uma legislação de proteção ao trabalho, criando mecanismos normativos que vão ao encontro da legislação constitucional e da infraconstitucional, atingindo todos os trabalhadores, sejam eles urbanos ou rurais, mexendo em direitos adquiridos, intervindo em normas regulamentadoras e, na capacidade de julgamento de ilícitos trabalhistas, fundamentado na questão de que a justiça do trabalho brasileiro recebe um excesso de processos, mas não dizem que o excesso de processo é causado pelo descumprimento das normas trabalhistas (p. 3).

Para Alberto Souza Junior (2017) a reforma atinge objetivos denominados periféricos e alguns são bastante elogiáveis e, profundamente necessários como a criação de regras para profissões do século XXI, mas não age no fundamental que é a democratização das relações sociais. Não age na organização sindical, preferindo sufocar sua gestão com a queda da obrigatoriedade do imposto sindical. Não interviu na tutela das relações de trabalho, justamente por que essa relação não tem fundamento nas relações de confiança. E assim, preferiu deixar como estava a essência intervencionista que a criou (p. 81).

4 O TRABALHO INTERMITENTE

Segundo Maria R. Sahuquillo (2015), a lei nº. 13.467, de 13 de julho de 2017, criou em seu art. 443 a figura do trabalho intermitente que pode ser conceituado como uma nova modalidade de contrato individual de trabalho (pelo menos no Brasil) em que a atividade laboral não exercida continuamente, ou seja, embora subordinação seja implícita, o empregado assume o compromisso de exercer suas atividades de trabalho sem as necessárias garantias de continuidade, de jornada pré-estabelecida ou de remuneração fixa (p. 3).

Segundo Maria R. Sahuquillo (2015) em alguns lugares do mundo essa modalidade de trabalho é bastante comum, como no Reino Unido que recebe a denominação de “contrato zero-hora”, que cresceu bastante após a crise econômica de 2008 por lá, em função da extrema necessidade de redução de custos e com o claro objetivo de se evitar ao máximo as demissões (p. 4).

O problema segundo Maria R. Sahuquillo (2015) é que não há continuidade de pedidos por trabalhadores intermitentes, ou seja, os empregadores contratam ao seu bel prazer e evitam ao máximo repetir trabalhadores (p. 4).

No Brasil, segundo Mauro Maciel essa modalidade de contrato de trabalho já existia em algumas áreas do setor do setor terciário da economia (serviços) principalmente no setor alimentício, em bares e lanchonetes e nas redes internacionais de fast food, caso quase que específico da rede Americana de fast food Mcdonald que instituiu a denominada “jornada de trabalho móvel e variável”, não constante do ordenamento jurídico brasileiro e profundamente condenado pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST, que em várias decisões fixou que esse tipo de jornada era profundamente prejudicial ao trabalhador. Quem se utilizava deste tipo de jornada, a utilizava sob a justificativa de que ‘o que não é proibido por lei é permitido (p. 3).

O TST firmou, segundo Mauro Maciel, o entendimento de que esse tipo de jornada usufruía da força de trabalho a seu bel prazer com remuneração inadequada, ou seja, o trabalhador ficava a disposição do empregador por 44 horas semanais e sendo utilizado muitas vezes, somente por 8 horas e que sua remuneração era somente a correspondente a jornada efetivamente trabalhada. Funcionava exatamente como o contrato zero-hora do Reino Unido. Assim seguindo uma tendência mundial e com ramificações no Neoliberalismo, uma das principais mudanças na CLT foi à criação do trabalho intermitente como uma nova forma de contrato de trabalho e que só pode ser realizado expressamente entre patrão e empregado, cumprindo assim os determinantes legais de colocar na legislação, segundo seus defensores, algo que já era comum nas relações de trabalho no Brasil. Para os críticos, tratou-se de colocar na legalidade uma ilegalidade. (p. 4).

Segundo Alberto Souza Junior (2017) o disposto no art. 41 da CLT que estabelecia que o menor contrato de trabalho no Brasil deveria possuir uma jornada de pelos menos de 25 horas e a partir da promulgação da Lei nº 13.467/2017 essa jornada passou para o máximo de 30 horas semanais e, caso o empregado seja contratado como trabalhador intermitente, o empregador é que vai definir a jornada em que o empregado será utilizado, deixando assim de cumprir um preceito normatizado no Brasil há muito tempo (p. 82).

Já Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) dizem que essa modalidade de contrato de trabalho não tem definido a jornada de trabalho, nem mínimo e nem máximo, ficando essa determinação nas mãos do empregador, podendo este ser contratado para trabalhar somente 1 hora por mês, se o patrão a sim o desejar. Mas definiu o máximo de horas em 44 h semanais. Também a lei definiu que a convocação do trabalhador intermitente pode ser por qualquer meio de comunicação, inclusive redes sociais com o prazo de três dias de antecedência da data em que o serviço será efetivamente prestado (p. 5).

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) falam que após tomar conhecimento da convocação, o trabalhador terá apenas um dia útil para

responder a convocação e caso não responda o empregado terá a prerrogativa de entender que o convocado não atenderá a convocação (p. 7).

Para Antony Adams e John Prass (2106), o grande problema desse modelo está centrado na justificativa de sua aplicação na legislação brasileira – argumentaram que se tratava de uma nova modalidade de contrato (p. 123).

Antony Adams e John Prass (2016) trouxeram a informação de que essa modalidade de contrato de trabalho já existia nos Estados Unidos e em grande parte da Europa e que alguns países da América Latina já tinham adotado essa prática com a justificativa de desoneração na contratação de mão de obra cujas exigências fiscais obrigam os empresários a manterem em seus quadros um número maior de funcionários apenas nos horários de maior demanda já que nos horários em que a demanda fica reprimida não há nenhuma necessidade de se manter um quadro grande de empregados; outra justificativa que foi utilizada foi a de que o trabalhador teria uma maior flexibilidade de horário, usando assim esse tempo para desenvolver outras atividades laborais (p. 125).

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) dizem que a principal justificativa utilizada foi a do combate ao desemprego e ao trabalho informal ou ainda situações de ilegalidade, usando-se o argumento de que 2 milhões de pessoas que se encontravam nessa situação deixariam as mesmas quase que imediatamente. Argumentaram e justificaram sem apresentar nenhum dado sólido para sustentar esses argumentos e essas justificativas, embora se saiba que realmente poderá acontecer a situação de mudança do patamar ilegal para o patamar legal, mais jamais nesta proporção argumentativa (p. 8).

Para Maria R. Sahuquillo (2015) o mais importante é destacar que os órgãos de controle do mercado de trabalho como o Ministério Público do Trabalho – MPT se posicionaram totalmente contra tal prática, emitindo inclusive uma nota técnica - 218/2016, em que deixa bastante evidente de que essa legislação não produzirá efeitos positivos na taxa de desemprego, na questão de informalidade ou ainda de completo abandono de práticas ilegais na contratação de mão de obra, ou seja, para o MPT essa nova modalidade de contrato de trabalho não regulamenta situações de empregos em condições normativas precárias (p. 7).

Alberto Souza Junior diz que com relação à argumentação de que essa modalidade de contrato de trabalho é proeminente em outros países, também está cercada de fatos inverídicos. Na Itália, por exemplo, as exigências são bem plausíveis como a necessidade de contratação por contrato coletivo, sendo a hipótese de contrato individual aventada somente por meio de decreto ministerial especial; que o empresário não poderá exercer a contratação por mais de 400 dias em três anos, com a obrigatoriedade de remunerar o trabalhador durante o tempo em que ele aguarda

até responder a chamada, além da restrição de faixa etária, ou seja, somente trabalhadores com até 54 anos de idade poderão prover contrato intermitente (p. 117).

Antony Adam e John Prass (2016) dizem que no Reino Unido o trabalho intermitente se consolidou a partir da 2008, mas fundamentalmente apoiou em algumas peculiaridades do mercado de trabalho de lá. Lá, já há algum tempo existiam trabalhadores que não possuíam o menor interesse de trabalhar de forma contínua em um local só, pois necessitavam do tempo para desenvolver outras atividades ou mesmo para seu próprio preparo intelectual ou profissional, além das existências de atividades que não demandavam o tempo contínuo para serem desenvolvidas, mais foi criado respeitado às leis do Reino Unido em todas as suas nuances (p. 132).

Assim Antony Adam e John Prass (2016) falam que foi estabelecida uma legislação para regular contratos de trabalho atípicos para atividades descontínuas. A mesma lógica a legislação brasileira deveria seguir, mas não foi isso que aconteceu. Direitos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro produzindo anomalias jurídicas de difícil reparação como o fato de ser realizado em qualquer atividade laboral (p. 136).

Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) o art. 443, § 3º, da CLT excetua apenas os aeronautas, regidos por legislação específica. Sem dúvida uma anomalia jurídica, justamente pelo conceito de intermitência que é a realização de atividades descontínuas. A visão da lei foi que a descontinuidade se refere apenas ao trabalho e não a atividade, ou seja, serão realizados trabalhos descontínuos em atividades contínuas. Isso só já suscita diversas discussões jurídicas (p. 9).

Maria R. Sahuquillo (2015) diz que na Itália e no Reino Unido a intermitência do trabalho está diretamente ligado à intermitência da atividade, embora no Brasil se diga que sim, não é isso que diz a lei que excetua somente os aeronautas de vinculação normativa, ou seja, a lei na excetua nenhuma outra atividade que não a dos aeronautas (p. 10).

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves (2017) falam que a CLT em seu art. 3º da CLT exigia a não eventualidade, mas a nova lei permite o contrário, ou seja, o trabalho intermitente reconhece o que a CLT não reconheceu: a relação empregatícia subordinada. Ou seja, ao não diferenciar onde o trabalho intermitente pode ser realizado a nova lei legalizou o trabalho subordinado (p. 11).

Já Alberto Souza Junior (2017) diz que resta dúvida que o contrato de trabalho intermitente regulamentado pela reforma trabalhista é um amplo espectro de arranjos contratuais, centrados na ausência de horas contínuas em algumas atividades econômicas. Mas seria preciso estabelecer diferentes definições e cláusulas de amostra, situando essa modalidade de trabalho no contexto mais amplo de arranjos de trabalho

precário ou casuais e, isso não foi feito. Assim a lei evidencia problemas variados e um problema sobre esse tipo de contrato que não estão claramente definidos (p 118).

Maria R. Sahuquillo (2015) diz que no discurso político, o rótulo de trabalho intermitente foi aplicado a uma ampla gama de arranjos nos quais os trabalhadores não tem garantida qualquer hora de trabalho em um determinado período. Pelo menos em teoria, os trabalhadores participam de tais decisões (p. 11).

Antony Adams e John Prass (2016) falam que enquanto os contratos de trabalho intermitente não garantem um número mínimo de horas, o prazo de notificação é muito exíguo para que o trabalhador esteja disponível (p. 137).

Assim contratações sazonais, segundo Alberto Souza Junior (2017) podem ser fornecidos abaixo sem o tempo para que o trabalhador esteja em condições de atender a chamada. Na Itália os trabalhadores são notificados semanalmente sobre o trabalho disponível, mas aqui no Brasil não houve essa previsibilidade, o que torna algo sazonal em profundamente sazonal (p. 119).

Mais a principal justificativa foi a da flexibilidade, segundo Maria R Sahuquillo (2015). Em princípio, esse tipo de arranjo nas relações de trabalho permite que os indivíduos digam melhor quando e quanto quer trabalhar; pelo menos é assim que o conceito de trabalho intermitente prevalece no resto do mundo, ou seja, em teoria, eles permitem, por exemplo, que os estudantes se encaixem em empregos remunerados enquanto estudam e permitem mulheres para trabalhar em torno de tarefas de cuidados infantis. Há evidências de que a preferência pela flexibilidade é relevante para alguns trabalhadores (p. 13).

Por exemplo, um estudo realizado no Reino Unido por Antony Adams e John Prass (2016) sugeriram que 47% dos trabalhadores estavam "muito satisfeitos" ou "Satisfeito" por não ter que trabalhar continuamente, mais que gostariam de possuir mais proteção nas relações trabalhistas. Assim, os autores concluem que embora satisfeitos com a flexibilidade estivessem insatisfeitos com a ausência de um sistema protetivo melhor (p. 138).

Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) no entanto, é importante notar que a flexibilidade não é uma característica valorizada no Brasil, como querem fazer acreditar os defensores da Lei de reforma trabalhista, já que não resta dúvida que os trabalhadores valorizam os valorizar arranjos de trabalho sem flexibilidade, por conta do sistema de proteção social que existe no Brasil desde 1943. Também é importante ressaltar que a lei da reforma trabalhista provocou mais incerteza do que certeza quanto ao grau em que o trabalho intermitente será genuinamente flexível para os trabalhadores em função da possibilidade do possível uso do conceito de 'exclusividade efetiva', utilizada na legislação do Reino Unido e

como aqui tudo que não é proibido por lei, sugere que é permitido, causará no trabalhador certo medo de recusar o trabalho e acabe gerando a possibilidade da 'exclusividade efetiva, já que na lei fica bastante evidente o desequilíbrio de poder entre o trabalhador e o empregador nestes acordos contratuais (p. 13).

Por fim Alberto Souza Junior (2017) a preocupação da variação em horas que vai se traduzir diretamente em variações no pagamento de trabalhadores contratados por trabalho intermitente. Isso é provavelmente um desafio particular para os trabalhadores que dependem de tal trabalho como sua principal fonte de renda, dadas às baixas taxas de remuneração associadas a esses empregos (p. 120).

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) dizem que questão da legalidade do trabalho intermitente. Embora o TST o considere ilegal, sem dúvida que a Lei nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista deu aspecto de legalidade, mas a heterogeneidade em modelos em que o trabalho intermitente poderá ser aplicado será um desafio a essa legalidade (p. 14).

Para Antony Adams e John Prass (2016) em um sistema jurídico estrito, os arranjos serão, naturalmente, legais, até agora caso eles não contrariam as limitações (bastante generosas) da liberdade de contrato encontrada em doutrinas tais como ilegalidade: os acordos não envolvem contratos envolvendo a comissão de um erro legal, ou contrários à legislação do país, no caso o Brasil e sua CLT. Por outro lado, é profundamente problemático sugerir que eles representam uma forma singular de contrato: em vez disso, uma ampla variedade ao longo de um amplo espectro de contratos pode ser observada (p. 143).

5 CONCLUSÃO

A modalidade de contrato de trabalho intermitente bem diferente das argumentações e justificativas utilizadas por seus defensores nunca seguiu os modelos de contrato com a mesma especificação no direito comparado nem nos Estados Unidos, nem na Europa e muito menos na América Latina já que nesse continente não existe essa modalidade de contrato de trabalho. Na Europa e nos Estados Unidos a proteção nas relações de trabalho intermitente é bem evidente já que lá os trabalhadores que se encontram nessa modalidade de contrato de trabalho recebem pelas horas em que se encontram inativos, bem diferentes do que foi aprovado aqui no Brasil; também o espaço temporal de convocação é bem maior do que os três dias que aqui foi normatizado, além de um campo maior de restrições quanto às atividades laborais em que o trabalho intermitente poderá ser exercido.

Aqui pela legislação aprovada, parece mais uma situação de precarização das relações de trabalho, como aponta o MPT, com a enorme possibilidade de aferição de

uma receita menor do que o salário mínimo, além de nada receber no período de inatividade, apesar de este tempo se converter em tempo à disposição do empregador.

Pelo exposto neste estudo percebeu-se que a modalidade de contrato de trabalho intermitente mesmo quando não era regulamentado já possuía enorme dificuldade de fiscalização; agora com o advento da Lei nº 13.467/2017, tem-se, sem dúvida o risco de que essa modalidade de contrato de trabalho se prolifere sem nenhum tipo de controle, nos mais diversos setores econômicos brasileiros com um adendo: a normatização da precariedade deste tipo de relação de trabalho.

Assim pode-se concluir que apesar de alguns desenvolvimentos promissores na jurisprudência recente, a exigência de reciprocidade de obrigação para o status de empregado (e, em menor grau, também para o status de trabalhador) será um obstáculo à inclusão de trabalhadores intermitentes em todo o escopo dos direitos trabalhistas: à primeira vista, a ausência de horas garantidas pode ser vista, em certo sentido, como a própria antítese de um conjunto de regalias que a empresa vai desfrutar.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Antony; PRASS, John. **O trabalho zero hora no Reino Unido**. Tradução de José Campos Sobrinho. Conditions of Work and Employment Series No. 101, 2016.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. 8 ed. São Paulo: RT, 2015.

CEZAR, Frederico Gonçalves. **O processo de elaboração da CLT**: histórico da consolidação das leis trabalhistas brasileiras em 1943. Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, v.1, p. 13/3-20, 2012. Disponível em: institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/.../07/3º-artigo-Frederico-Gonçalves.pdf. Acessado em: 12 de out de 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriele Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FANELLI, Gerald Harris. **O contrato de trabalho**. Tradução de Eduardo Garcia. São Paulo: Pioneira, 2014.

FURTADO, Celso. **O Estado do Bem Estar Social no Brasil**. São Paulo: Summus, 2001.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Empresas e estabelecimentos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

LOBO, José . **O trabalho na historia da humanidade**. São Paulo: Pioneira, 2014.

MACIEL, Mauro. **Trabalho no Mundo - Conheça o contrato zero hora da Inglaterra**. Notícias do TST, 2016. Disponível em <http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/22614834>. Acesso em 12 de out de 2020.

MARANHÃO, Délio . **Direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Moderna, 2016.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: As origens da nossa época. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2010.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **A projeção da empresa na ordem jurídica**. Artigo, Revista da Faculdade de Direito de Pelotas-RS, ano 12. 2007.

SAHUQUILLO, Maria R. **Trabalhadores ultraflexíveis - Os 'contratos de zero horas', sem garantias de salário mínimo, proliferam no Reino Unido**. El País, 2015. Disponível em:<https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/01/internacional/1430504838_853098.html>. Acesso em 12 de out de 2020.

SILVA, Mozart do Castro. N. **Apontamentos de legislação social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA JÚNIOR, Alberto. U. de.; et al. **Reforma trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei Nº 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017.

A ATUAÇÃO DO NÚCLEO DE PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DAS MULHERES DA DEFENSORIA PÚBLICA NA 6º JORNADA DA MORADIA DIGNA (2017-2018): DESAFIOS E POSSIBILIDADES⁴⁰

RACHEL DE MIRANDA TAVEIRA:

Advogada e Assessora Jurídica. Aluna do curso de pós-graduação em Direito, Núcleo de Filosofia do Direito, da PUC/SP.

PRISCILA DOS SANTOS RODRIGUES⁴¹

(coautora)

RESUMO: O artigo se propõe a apresentar a experiência de construção da 6º Jornada da Moradia, intitulada “Mulheres em Luta pelo Direito à Moradia e à Cidade”, especialmente no que se refere às inovações por ela introduzidas, o que se analisa pelo ineditismo do trabalho em conjunto do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres da Defensoria Pública com os grupos historicamente empenhados na execução da Jornada da Moradia. A sexta edição do evento, concluída em 2018, foi pioneira ao voltar sua atenção para a articulação entre as categorias de gênero e de moradia, assumidas pela primeira vez como centrais e estruturantes no debate em torno do direito à moradia, pautando tanto suas dimensões jurídica e social como a relevância de as instituições incorporarem métodos e conceitos com um olhar mais integrado para o modo como estas questões repercutem nas políticas habitacionais e nos instrumentos de acesso à justiça. O estudo de caso usou como fonte de dados a revisão documental de atas, documentos produzidos ao longo do evento, sistematização de relatos e depoimentos na forma escrita e audiovisual. Buscou-se, assim, responder à pergunta: em que medida a inclusão do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres contribuiu para o desenvolvimento de novos desafios teóricos e o aprendizado de novas práticas metodológicas?

Palavras-chave: direito à moradia; gênero; interseccionalidade; raça; transdisciplinaridade.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Jornada da Moradia: um local de construção de solidariedades, disputas e desafios – 3. A experiência da construção da 6º Jornada e a

40 Artigo inicialmente publicado na Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo | São Paulo, v. 2, n. 1, p. 143-176, Jan./Jun. 2020, disponível em <https://ojs.defensoria.sp.def.br/index.php/RDPSP/article/view/37/13>. Acesso em 19/04/2021.

41 Agente da Defensoria/Socióloga lotada na Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Aluna do curso de pós-graduação em Ciências Humanas e Sociais da UFABC

emergência de outros olhares e saberes – 4. Mulheres em Luta pelo Direito à Moradia, sob o viés da transdisciplinaridade e da interseccionalidade – 5. Considerações finais – 6. Referências.

ABSTRACT: The article proposes to present the construction experience of the 6th Housing Journey, entitled: “Women in Struggle for the Right to Housing and the City”, especially with regard to the innovations introduced by it, which is analyzed by the novelty of the joint work by the Center for the Promotion and Defense of Women’s Rights in the Public Defender’s Office with groups historically committed to implementing the Housing Journey. The event’s sixth edition, concluded in 2018, was a pioneer in turning its attention to the articulation between the categories of gender and housing, assumed for the first time as central and structuring in the debate around the right to housing, guiding both its legal and social dimensions as the relevance of institutions incorporating methods and concepts with a more integrated look at the way these issues impact on housing policies and instruments for access to justice. The case study used as a data source the document review of documents produced during the event, systematization of reports and testimonies in written and audiovisual form. Thus, we sought to answer the question: to what extent did the inclusion of the Center for the Promotion and Defense of Women’s Rights contribute to the development of new theoretical challenges and the learning of new methodological practices?

Keywords: right to housing; gender; intersectionality; race; transdisciplinarity.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o processo de urbanização funcionou como um dos principais fatores para o deslocamento da população da área rural em direção às cidades, gerando, sobretudo nos grandes centros urbanos, o processo de segregação e ocupação de áreas impróprias ou distantes dos espaços com melhor infraestrutura. Segundo Eunice Durham (1986, p.86), a segregação, tanto espacial como social, concentrou-se nos grupos com menores rendas que não dispunham de poder aquisitivo para residir nas áreas centrais, restando a alternativa de ocupar os bairros mais afastados, isto é, as periferias. Os grupos com maior poder aquisitivo, por sua vez, no intuito de criar condições mais favoráveis para o seu deslocamento, ficaram segregados nos bairros mais ricos, os quais contam com os menores índices de mortalidade e violência, temperaturas mais amenas devido à sua arborização, melhor infraestrutura de transporte e ainda concentrando os empregos, aparelhos estatais e serviços. Esse deslocamento espacial afastou os mais pobres, que não têm poder de compra para residir nos bairros mais privilegiados e com melhor inserção na estrutura urbana (VILLAÇA, 1998, p. 313). Ademais, é preciso considerar que o tecido urbano é heterogêneo, significando que há diferentes periferias que se distribuem espacialmente de forma complexa. A segregação não estaria relacionada apenas às condições econômicas. Em uma cidade como São Paulo, por exemplo, os grupos estão

distantes entre si e uns dos outros, ocorrendo, por causa disso, um acesso diferenciado em relação às oportunidades e aos equipamentos públicos. (MARQUES; TORRES, 2005, p.35).

Foi vivenciando esta realidade, marcada pela complexidade da situação habitacional no atendimento às demandas da população de baixa renda e das desigualdades no uso do espaço à cidade, que um grupo composto por entidades da sociedade civil, movimentos de moradia, organizações não governamentais e órgãos públicos assumiu o desafio de criar um espaço de formação, intercâmbio e mobilização com o objetivo de apontar diretrizes para enfrentar os graves problemas relacionados ao direito à moradia na cidade de São Paulo. A realização da Jornada em Defesa da Moradia Digna é, portanto, este espaço construído coletivamente, no qual é possível compartilhar experiências, fomentar debates e sensibilizar a sociedade para a situação de exclusão e desigualdade que tem acompanhado a construção das cidades brasileiras.

Tais princípios orientaram a realização da primeira edição do evento, cuja data de fundação remonta a agosto de 2006, quando foi dado o pontapé inicial para a proposta da 1ª Jornada na cidade de São Paulo, intitulada “Em Defesa da Moradia Digna”⁴². Os anos seguintes testemunharam a manutenção do espírito da Jornada. De 2007 a 2018, ocorreram seis edições, as quais elegeram como temas: “Moradia Digna” (2007); “Meio Ambiente” (2009); “Megaprojetos” (2011); “Conflitos Urbanos e Resistência Popular” (2013); “Sistema de Justiça” (2015) e “Mulheres em Luta pelo Direito à Moradia e à Cidade” (2018)⁴³.

O Núcleo Especializado de Habitação e Urbanismo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo participou das seis edições realizadas, beneficiando-se e contribuindo com os aspectos dinâmicos e pedagógicos da Jornada. O trabalho de articulação permanente com organizações externas em todas as etapas de construção da Jornada, de forma horizontal e dialogada, não só permitiu ao Núcleo experienciar, para além dos seus “muros”, a realidade das comunidades postulantes de seus serviços,

⁴² O grupo reunido era formado basicamente por advogados, assistentes sociais, arquitetos, ativistas, defensores públicos paulistas, engenheiros, estudantes, lideranças comunitárias, professores, profissionais de saúde, sociólogos e urbanistas. Para mais informações, consultar publicação disponível no link: <https://www.polis.org.br/uploads/1502/1502.pdf>. Acesso em 10/01/2020.

⁴³ Sobre as quatro primeiras Jornadas, é possível obter mais informações no link disponível em <http://gaspargarcia.org.br/noticias/centro-gaspar-garcia-segue-participando-da-jornada-em-defesa-da-moradia-digna/>, e sobre a quinta, em <https://apadep.org.br/2015/04/15/5a-jornada-da-moradia-digna-acontece-em-julho/>, ambos acessados em 19/01/2020. ? Materiais relativos à edição de 2017-2018 podem ser obtidos na íntegra em vídeos disponibilizados pela Escola da Defensoria Pública, disponíveis em <https://www.youtube.com/watch?v=Vy1Bd0KpvZ4&list=PLCITLROjmWsw4IsGIqzmqwaTA-yz10-2&index=4>. Acesso em 29/04/2020.

nos âmbitos individual e coletivo, como também atender a demandas da sociedade civil por práticas metodológicas mais condizentes com a realidade que lhe desafia. Nas palavras do Defensor Público Carlos Henrique Loureiro, então Coordenador no Núcleo de Habitação à época da primeira edição, a Jornada da Moradia ampliou o entendimento de que o “[...] saber jurídico de pouco adiantaria se não pudéssemos ouvir as comunidades, e ajudá-las a se fazer ouvir”.⁴⁴

Um breve panorama do histórico da Jornada da Moradia revela que, desde a sua origem, o modelo do evento apoiou-se na premissa de que a pauta habitacional, expressa de forma visível na realidade das favelas, dos loteamentos irregulares, dos bairros populares, dos conjuntos habitacionais e dos cortiços, não deve ficar restrita à discussão da segurança da posse ou da propriedade. Deve ir muito além dos meios necessários para a aquisição de uma habitação, alertando para o fato de que a conquista de uma moradia digna é fenômeno multifacetado marcado por múltiplas opressões, sendo, desse modo, indissociável da luta por direitos e pelo pleno exercício da cidadania.

Consequentemente, a cooperação e a troca de conhecimentos entre diversos segmentos sociais tornaram-se uma marca da Jornada que, ao longo da sua trajetória, incorporou as pautas dos direitos dos idosos, dos trabalhadores informais, da população em situação de rua, do movimento negro, dos movimentos das mulheres, de pessoas com deficiência, de movimentos em defesa da cultura, do meio ambiente e da defesa das vítimas de violência policial como elementos estratégicos à discussão do direito social à moradia e à cidade⁴⁵.

Porém, somente na 6ª Jornada, denominada “Mulheres pelo Direito à Moradia e à Cidade”, o evento direcionou sua atenção aos enquadramentos dinâmicos entre dois ou mais eixos de subordinação como categoriais centrais e estruturantes do debate em todas as etapas de organização do evento. Não se trata de ignorar o histórico da prática da incorporação de marcadores sociais e do intercâmbio entre diferentes áreas do conhecimento nas edições anteriores; ao contrário, foi graças ao acúmulo dessas experiências e à avaliação dos seus resultados que a edição encerrada em 2018 pôde avançar no tratamento dos marcadores como elementos que se combinam e se entrelaçam na constituição da própria metodologia do evento.

Do ponto de vista do desenho institucional da Defensoria Pública, a inclusão do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres da

⁴⁴ Fala completa disponível em: <https://sp.unmp.org.br/1o-jornada-em-defesa-da-moradia-digna-fala-do-carlos-henrique-a-loureiro/>. Acesso em 07/01/2020.

⁴⁵ Ver programação da 5ª Jornada da Moradia: <https://jornadadamoradiadigna.files.wordpress.com/2015/07/programacaoi.jpg>. Acesso em 10/03/2020.

Defensoria Pública num espaço reconhecidamente ocupado pelo Núcleo Especializado de Habitação, Urbanismo e Conflitos Agrários foi um passo estratégico para enfatizar a fundamentação epistemo-metodológica que caracteriza a interseccionalidade e a transdisciplinaridade no debate sobre a desigualdade entre homens e mulheres no acesso à cidade e aos instrumentos de luta por moradia. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é apresentar a experiência de construção da 6ª Jornada da Moradia, apontando as inovações por ela introduzidas. Este estudo de caso teve como fonte de dados a revisão documental de atas, notícias, documentos produzidos pela organização do evento e a análise e sistematização de relatos e depoimentos na forma escrita e audiovisual⁴⁶.

Já o artigo, está dividido em três seções, a par desta introdução. A primeira resgata o processo histórico de constituição da organização da Jornada, com ênfase para a atuação da Defensoria Pública Paulista por meio do seu Núcleo Especializado de Habitação, Urbanismo e Conflitos Agrários, presente em todas as edições. A segunda parte centra sua atenção na experiência de construção do tema da 6ª Jornada: “Mulheres em Luta pelo Direito à Moradia e à Cidade”. A proposta é demonstrar como a metodologia de trabalho dos anos anteriores passava a ser alvo constante de críticas a eventuais limitações e à presença dos mesmos movimentos e entidades sociais, criando, assim, condições para as mudanças que estavam por vir. A seção seguinte é dedicada ao levantamento das discussões realizadas na 6ª Jornada com o intuito de verificar em que medida o entrelaçamento das temáticas de gênero e moradia permitiu à Jornada da Moradia reconhecer que há diversos obstáculos ao acesso à moradia que também permeiam todo o tecido social. Ao final, são expostas as considerações deste artigo, refletindo sobre o pressuposto de que os Núcleos Especializados da Defensoria Pública têm potencial para promover um olhar mais integrado, dinâmico e relacional das questões que afetam o seu público na hora de elaborar e executar suas políticas públicas, especialmente quando há interlocução com novos grupos, interna e externamente.

2 JORNADA DA MORADIA: UM LOCAL DE CONSTRUÇÃO DE SOLIDARIEDADES, DISPUTAS E DESAFIOS

A Jornada pela Moradia Digna foi um momento muito rico para a Defensoria Pública, pois nós passamos a tentar entender problemas com os quais jamais tínhamos lidado, que desconhecíamos, e, assim, que não dávamos a devida importância [...]. Nossa aposta, junto com todas as demais entidades parceiras foi: diálogo, troca de informações, tomada

⁴⁶ Este artigo é fruto de inquietações nascidas a partir da participação das autoras no Grupo de Trabalho de Mobilização das duas últimas edições da Jornada.

de consciência e ação conjunta. Nosso não saber, nossas limitações quanto as possíveis respostas prontas a respeito de uma infinidade de problemas complexos nos deu uma grande humildade. A humildade de saber que a nosso saber jurídico de pouco adiantaria se não pudéssemos ouvir as comunidades e ajudá-las a se fazer ouvir [...].⁴⁷

Em 2006, representantes da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg), do Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, do Centro de Apoio a Iniciativas Comunitárias (Caicó), da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, do Escritório Modelo “Dom Paulo Evaristo Arns” - PUC/SP, do Grupo de Articulação para Moradia do Idoso da Capital (GARMIC), do Instituto Pólis, da Pastoral da Moradia – Região Episcopal do Ipiranga, do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade de São Paulo (SAJU), da União dos Movimentos de Moradia da Grande São Paulo e Interior (UMM/SP) e da Uninove deram o pontapé para a construção da 1ª Jornada da Moradia Digna⁴⁸. Desde sua primeira formação até os dias atuais, a metodologia da Jornada sofreu algumas mudanças para se adequar ao objetivo geral de atender e orientar a população nas questões referentes à moradia nos campos jurídico, da arquitetura, da engenharia, da saúde, da sociologia e do serviço social. Apesar das particularidades da organização de cada evento, relacionadas ao seu momento histórico e aos objetivos específicos pretendidos, a construção coletiva da Jornada compreende, basicamente, quatro etapas distintas, porém complementares. São elas: as reuniões de organização, as visitas de mobilização, as atividades conhecidas como Pré-Jornadas, e a Jornada da Moradia propriamente dita.

Nas reuniões de organização, que podem durar de um ano a seis meses, representantes de movimentos, instituições e entidades discutem as principais demandas habitacionais até se chegar ao tema, ao método de trabalho escolhido, aos locais em que as atividades ocorrerão e ao público atendido. Geralmente, são escolhidos locais em que os participantes da etapa de organização atuam ou vivenciam problemas relacionados ao tema proposto. Em seguida, com o intuito de conhecer as comunidades, aproximar-se das lideranças locais e convidar os moradores, são feitas visitas aos locais previamente escolhidos. Já na etapa das pré-jornadas, os envolvidos compartilham informações (principalmente jurídicas), realizam atividades

⁴⁷ As reflexões que iniciam esse bloco foram feitas pelo Defensor Público Carlos Henrique A. Loureiro na mesa de palestra de abertura da 2ª Jornada da Moradia, realizada em 2008. Disponível no link: <https://sp.unmp.org.br/1o-jornada-em-defesa-da-moradia-digna-fala-do-carlos-henrique-a-loureiro/> Acesso em 07/01/2020.

⁴⁸ A Jornada da Moradia nasce como um dos encaminhamentos do Fórum de Estudos sobre Atuações em Cortiços. Para mais informações sobre o Fórum e registros detalhados das questões abordadas durante o processo da elaboração e realização da 1ª Jornada, consultar a publicação disponível no link: <https://www.polis.org.br/uploads/1502/1502.pdf>. Acesso em 07/01/2020.

diversas e mobilizam os moradores para o grande evento da Jornada, que acontece entre dois ou três meses depois dessa imersão local. Finalmente, num fim de semana, são realizadas palestras e oficinas ministradas por lideranças de movimentos sociais, professores, pesquisadores, representantes de órgãos políticos ou jurídicos e profissionais que trabalham temas correlatos. Ao longo de todo o ciclo, a partir da análise dos temas propostos, busca-se a associação do direito à moradia com outros elementos que o constituem, ou com questões que estão diretamente ligadas a este ou ao direito à cidade, conforme o contexto histórico em que ocorre a atividade.

Esta intensa articulação com entidades, organizações, movimentos sociais e órgãos públicos fez da Jornada da Moradia um local privilegiado de construção de solidariedades, disputas e desafios, que surgem como reflexo da contribuição de diferentes práticas e campos “outros” de produção de conhecimentos e discursos sobre o direito ao acesso à moradia digna. Esta questão está presente desde a primeira Jornada, como bem relatado na fala do Defensor Público Carlos Loureiro, então coordenador do Núcleo de Habitação e Urbanismo na mesa de abertura da segunda edição do evento.

Com relação à participação dos Núcleos Especializados da Defensoria Pública, elemento chave para testar a hipótese deste artigo, um olhar mais atento para o grupo das entidades públicas envolvidas revela que o Núcleo Especializado de Habitação, Urbanismo e Conflitos Agrários da Defensoria Pública do Estado de São Paulo marcou presença em todas as edições. Mas, antes de dar sequência, convém apresentar os Núcleos Especializados da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Após a instauração do regime democrático em 1988, as Defensorias Públicas tornaram-se essenciais na prestação de assistência jurídica integral e gratuita às pessoas que não têm condições de arcar com os custos de um advogado⁴⁹. No Estado de São Paulo, a Defensoria Pública do Estado saiu do papel apenas no dia 14 de dezembro de 2005, data em que a Assembleia Legislativa aprovou o Projeto de Lei Complementar nº 18/2005. Uma vez organizada, a Defensoria Paulista passou a oferecer assistência judicial e extrajudicial, integral e gratuita, de modo individual e coletivo, ao público que comprovasse a insuficiência de recursos⁵⁰. Ao passo que o direito de acesso à justiça envolve uma série de mecanismos, uma das inovações

⁴⁹ O artigo 134 da Constituição conceituou que a Defensoria Pública como um dos aparatos do direito do acesso à justiça. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 21/11/2019.

⁵⁰ A Deliberação 89/08 estabelece a hipótese de atendimento ao indivíduo que não conte com renda familiar mensal superior a três salários mínimos, não seja proprietário, titular de aquisição, herdeiro, legatário ou usufrutuário de bens móveis, imóveis ou direitos cujos valores ultrapassem a quantia equivalente a 5 mil Ufesp e não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 salários mínimos federais.

introduzidas pelo modelo de Defensorias foi a constituição dos Núcleos Especializados com foco na atuação estratégica em demandas de interesse coletivo e, conforme será visto mais adiante, com mais espaço para o trabalho em colaboração entre os defensores, e entre estes e atores externos, tais como organizações da sociedade civil e movimentos sociais⁵¹ (SOUZA, 2019, p.86).

Nesse sentido, a Lei Complementar Estadual n. 988/2006, em seu art. 52, determinou que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo contasse com Núcleos Especializados, de natureza permanente, para atuar prestando suporte e auxílio no desempenho da atividade funcional dos membros da instituição, de acordo com os seguintes temas: "Interesses Difusos e Coletivos"; "Cidadania e Direitos Humanos"; "Infância e Juventude"; "Consumidor e Meio Ambiente"; "Habitação e Urbanismo"; "Situação Carcerária" e "Segunda Instância e Tribunais Superiores". Além disso, esta mesma lei, no artigo seguinte, inciso IV, prevê que os Núcleos devem realizar e estimular o intercâmbio com entidades públicas e privadas.

Dois anos mais tarde, a Lei Complementar n. 132/2009 trouxe contornos que reforçaram a prática de uma atuação preventiva e voltada para a promoção dos direitos humanos, estabelecendo como funções institucionais do órgão, por exemplo, o exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (VIEIRA & RADOMYSLER, 2015). Atualmente nove núcleos especializados estão em atividade: 1) Infância e Juventude, 2) Habitação, Urbanismo e Conflitos Agrários, 3) Cidadania, Direitos Humanos e Meio Ambiente, 4) Defesa do Consumidor, 5) Situação Carcerária, 6) Segunda Instância e Tribunais Superiores, 7) Direitos da Mulher, 8) Diversidade e Igualdade Racial e 9) Direitos do Idoso e da Pessoa com Deficiência - os três últimos criados em resposta às demandas dos participantes externos do I Ciclo de Conferências da Defensoria Pública⁵².

Se, nesse novo desenho institucional, os Núcleos Especializados representaram um outro dimensionamento à atuação do órgão, ao ampliarem "[...] a possibilidade de que as diferenças dos grupos sociais estigmatizados sejam explicitadas e reconhecidas no âmbito da instituição (VIEIRA & RADOMYSLER, 2015, p.46)", também merece

⁵¹ Quanto às percepções sobre as diferenças entre os defensores que atuam nas "pontas", isto é, nas unidades de atendimento, e aqueles que atuam em Núcleos Especializados, consultar a dissertação de mestrado de Clarissa Christianne Rodrigues Souza.

⁵² Convocados a cada dois anos pelo Conselho Superior, os Ciclos de Conferências são espaços de participação social nos quais os usuários dos serviços podem eleger as propostas que devem entrar Plano de Atuação, ou seja, devem nortear o trabalho de defensores, servidores e estagiários. Assim que o Plano de Atuação é aprovado, cabe aos Órgãos da Defensoria Pública cuidarem para que as diretrizes propostas nele sejam implementadas. A realização dos Ciclos de Conferências promovidos pela Defensoria Pública está prevista no artigo 6º, inciso III da LCE 988/2006.

destaque o fato de que demandas apresentadas pelo público externo num dos espaços de participação social existentes na instituição, os Ciclos de Conferências, corroborou para estreitar o compromisso da Defensoria Pública Paulista com o tema da moradia digna e, notadamente, com a preparação da Jornada da Moradia.

Em 2009, data de realização do primeiro Ciclo de Conferências, duas propostas foram aprovadas no eixo Habitação, Urbanismo e Conflitos Agrários e, posteriormente, incorporadas ao Plano de Atuação da instituição, quais sejam, "promover, em parceria com os movimentos sociais, a continuação dos eventos da Jornada em Defesa da Moradia Digna" e "fazer jornadas temáticas (ex.: Jornada da Moradia), em parceria com os movimentos sociais, para que os Defensores conheçam as lideranças e estas conheçam os Defensores"⁵³. Desde então, o Núcleo Especializado de Habitação, Urbanismo e Conflitos Agrários não só vem se debruçando sobre a temática, como também incorporou as reuniões de organização na sua agenda institucional, assunto este que será melhor detalhado no próximo tópico.

3. A EXPERIÊNCIA DA CONSTRUÇÃO DA 6ª JORNADA E A EMERGÊNCIA DE OUTROS OLHARES E SABERES

*Precisamos unir vozes de oposição à violência contra a mulher, à discriminação e ao machismo predominante em nossa sociedade, e ao mesmo tempo, resistir à precarização das políticas públicas e perda de direitos sociais duramente conquistados. É fundamental partilhar experiências que permitam o reconhecimento de que a conquista e manutenção dos direitos só é possível na luta social e com envolvimento solidário entre mulheres e homens*⁵⁴.

De 2007 a 2015, a Jornada da Moradia abordou temas relacionados à moradia digna, ao meio ambiente, aos impactos urbanos dos megaprojetos, à questão da resistência popular nos conflitos urbanos e ao papel do sistema de justiça nos conflitos agrários. Todas as edições representaram uma etapa importante de articulação entre entidades, órgãos públicos e movimentos sociais comprometidos com a concretização do direito à moradia digna e à cidade. Contudo, em 2015, em duas reuniões organizadas para avaliar criticamente o desempenho da 5ª Jornada da Moradia, havia um forte entusiasmo por mudanças no formato do evento Aspectos ligados à metodologia (leia-se: ao modelo tradicional de palestras e oficinas), ao enfoque muito

⁵³ As propostas aprovadas nas sete edições do Ciclo estão disponíveis na página da Defensoria Pública: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=6246>. Acesso em 15/01/2020.

⁵⁴ Trecho do Manifesto da 6ª Jornada em Defesa da Moradia Digna, o qual se encontra disponível em procedimento administrativo que pode ser obtido junto à Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública ou ao Núcleo Especializado de Habitação e Urbanismo da Defensoria Pública de São Paulo.

técnico na interlocução entre os saberes (característico do direito e das instituições do sistema de justiça) e até mesmo à necessidade de uma participação mais ativa das lideranças dos movimentos de moradia e das comunidades visitadas passaram a ocupar o centro das reflexões.

Oficialmente, a primeira reunião de organização da 6ª Jornada da Moradia teve início em julho de 2016, ocasião em que os presentes manifestaram apoio à realização de um novo evento, desde que este tivesse como atores principais os movimentos sociais e os moradores das comunidades, lógica que aparentemente havia se perdido. Também houve consenso em torno da necessidade de se buscar um novo modelo de Jornada que permitisse uma maior interação com [e entre] as lideranças locais, bem como considerasse seu engajamento em todas as fases do evento: planejamento, organização e execução⁵⁵.

Nas reuniões posteriores, teve início a discussão sobre possíveis temas para a 6ª Jornada. Devido ao potencial de mobilização e de apelo frente ao cenário político, foram lembrados conteúdos relativos ao papel da mulher no histórico de lutas pelo direito à moradia, à criminalização dos movimentos sociais, das periferias e da pobreza, aos conflitos com a polícia e violências sofridas pela população pobre. Em novembro de 2016, após os participantes dos movimentos de moradia conversarem com suas bases, “Mulheres em luta pelo direito à moradia e à cidade” foi escolhido como o tema da 6ª Jornada. Também foi assumido o compromisso de convidar comunidades lideradas por mulheres, envolvendo-as em todas as etapas de construção do evento.

A opção pela discussão do entrelaçamento das temáticas de gênero e moradia e as questões sociais e culturais envolvidas ocorreu num momento em que a Lei 11.340/2006⁵⁶, denominada Lei Maria da Penha, conferia visibilidade à violência contra a mulher ao trazê-la para o espaço público como um fenômeno de violação dos direitos humanos produzido historicamente e passível de ser enfrentado com instauração de medidas mais rigorosas em relação aos agressores. Não à toa, as violações aos direitos das mulheres passaram a ser alvo de pesquisas de grande porte divulgadas pelos veículos de comunicação que, finalmente, reconheciam o problema.

⁵⁵ Participaram da construção da sexta edição da Jornada: Central de Movimentos Populares, Centro de Apoio a Iniciativas Comunitárias, Centro Gaspar Garcia, Escritório Modelo Puc-SP, Defensoria Pública de São Paulo (Escola da Defensoria, Núcleo de Habitação, Urbanismo e Conflitos Agrários, Núcleo de Defesa e Promoção dos Direitos da Mulher e Ouvidoria-Geral), Grupo de Articulação de Moradia do Idoso da Capital, Instituto Pólis, Núcleo de Direito à Cidade da USP, Pastoral da Moradia Região Episcopal Ipiranga, Rede Rua e a União dos Movimentos de Moradia - Grande São Paulo e Interior.

⁵⁶ Lei Maria da Penha disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 17/01/2020.

O Mapa da Violência de 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil⁵⁷, apontava que, entre 2003 e 2013, o número de vítimas do sexo feminino passou de 3.937 para 4.762, incremento de 21,0% na década. O relatório também revelava que, com poucas exceções geográficas, a população negra é a vítima prioritária dos homicídios, evidenciando o peso do racismo na violência letal. De forma semelhante, a intelectual brasileira Sueli Carneiro (2003) pontuava a necessidade de políticas específicas para as mulheres negras para a equalização das oportunidades sociais, além do reconhecimento da dimensão racial e da feminização da pobreza no Brasil.

Uma vez eleito o tema, o próximo passo foi alinhar a metodologia e definir os grupos incumbidos da tarefa de esboçar propostas de atividades para as Pré-Jornadas e a Jornada. Relativamente à metodologia, foi realizado um encontro formativo para aprofundar a temática, que contou com a mediação de uma pesquisadora da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo (FAU-USP) e de uma militante do Movimento dos Trabalhadores Sem-teto (MTST). O encontro foi marcado pela diversidade das práticas vivenciadas pelas entidades, organizações e movimentos de moradia. O grupo era formado pelos seguintes componentes: Movimento de Moradia da Região do Centro, Núcleo de Defesa e Proteção dos Direitos das Mulheres da Defensoria Pública, Comunidade Capadócia, União Brasileira de Mulheres, Federação das Associações Comunitárias do Estado de São Paulo, Instituto de Lutas Sociais, Associação Africana do Brasil, Movimento Nacional de População de Rua de São Paulo, Comunidade Pantanal-Zona Sul, Movimento dos Trabalhadores Sem Teto, Movimento Moradia Para Todos e Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. Em conjunto, chegou-se ao entendimento de que era necessário criar metodologias próprias para abordar o assunto, além de outras atividades formativas, com a possibilidade de rodas de discussões separadas, uma para homens e outra para mulheres.

Foram, ainda, definidos os desafios que deveriam nortear a 6ª Jornada: I) não abordar o tema da participação das mulheres nos movimentos de moradia e as desigualdades de gênero como um tema tangencial às questões de moradia; II) reconhecer que a segregação das pessoas nas periferias e as desocupações forçadas decorrem de três desigualdades estruturantes: classe, raça e gênero; III) refletir sobre quais são os papéis e atribuições das mulheres nos movimentos de moradia e ocupações; IV) compreender como a participação das mulheres nos movimentos de moradia é mediada e limitada pelas obrigações domésticas e de cuidados com a

⁵⁷ O Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil foi elaborado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO), com o apoio do escritório no Brasil da ONU Mulheres, da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPAS/OMS) e da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php Acesso em 17/01/2020.

família; V) reconhecer que as mulheres são as responsáveis, na maior parte das vezes, por compilar as provas necessárias para juntar nas defesas dos processos de ocupação e VI) problematizar sobre o objetivo dos movimentos de moradia, que não se reduz à conquista de uma casa, mas a uma melhor qualidade de vida, o que envolve uma vida sem violência doméstica, uma vida onde homens e mulheres dividam e compartilhem as obrigações domésticas e sejam igualmente respeitados⁵⁸.

Em resumo, falar em moradia digna implica em mais do que a simples etapa de entrega de casas para atender o direito à moradia; neste sentido, a confecção e a implementação de projetos habitacionais deveriam observar que:

A participação de organizações e grupos de mulheres deve ser assegurada em todas as etapas do desenvolvimento de políticas, programas e projetos habitacionais, assim como na elaboração de novas leis, a fim de que suas necessidades específicas sejam levadas em conta. É importante, também, que sejam desenvolvidas ações voltadas a ampliar o acesso das mulheres à Justiça na luta por seu direito à moradia, como a realização de ações educativas e a disponibilização de serviços de assistência jurídica gratuita ou, ao menos, com custos acessíveis para elas (ROLNIK, 2011, pág. 24)

Uma vez que a temática proposta inovava ao direcionar a atenção da Jornada para o reconhecimento de que a questão de gênero intensifica os obstáculos ao acesso à moradia, adotou-se como estratégia convidar o Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres da Defensoria Pública para compor, junto ao Núcleo de Habitação, Urbanismo e Conflitos Agrários, ao Escritório Modelo da PUC e ao Instituto Pólis, o grupo de trabalho de metodologia, de modo a garantir, na prática, a articulação entre as categorias gênero e moradia em todas as etapas de organização do evento⁵⁹. A colaboração entre os referidos Núcleos permitiu agregar novos olhares à Jornada da Moradia. A participação do Núcleo de Defesa dos Direitos das Mulheres, o protagonismo das lideranças femininas e a inclusão de rede de entidades que já dialogavam e desenvolviam atividades com o Núcleo da Mulher em outros espaços, possibilitaram a inserção de outras práticas, haja vista a incorporação de coletivos que tinham um modo diferente de atuar e dialogar com suas bases. Grupos como Slam das Minas, Piratas do Tietê, Baque SP, Makita, dentre outros que serão mencionados mais

⁵⁸ Trechos extraídos das atas das reuniões, as quais se encontram disponível em procedimento administrativo que pode ser obtido junto ao Núcleo Especializado de Habitação e Urbanismo da Defensoria Pública de São Paulo.

⁵⁹ Além do Grupo de Trabalho sobre Metodologia, foram montados outros três: Comunicação (Ouvidoria-Geral e Rede Rua), Logística (CAICÓ, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, Pastoral da Moradia e PUC Ipiranga) e Mobilização (Ouvidoria-Geral).

adiante, trouxeram linguagens diversas das utilizadas até então pelos grupos historicamente empenhados na execução da Jornada.

Por esse ângulo, ao longo da 6ª Jornada, inúmeras abordagens foram pensadas pela comissão de metodologia visando atender aos desafios elencados. O quadro abaixo resgata e sintetiza os principais pontos.

Etapa	Propostas do Grupo de Trabalho de Metodologia
<p>Pré-Jornadas (duas visitas)</p>	<p>Levantamento de uma bibliografia básica para estudo das questões de gênero;</p> <p>Formação de uma comissão de organização local, com pessoas da comunidade, para auxiliar na organização, mobilização e divulgação do evento;</p> <p>Aplicação de rodas de conversa e dinâmicas, como o "jogo dos privilégios", direcionando questões relacionadas à inserção da mulher nos movimentos de moradia e suas limitações;</p> <p>Organizar espaços de discussão separados, um formado pelos homens, para poderem desconstruir seus preconceitos, e outros formado pelas mulheres, para poderem refletir sobre as violências que sofreram;</p> <p>Quando da divisão de gênero dos grupos, deixar um homem como o facilitador da atividade reservado aos homens, de modo a não gerar constrangimentos ou outros problemas na condução dos trabalhos;</p>

	<p>Encaminhar atividades que apontem para um subtema prioritário para cada comunidade (aprofundados na segunda etapa);</p> <p>Capacitação de todos os integrantes das entidades organizadoras sobre questões de gênero;</p> <p>Visita a uma comunidade indicada pelo GT Mobilização para testar a metodologia.</p>
<p>Jornada</p>	<p>Contatar coletivos e grupos para condução de oficinas temáticas e/ou intervenções artísticas e culturais;</p> <p>Os grupos foram organizados de acordo com os quatro subtemas escolhidos pelas comunidades visitadas nas Pré-Jornadas: violência doméstica; educação das crianças em direito à cidade e direito das mulheres; drogadição e juventude; e participação da juventude nos movimentos sociais e na construção dos direitos à cidade;</p> <p>Sobre a separação de grupos por gênero, foi acordado que a oficina sobre “violência doméstica” seria destinada às mulheres e a oficina “masculinidades” aos homens (ou àqueles que se identificarem como “não-mulheres”).</p>
	<p>Discutiu-se a dificuldade em abordar o tema gênero e dar conta de sua complexidade em apenas duas visitas;</p> <p>As Pré-Jornadas devem ser em locais que garantam que serão as mulheres a receber o grupo e a participar;</p>

<p>Reflexões Pós Jornada</p>	<p>Dar continuidade às atividades de capacitação e/ou aprofundamento das questões de gênero na comunidade, como a realização de cursos e contato com a rede local, possibilitando a realização de outros eventos e, ainda, informações sobre encaminhamentos e atendimentos individuais nos Núcleos e entidades jurídicas parceiras;</p> <p>A Jornada se mostrou até então como um processo cíclico (começo, meio e fim), porém, é importante começar a ver a Jornada como uma ação contínua. Assim, não há mais como retirar das Jornadas futuras a discussão da mulher na luta por moradia.</p>
----------------------------------	---

Tabela 1: síntese das propostas apresentadas pelo Grupo de Trabalho de Metodologia da 6ª Jornada da Moradia Digna (2018). Fonte: elaboração das autoras, a partir das atas de reuniões consultadas.

As atividades acima são um indicativo do quão potente pode ser o trabalho ancorado numa visão de abertura, parceria e integração, neste estudo de caso, pela introdução do Núcleo da Mulher num terreno historicamente ocupado pelo Núcleo de Habitação e Urbanismo. Isso porque a junção dos trabalhos dos Núcleos impôs finalmente o desafio de abordar os conceitos de moradia e de gênero como fenômenos complexos, interligados e dinâmicos, superando a compartimentalização e a fragmentação do conhecimento. Somaram-se outros saberes ao conhecimento sociojurídico das organizações que tradicionalmente organizavam a Jornada. Esta colaboração ocorreu especialmente com a elaboração de oficinas por coletivos de música, dança e poesia, com a participação de um profissional da psicologia social para trabalhar com o tema da masculinidade (que percorreu as duas etapas finais), a partir da apresentação de grupos de mulheres que trabalham com a temática de gênero, raça, imigração, por meio da poesia, dança, do canto e de outras manifestações artísticas e musicais.

Exemplos disso foram o jogo dos privilégios e as oficinas ligadas aos temas da masculinidade e das violências praticadas contra as mulheres. Ao contrário do modelo de palestras, predominante nos anos anteriores, este formato propiciou momentos mais formativos, participativos e de maior aproximação, estimulando a cooperação, a

reflexão e a busca por solução de problemas⁶⁰. O jogo dos privilégios⁶¹, partindo de perguntas que revelavam situações hipotéticas em que algumas pessoas têm vantagens em relação a outras, em razão da raça, do gênero ou da classe social, permitiu iniciar a reflexão sobre diferenças e privilégios. E isso funcionou como gatilho para, depois, em grupos separados, as mulheres exporem momentos violentos que já vivenciaram em casa; e os homens dialogarem com outros homens sobre os papéis sociais que têm legitimado as diferenciações, por meio de conversas e de responsabilização a respeito das possíveis violências praticadas contra mulheres.

Enquanto os desafios lúdicos da dinâmica permitiram o contato dos participantes com situações de desigualdades estruturais que perpassam o cotidiano – mas que muitas vezes permanecem mascaradas –, as atividades que dividiam os grupos por gênero foram fundamentais para deixar as pessoas à vontade para partilhar suas vivências, classificar e identificar os diversos tipos de violências a que estão expostas, na condição de vítimas ou agentes, bem como verificar o quanto estas situações impactam negativamente no exercício de seu direito à moradia. A partir das rodas de conversa, foram levantados os possíveis temas para a atividade final da Jornada e convidados grupos que atuavam nas próprias comunidades em que ocorreram as Pré-Jornadas, para trocarem conhecimento com os demais participantes, assim como coletivos de mulheres e de jovens para apresentarem obras artísticas ligadas às temáticas.

A 6ª Jornada iniciou com a projeção do filme “Mulheres da Esperança”, que contou um pouco da história de vida e de luta das mulheres da Ocupação Esperança, em Osasco. Conforme exposto no documentário, de aproximadamente 15 minutos, são as mulheres que resolvem os problemas da comunidade, como a fome e a violência doméstica; que se reúnem semanalmente para trabalharem juntas, se fortalecerem e conversarem sobre essas violências a que estão submetidas diariamente, bem como para se organizarem e resolvê-las coletivamente. Isso porque, nas palavras de uma das moradoras da região, “toda mulher que entrar numa luta, são guerreira (sic), são nota 10; doa a quem doer; (...) não deixa ninguém botar seu nome no chão (sic)”⁶².

⁶⁰ Como as organizadas pelo psicólogo Flávio Urra, responsável por desenvolver o “Programa E Agora José” com grupos socioeducativos que trabalham com homens autores de violência contra mulheres, em parceria com Prefeituras e órgãos do Sistema de Justiça. Mais informações em <https://flaviourra.wordpress.com/masculinidade/programa-e-agora-jose/>. Acesso em 17/01/2020.

⁶¹ Mais informações sobre como funciona esta atividade estão disponíveis em <https://www.geledes.org.br/jogo-do-privilegio/>, vídeo que apresenta a mesma dinâmica, mas com foco nas questões raciais. Acesso em 31/03/2020.

⁶² Trecho da fala de Josefa, moradora da ocupação Esperança pode ser conferido no vídeo “Mulheres da Esperança”, material produzido por elas, reproduzido pela Rede Rua e disponibilizado pela Escola da Defensoria Pública EDEPE, em

Em seguida, Irene Maestro Sarrion Dos Santos Guimarães, militante do movimento Luta Popular e organizadora do grupo Mulheres da Esperança e Antônia Lindinalva Ferreira do Nascimento, ativista social no MSTRU (Movimento Sem-Teto e Reforma Urbana) e uma das coordenadoras da FLM (Frente de Luta por Moradia), falaram um pouco sobre o movimento de que participam, da luta e do protagonismo das mulheres e da importância do trabalho coletivo para que mudanças ocorram.

Ao final do primeiro dia, houve também a apresentação cultural Baque Mulher São Paulo, do Campo Limpo; grupo formado só por mulheres e que, tocando e dançando Maracatu, homenageou personalidades femininas como Marielle Franco e Maria da Penha. No dia seguinte, após a mesa de abertura, ocorreram cinco oficinas temáticas, cujos temas foram sugeridos pelos próprios participantes das pré-jornadas. Em cada uma delas, foram desenvolvidas atividades e, ao final, levantadas resoluções, a partir das questões discutidas nos grupos. Além disso, para as crianças, foi reservado um espaço lúdico e pedagógico que ficou sob a responsabilidade de homens da organização, de modo que as mães pudessem participar tranquilamente das demais atividades⁶³.

A oficina “Violência contra a mulher, mulheres empoderadas em luta pelo direito à moradia”, organizada pelo “Slam das Minas”⁶⁴ foi desenvolvida a partir de batalhas de poetas, exclusiva para mulheres, como um espaço de voz e acolhimento. Nessa, elas puderam expor sobre fatos que vivenciaram, com pessoas de todas as idades, discutiram o papel da mulher, as violências a que são submetidas na cidade e a necessidade constante de busca por formação. Já para os homens, houve a oficina “Masculinidades: homens e machismo”, com o psicólogo Flávio Urra e alguns defensores. Exclusiva para o público masculino, teve como finalidade incentivar os homens a conversarem ora sobre as vantagens de ser mulher na nossa sociedade, ora sobre as vantagens de ser homem. A partir das discussões travadas, concluíram o quão desvantajoso é ser mulher e que é necessário aos homens assumirem tarefas e

<https://www.youtube.com/watch?v=DEplnVKIgfQ&list=PLCITLROjmWsw4IsGIqzmqwaTA-yz10-2&index=1>. Acesso em 01/04/2020.

⁶³ Esta apresentação pode ser obtida na íntegra no vídeo disponibilizado pela Escola da Defensoria Pública, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=Vy1Bd0KpvZ4&list=PLCITLROjmWsw4IsGIqzmqwaTA-yz10-2&index=4>. Acesso em 29/03/2020.

⁶⁴ Mais informações sobre o coletivo podem ser obtidos em <https://slamdasminassp.wixsite.com/slamdasminassp>. Acesso em 29/03/2020.

enfrentamentos historicamente exclusivos de mulheres, com o fim de reduzir as desigualdades⁶⁵.

Além desta, ocorreram outras três oficinas, com foco na educação de crianças e jovens. “Criança empoderada conhece seus direitos”, coordenada pelo “Grupo VOPO” (Vozes Poéticas), desenvolveu conversas a partir de poesias e outras linguagens utilizadas por jovens engajados na luta por direitos e moradia digna. Discutiu-se, por exemplo, como usar tais linguagens no combate ao uso abusivo de drogas, questão recorrente trazida pelos participantes. Na atividade “Literatura ostentação: o papel da arte na formação de jovens que movem a estrutura”, com o grupo “Poetas Do Tietê”, foi proporcionado um espaço bem participativo, em que as pessoas puderam expressar suas opiniões, após presenciar um sarau de poesias. A ideia era apresentar como a poesia, a música, os esportes, o teatro e a utilização de outras linguagens para se comunicar com os jovens ajudam na formação dos mesmos.

Em “Juventude e direito à cidade”, com a “Coletiva Maria Sem Vergonha”⁶⁶, a oficina partiu da apresentação de trechos de um documentário sobre a ocupação das escolas por adolescentes (Lute como uma menina!) e, em seguida, foi desenvolvida uma dinâmica em que cada grupo deveria colocar em um cartaz imagens sobre o que considerava necessário para uma cidade⁶⁷. Com base nisso, elaboraram as proposições que foram apresentadas aos participantes das demais oficinas.

Após o almoço, foi exposto um vídeo do “Coletivo Comboio” com trabalhos desenvolvidos para crianças, em escolas e ocupações; logo depois, houve uma apresentação cultural do Coletivo São João, com música e dança composta por pessoas do movimento de moradia e poesias recitadas por Antônia Lindinalva Ferreira do Nascimento, em que contou como é a vida da mulher no movimento e os sonhos de uma criança, sua filha. Abaixo, seguem os poemas apresentados que revelam aspectos da vida de uma mulher e de uma criança da ocupação:

Mulher?

⁶⁵ Fala disponível no link: <https://www.youtube.com/watch?v=KNkXUsDSSbM&list=PLCITLRQjmWsw4IsGIqzmqwaTA-yz10-2&index=6> Acesso em 25/03/2020.

⁶⁶ Trata-se de um grupo de mulheres da Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo que desenvolve ações feministas dentro e fora da Universidade.

⁶⁷ O documentário pode ser assistido integralmente em https://www.youtube.com/watch?time_continue=491&v=8OCUMGHm2oA&feature=emb_logo. Acesso em 01/04/2020.

Mulher é movimento;/Mulher é alegria;/Mulher é acordar cedo;/É resistir ao dia a dia.

Mulher é luta;/Mulher é brilho;/Mulher é dormir tarde,/ é resistir aos desafios.

Mulher é vida e sabedoria;/Mulher é junção de luta e movimento;/Mulher é força e coragem,/é espalhar o seu talento.

Quarto de Beatriz

Beatriz tem oito anos;/A caçula dos filhos meus;/Sou feliz por ter meus filhos;/Presentes que Deus me deu.

A menina tem um sonho;/E quer muito realizar;/O que posso eu fazer?/É preciso ter lugar.

Lugar para ocupar;/ Lugar para resistir;/Lugar para se viver;/Lugar para construir.

A menina tem um sonho;/E quer muito realizar;/O que posso eu fazer?/É preciso ter lugar.

Seu sonho é ter um quarto;/Onde possa colecionar/seus brinquedos favoritos,/ que não tem onde guardar.

Quarto?/ Quarto que tem quarto;/ Quarto que tem cozinha;/ Quarto que tem banheiro e sala;/ Parece até uma casinha.

Esse quarto já existe;/ Não é difícil chegar lá;/ É só uns lances de escada;/ Não é difícil chegar lá.⁶⁸

Ao final, integrantes das oficinas contaram o que ocorreu em cada uma delas aos que participaram das demais atividades e leram os principais pontos discutidos nos grupos⁶⁹. Ainda, houve uma mesa de encerramento com as mulheres da

⁶⁸ Poemas recitados por Antônia Lindinalva e que podem ser ouvidos no vídeo produzido pela Escola da Defensoria, aos 7ms, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KNkXUsDSSbM&list=PLCITLRQjmWsw4IsGIqzmqwaTA-yz10-2&index=6>.

⁶⁹ As falas podem ser assistidas na íntegra nos vídeos disponibilizados pela Escola da Defensoria Pública, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=Vy1Bd0KpvZ4&list=PLCITLRQjmWsw4IsGIqzmqwaTA-yz10-2&index=4>. Acesso em 29/04/2020.

organização e, por último, a apresentação cultural das “Lakitas Sinchi Warmis”, um grupo de mulheres imigrantes andinas que visa resgatar, estimular e visibilizar a manifestação desses mundos culturais por meio da formação e valorização de expressões de música de referência tradicional.

Portanto, ao dirigir seus esforços para evitar repetir abordagens centradas na simples transmissão de informações, a 6ª edição do evento direcionou sua atenção para atividades voltadas a desconstruir conhecimentos pré-concebidos e a repensar comportamentos tidos como naturais, mas que reforçam desigualdades de oportunidades e de acesso a direitos. A implementação desta nova metodologia, acompanhada da inclusão de novos participantes ligados à pauta da luta contra a violência de gênero na organização e na condução dos trabalhos, provou ser estratégica para aprofundar os debates existentes sobre os obstáculos ao direito à moradia, também como um tipo de violação dos direitos humanos das mulheres, dando um passo além, ao mudar a perspectiva do olhar sobre o mesmo objeto, incluindo-se aí um sujeito.

Em alguma medida, as Jornadas anteriores já sinalizavam com a preocupação de incorporar outros marcadores sociais ao debate da moradia, haja vista a participação de lideranças de movimentos de defesa de pessoas idosas - como o Grupo de Articulação para Moradia do Idoso da Capital (GARMIC) - ou da população em situação de rua - como o Movimento Nacional da População em Situação de Rua (MNPR). Todavia, os diversos marcadores não representavam a discussão estruturante do evento; da definição das estratégias aos combinados finais, enquanto na 6ª Jornada, a questão de gênero foi discutida como elemento central e essencial para a garantia do direito à moradia.

Essa guinada epistemológica e metodológica pode ser observada também na fala de lideranças e moradoras que, convidadas a participar, problematizaram como essas situações se refletem em situações do cotidiano, passando desde a distribuição desigual das tarefas nas comunidades, com as mulheres responsáveis sobretudo pelas tarefas do âmbito doméstico, até a participação política no interior dos movimentos de luta por moradia.

4. MULHERES EM LUTA PELO DIREITO À MORADIA, SOB O VIÉS DA TRANSDISCIPLINARIDADE E DA INTERSECCIONALIDADE

[...] a gente viu uma polêmica que foi sobre equilibrar os direitos para ambos lutarem igualmente pela moradia e pelo direito à cidade na nossa conversa no grupo das mulheres; nós vimos que muitas vezes as lutas pelo direito à moradia as mulheres são

impedidas de usufruir seu direito à cidade porque muitas vezes elas ficam sobrecarregadas pelas tarefas domésticas. [...] ⁷⁰.

Neste bloco, para explorar a relevância de as instituições incorporarem métodos e conceitos com um olhar mais integrado para o modo como a questão de gênero repercute nas políticas habitacionais e nos instrumentos de acesso à justiça, optou-se pela sistematização e análise de depoimentos, entrevistas e exposição das estratégias que embasaram a preparação de oficinas temáticas, palestras e do evento como um todo, relacionando-os com alguns marcos teóricos, notadamente os conceitos de transdisciplinaridade e interseccionalidade, os quais subsidiaram as interlocuções feitas durante o processo de construção da 6ª Jornada. O conceito da transdisciplinaridade é aqui mobilizado para apresentar a maneira pela qual diferentes esferas do conhecimento (jurídica, urbanística, geográfica, ambiental, cultural, social, pedagógica, artística etc) interligaram-se, coordenaram-se e cooperaram entre si, para a produção de um novo conhecimento que resultou nas diversas etapas da 6ª Jornada da Moradia Digna. A transdisciplinaridade refere-se ao reconhecimento da existência de diferentes níveis de realidade regidos por lógicas diferentes, de forma que, da confrontação das disciplinas, emergem dados novos que as articulam entre si; é a abertura de todas as disciplinas àquilo que as atravessa e as ultrapassa, conforme disposto na Carta da Transdisciplinaridade (FREITAS; MORIN & NICOLESCU, 2018).

Outrossim, a articulação entre diversos saberes pode contribuir para o entendimento dessa complexidade da realidade com a qual se deparam as mulheres na luta por direito à moradia. Edgar Morin, ao propor uma reforma do pensamento, em que os diversos saberes devem se articular, afirma que:

A reforma necessária do pensamento é aquela que gera um pensamento do contexto e do complexo. O pensamento contextual busca sempre a relação de inseparabilidade e inter-retroações entre todo o fenômeno e seu contexto e de todo contexto com o contexto planetário. O complexo requer um pensamento que capte as relações, interrelações e implicações mútuas, os fenômenos multidimensionais, as realidades que são simultaneamente solidárias e conflitivas (...), que respeite a diversidade, ao mesmo tempo que a unidade, um pensamento organizador que conceba a relação recíproca de todas as partes (MORIN, 2000, p.14).

⁷⁰ Depoimento da Defensora Pública Estadual Jordana de Matos durante a Pré-Jornada realizada na comunidade Vila Nova Esperança no dia 21/01/2018. Disponível no link: <https://www.facebook.com/jornadadamoradiadigna/> Acesso em 18/12/2019.

Cumprê ressaltar que a Defensoria Pública Paulista, desde o seu nascimento, já prevê a existência de profissionais de outras áreas do conhecimento, tais como psicologia, serviço social, sociologia, arquitetura, administração, engenharia e tecnologia da informação, sendo que esta composição é denominada por ela de multidisciplinar. No tocante aos Núcleos Especializados retratados neste estudo, a presença de uma arquiteta, duas assistentes sociais, dois psicólogos e dois sociólogos oportunizou constatar lacunas e fazer “pontes” com outros saberes, para além do jurídico.

Não obstante a importância da valorização enquanto meta do trabalho multidisciplinar (ou pluridisciplinar)⁷¹ numa instituição do porte e com os objetivos da Defensoria Pública, merece destaque o alcance limitado deste conceito, ao não promover uma integração de fato entre as disciplinas em torno do mesmo objeto, pois embora o termo remeta “ao estudo de um objeto de uma mesma e única disciplina por várias disciplinas ao mesmo tempo (...), sua finalidade continua inscrita na estrutura da pesquisa disciplinar” (BASARAB, 1999, p.52). Ainda, quando ocorre uma atuação interdisciplinar, a qual “(...) diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina para outra” (Idem, 1999, p.52), há de se levar em conta que seu objetivo ao menos transcende aquele almejado pela pluridisciplinaridade, porquanto ocorre uma troca maior entre os saberes.

Essa visão multi (ou pluri) ou interdisciplinar pode ser identificada na 1ª Jornada, conforme demonstrado na fala do Defensor que coordenava o Núcleo de Habitação à época, quando reconheceu a importância do saber de quem vive a realidade da luta pela moradia digna e campos “outros” de produção de saberes e discursos sobre o direito ao acesso à justiça provenientes tanto dos movimentos sociais quanto das entidades parceiras.

Todavia, em que pese o sucesso alcançado até então, foi somente na 6ª edição, com a inclusão do Núcleo de Promoção e de Defesa dos Direitos das Mulheres no grupo de trabalho de metodologia e com a participação da nova rede de entidades parceiras, as quais trouxeram novas linguagens, que a Jornada se aproximou de uma abordagem transdisciplinar. O olhar deixou de ser tão somente à situação de ausência de moradia daquelas pessoas e coletivos (objeto, por excelência, do Núcleo de Habitação e Urbanismo), passando também a enfatizar os sujeitos desta relação estabelecida na luta por moradia, no caso, as mulheres.

A transdisciplinaridade corresponde, assim, à radicalização de todos os conceitos citados anteriormente, dada a possibilidade de articulação de um amplo conjunto de disciplinas em torno de um campo teórico e operacional particular, envolvendo um

⁷¹ Multidisciplinaridade e pluridisciplinaridade são aqui tratados como sinônimos, adotando-se como parâmetro o trabalho de Edgar Morin (2000, pág. 35).

sistema de disciplinas articuladas em diferentes níveis, reconhecendo o valor e transitando por todos os saberes. O intercâmbio com outros grupos, sob este novo viés, refletiu em outros modos de pensar a atividade, outras metodologias possíveis. Buscou-se, durante as atividades nas comunidades e a realização das oficinas, partilhar experiências que permitissem o reconhecimento de que a conquista e manutenção dos direitos só é possível na luta social e com envolvimento solidário e compartilhado entre mulheres e homens, todos os dias.

Vale frisar que, além de se caracterizarem como objeto de estudos de acadêmicos das mais variadas formações (e não apenas de profissionais do sistema de justiça como frequentemente é difundido), o direito à moradia e o direito das mulheres, enquanto campo de atuação de promoção e defesa de direitos humanos, são igualmente disputados por organizações, entidades, associações e movimentos sociais. E estes, engajados no processo de discussão, elaboração e execução das leis, produzem ferramentas, instrumentos e conhecimentos sobre os mais diversos assuntos. Nessa perspectiva, não surpreende que as mulheres dos movimentos de moradia e das ocupações venham assumindo um protagonismo cada vez maior de algo que antes ficava restrito às mãos de especialistas, permitindo a emergência de novos saberes e articulando conceitos outrora tratados como estanques, porque distantes dessa realidade.

Os três relatos abaixo ilustram estes desafios. Os dois primeiros foram ditos por mulheres que estão na linha de frente de grupos que lutam por moradia digna (Movimento Luta Popular e Frente de Luta por Moradia); enquanto o terceiro foi extraído da fala de uma moradora da Vila Nova Esperança, durante os encaminhamentos de uma atividade da 6ª Jornada.

Pra gente a questão das mulheres é algo muito fundamental para o jeito que a gente enxerga a luta pela moradia e a luta pelo direito à cidade. [...] Então, as mulheres nos movimentos de moradia têm um peso muito grande; uma presença muito ativa. Nas ocupações, normalmente, as mulheres sempre assumem as tarefas da cozinha coletiva, dos trabalhos de limpeza, do cuidado com as crianças [...] enquanto os homens cuidam da infraestrutura, da segurança. As mulheres também são muito responsáveis por manter as ocupações e organizar as ocupações quando os homens saem pra trabalhar. Mas o trabalho e o papel que as mulheres têm dentro da ocupação não é visto com a mesma importância muitas vezes do que aquilo que os homens fazem na ocupação. Isso é muito difícil de quebrar, de mudar porque é o jeito que a sociedade funciona [...]. Não é só na luta por moradia que as mulheres são linha de frente, mas em tudo

aquilo que cerca a nossa casa as mulheres são maioria. Se a gente vê as mulheres protagonizando a luta por creche; toda a luta por saúde num bairro tem as mulheres na linha de frente; nas associações de mães e familiares de presos e presas as mulheres são a maioria; na luta pelo direito à justiça e a enterrar seus mortos são as mulheres que tão na frente [...]. É fundamental a gente enxergar a nossa luta a partir do olhar das mulheres. Porque se a gente não enxerga a nossa luta a partir do olho daquele que tá sendo mais oprimido e mais explorado a gente não é capaz de enxergar todo o desafio que a gente tem pela frente. Então é do olho das mulheres, sobretudo do olhar das mulheres pretas, que a gente tem que enxergar qual é nosso desafio nessa luta pela moradia e pela cidade [...].⁷²

[...] E a necessidade de entrar no movimento foi uma necessidade pessoal. Porque eu pagava aluguel, morava num cortiço com dois filhos [...] E quando a gente vem de fora para São Paulo a gente primeiro fica no Centro porque a gente não tem muito dinheiro para pagar a passagem, para vir do bairro para o Centro todos os dias procurar emprego. A gente fica um pouco aqui, se matando pagando aluguel caro até arrumar trabalho e aí a gente vai para a periferia. [...] E uma amiga minha me apresentou o movimento. [...] Eu já tinha essa percepção de busca de direito; eu já tinha a percepção de gênero. Uma companheira disse aqui que a gente não quer ser melhor que o homem, mas a gente quer ser igual e que ele olhe pra gente como igual em direitos - e deveres também. Eu comecei a participar. Já entrei como coordenação porque eu tinha vontade de fazer diferença. Eu dizia não vim só para esse mundo para ser mãe e esposa, eu vim também pra fazer diferença. [...] Porque nunca foi fácil, principalmente para a mulher, que sempre foi a maior vítima de tudo né? Da violência doméstica, do desemprego; porque ela sempre foi a menos escolhida dentro de um processo de seleção; o homem era preferencial de tudo, né? E aí, eu fui para o movimento de moradia e, naquela época, tinha muito homem na coordenação, nos anos 80. [...] E aí, daí eu vi que eu tinha direito à educação, à saúde, meus filhos também, meu bairro tinha direito a uma

⁷² A fala na íntegra de Irene Maestro dos Santos Guimarães, militante do Movimento Luta Popular e organizadora do grupo Mulheres da Esperança (Ocupação Esperança), na mesa de palestra de abertura da 6ª Jornada da Moradia pode ser conferida no link: <https://www.facebook.com/jornadadamoradiadigna/>. Acesso em 10/12/2019.

infraestrutura. [...] Porque depois que eu consegui a minha moradia, que foi mutirão e autogestão, a gente criou um Conselho Gestor para trazer equipamentos públicos para aquela região para atender a população, que é direito, não é favor nenhum [...].⁷³

[...] os direitos ainda não são iguais e não são iguais mesmo, hoje em dia é totalmente diferente né? Homem é criado pela família de uma maneira diferente. O homem não pode lavar uma louça, o homem não pode varrer uma casa. O homem tem que trabalhar, trazer a comida pra dentro de casa e pronto; não tem direito de fazer nada; e isso fica, tudo, sobra pra mulher: é filho, é casa, é tudo, e hoje em dia a mulher está fazendo como o homem pode hoje em dia fazer, tudo igual: a mulher hoje trabalha, a mulher cuida de casa, a mulher cuida de filho, a mulher vai resolver problema, a mulher vai em reunião, a mulher dirige, a mulher faz isso, a mulher faz aquilo, o homem também pode fazer as coisas de dentro de casa, ele pode fazer uma comida, ele pode dar um banho no filho, ele pode lavar uma louça [...].⁷⁴

Os trechos dos depoimentos transcritos acima exemplificam como, para as mulheres, a não realização do direito à moradia ou a sua violação geram consequências específicas que não se verificam da mesma forma para os homens. Isto porque além de fatores econômicos, há questões sociais e culturais envolvidas que intensificam os obstáculos ao direito à moradia. Os dois primeiros depoimentos feitos por lideranças de ocupações pontuam a necessidade de políticas habitacionais específicas feitas por e para as mulheres, visando a equalização das oportunidades sociais, além da feminização da pobreza no Brasil e o reconhecimento da dimensão racial, na fala da Irene. As duas militantes observaram que muitas foram as conquistas a partir da resistência delas e das demais mulheres, e da presença de todas na vida pública, seja na linha de frente das ocupações, na execução dos trabalhos, nos movimentos de moradia e nos espaços institucionais de participação.

⁷³ A fala na íntegra de Antônia Lindinalva Ferreira do Nascimento, ativista social no Movimento de Moradia MSTRU e uma das coordenadoras da FLM (Frente de Luta por Moradia) na mesa de palestra de abertura da 6ª Jornada da Moradia pode ser conferida no link: <https://www.facebook.com/jornadadamoradiadigna/>. Acesso em 10/12/2019.

⁷⁴ Fala de uma moradora da Vila Nova Esperança (sem identificação) durante atividade da Pré-Jornada realizada no dia 21/01/2018. Disponível na página do Facebook da 6ª Jornada da Moradia: <https://www.facebook.com/jornadadamoradiadigna/>. Acesso em 10/12/2019.

A partir da sua história, Antônia conseguiu apontar como a vida das mulheres é atravessada por históricos de violência, discriminação, machismo e precarização das políticas públicas. Não à toa, nas atividades das Pré-Jornadas, foram trazidos temas como drogadição, vaga em creche, acesso a equipamentos públicos, violência policial e ausência de espaços de lazer nas periferias. A terceira fala, feita por uma moradora, expõe o processo de desnaturalização da noção de que as tarefas do âmbito doméstico competem única e exclusivamente às mulheres, recaindo sobre a mulher o peso de cuidar da casa e das crianças, num momento em que ela também está no mercado de trabalho e tem atuação política na comunidade. Em linhas gerais, os três depoimentos sintetizam a necessidade de compreender que a garantia do direito à moradia adequada às mulheres é fundamental para a realização de suas atividades cotidianas e, até mesmo, para a promoção da autonomia em todas as áreas de sua vida e a efetivação de outros direitos.

Ou seja, posicionar a categoria “mulheres” no centro da análise pode ser estratégico, quando considerado o lugar que elas ocupam na estrutura social; situação em que outras dimensões de violência são ressaltadas, inclusive nos movimentos de moradia. O documento *Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade*⁷⁵, de 2008, elaborado para atender às especificidades de grupos vulneráveis em consonância com normas internacionais de direitos humanos, ao buscar integrar os múltiplos fatores envolvidos na efetividade do direito ao acesso à justiça, recomenda aos órgãos públicos e prestadores de serviços no sistema judicial que deem prioridade a atuações destinadas a facilitar o acesso à justiça daquelas pessoas que se encontram em situação de maior vulnerabilidade, quer seja pela concorrência de várias causas ou pela grande incidência de uma delas. O documento é taxativo ao dizer que “a discriminação que a mulher sofre em determinados âmbitos pressupõe um obstáculo no acesso à justiça, que se vê agravado naqueles casos nos quais concorra alguma outra causa de vulnerabilidade”.

Logo, todo o debate que envolve a formulação, implementação e execução de políticas públicas de habitação com foco nas opressões vividas pelas mulheres deve observar o caráter multifacetado do fenômeno, tal como explicitado no Plano Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher⁷⁶:

Nesse sentido falar em gênero requer do Estado e dos demais agentes uma abordagem intersetorial e multidimensional na qual

⁷⁵ Documento aprovado na XIV Cúpula Judicial Iberoamericana, realizada em Brasília, em 2008. Texto completo na página: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf> Acesso em 20/04/2019.

⁷⁶ Disponível na página: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres> Acesso em 15/01/2020.

as dimensões acima mencionadas sejam reconhecidas e enfrentadas. Além do mais, uma política na área de violência contra as mulheres exige uma atuação conjunta para o enfrentamento do problema, que envolva diversos setores, tais como: a saúde, a educação, a assistência social, a segurança pública, a cultura, a justiça, entre outros; no sentido de dar conta da complexidade da violência contra as mulheres e de garantir a integralidade do atendimento àquelas que vivenciam tal situação.

A problemática assume uma complexidade ainda maior quando se considera que as mulheres negras estão expostas à dupla discriminação, por sexo e raça, e ocupam a dianteira na distribuição de acesso a direitos e serviços que deveriam ser garantidos de maneira igualitária ao conjunto da população⁷⁷. Outro conceito importante para analisar as falas em destaque é aquele que considera a interseção das várias desigualdades na vida dessas mulheres. Um olhar interseccional parece estratégico para colocar em evidência como (e porque) a categoria gênero tem relevância na discussão da garantia do direito à moradia adequada às mulheres pois, conforme apontado, é fundamental tanto para a realização das atividades cotidianas como para a promoção da autonomia em todas as áreas da vida e para a efetivação de outros direitos.

A esse respeito, *A Carta das Mulheres Negras*⁷⁸, de 2015, documento síntese das reivindicações de mais de 50 mil mulheres negras que marcharam contra o racismo, a violência, o machismo, e outras formas de discriminação, assinala como pontos inegociáveis, no processo de construção coletiva de uma outra dinâmica política, o direito à vida, à humanidade, ao reconhecimento das diferenças, enfim, o direito a ter direitos, além da necessidade de que sejam criados instrumentos que assegurem inclusive o direito à moradia e à cidade “[...] priorizando a segurança da posse e impedindo os despejos forçados, remoções e o monopólio sobre a terra [...]”.

Utilizada inicialmente por Kimberle Crenshaw (2002), a metáfora da intersecção utilizada como eixos de poder que se entrelaçam tais como avenidas que transcorrem de forma independente, mas com várias intersecções entre si, deu forma a uma ferramenta analítica que ambiciona capturar as consequências estruturais e dinâmicas entre dois ou mais eixos de subordinação (raça, etnia, gênero, classe social, entre outros), os quais potencializam as vulnerabilidades dos grupos atravessados por

⁷⁷ Consultar Dossiê Mulheres Negras: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/dossie-mulheres-negras-retrato-das-condicoes-de-vida-das-mulheres-negras-no-brasil> Acesso em: 21/10/2019.

⁷⁸ Texto completo disponível na página: <http://fopir.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Carta-das-Mulheres-Negras-2015.pdf> Acesso em 20/10/2019.

diferentes tipos de violências e discriminação (CRENSHAW, 2002, p. 177). Foi com essa categoria que a autora, no âmbito do direito, se propôs a analisar a situação dos grupos marcados por múltiplas opressões, como é o caso das mulheres racializadas. Kimberle Crenshaw assevera que a ampliação da proteção dos direitos humanos

[...] exige que se dê atenção às várias formas pelas quais o gênero intersecta-se com uma gama de outras identidades e ao modo pelo qual essas intersecções contribuem para a vulnerabilidade particular de diferentes grupos de mulheres. Como as experiências específicas de mulheres de grupos étnicos ou raciais definidos são muitas vezes obscurecidas dentro de categorias mais amplas de raça e gênero, a extensão total da sua vulnerabilidade interseccional ainda permanece desconhecida e precisa, em última análise, ser construída a partir do zero (CRENSHAW, 2002, p. 174).

Ao colocar em xeque discursos que focalizam apenas uma vertente de diferenciação social, o repertório interseccional traz consigo a possibilidade de descortinar as estruturas em que gênero e moradia atuam enquanto fatores simultâneos de opressão, podendo ser um caminho para produzir subsídios teóricos que evitem que as vozes das mulheres não sejam silenciadas nas suas tentativas de lutar pelo direito à moradia. Tomando de empréstimo as reflexões da intelectual norte-americana Patricia Hill Collins, abordar as interseccionalidades é tratar dos diferentes resultados da articulação desses marcadores sociais e compreendê-los como construções mútuas de um sistema de poder (COLLINS, 2019).

No livro *O que é Interseccionalidade?* Carla Akotirene (2018) ensina como as categorias fixas frequentemente utilizadas pelo feminismo, movimento antirracista e ativistas dos direitos humanos deve se ao fato destas instâncias encontrarem dificuldades metodológicas e práticas na condução das identidades interseccionais. É nesse sentido que a abordagem interseccional pode contribuir para evitar reducionismos, investigando contextos de “colisões e fluxos entre estruturas, frequência e tipos de discriminações interseccionais” (AKOTIRENE, 2018, p.54), a exemplo do que ocorre com as mulheres aqui retratadas que, muitas também chefes de família, percebem com bastante intensidade a precarização dos serviços públicos como educação, transporte, segurança pública, iluminação e saúde. Ou ainda, quando esses serviços são oferecidos, não consideram as necessidades das mulheres trabalhadoras, impossibilitadas de viver a cidade plenamente.

Em estudo sobre políticas públicas de mobilidade social e a relação destas com as perspectivas de gênero e raça, Silva e Nunes (2019), concluem que há ausência destes recortes, seja no momento da elaboração dos documentos ou no fato de as análises referentes às desigualdades socioterritoriais enfrentadas - por mulheres e

peças negras e, mais especificamente, por mulheres negras - não serem levadas em conta na produção desses instrumentos ou, ainda, pelo fato de considerar a população a partir de uma ideia universal, o que invisibiliza essas pessoas, assim como as suas particularidades.

Atenta a esses desafios, a “Carta das Resoluções da 6ª Jornada de Moradia Digna”⁷⁹, apresentada ao final do evento, esforçou-se para ampliar o olhar sobre outras políticas (educação, saúde, cultura, transporte, trabalho, infraestrutura, segurança, limpeza, natureza, de combate à discriminação, ao machismo e à criminalização) e para outros públicos (mulheres, homens, idosos, jovens, pessoas LGBTQs, mães jovens em situação de vulnerabilidade etc). Registrou-se, ainda, a preocupação de alcançar outros locais de formação (escolas, favelas, ocupações, associações, movimentos de moradias e outros), para além daqueles onde tradicionalmente se exerce o direito à moradia.

A inserção do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres num espaço historicamente ocupado pelo Núcleo de Habitação e Urbanismo trouxe elementos, portanto, que sustentam a tese de que a junção de outros olhares, na organização e nas atividades realizadas em parceria com entidades, movimentos de moradia e comunidades, de modo transdisciplinar e com a utilização de linguagens diversas, assim como a reflexão sobre diferentes marcadores sociais que se sobrepõem, alterou significativamente o formato e conferiu um novo capítulo para a Jornada da Moradia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como restou demonstrado nas falas de lideranças acima transcritas, as mulheres são as mais constantes protagonistas das lutas por melhores condições de vida, mesmo nos cenários de repressão ou desesperança: as mulheres insistem, persistem e não se acomodam. Nesse sentido, a 6ª Edição da Jornada da Moradia Digna destacou o papel da mulher na luta pelo direito à moradia e à cidade e buscou (re)formular uma agenda comum de luta para a promoção e defesa dos direitos das mulheres e a efetivação da igualdade de gênero. Isso porque abordou os obstáculos ao direito à moradia como um fenômeno complexo, multifacetado e marcado por múltiplas opressões.

A troca de saberes e a atuação conjunta dos Núcleos Especializados da Defensoria Pública Paulista (Habitação, Urbanismo e Conflitos Agrários e Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres), no processo de construção da 6ª Jornada, alertaram para o fato de que, para as mulheres, a violação do direito à moradia gera consequências específicas que precisam ser observadas pelas pessoas envolvidas com a formulação, implementação e execução de políticas públicas de habitação, o que só foi possível

⁷⁹ Disponível na página do Facebook da 6ª Jornada da Moradia: <https://www.facebook.com/jornadadamoradiadigna/> Acesso em 10/12/2019

mediante a adoção de novas abordagens, aptas a produzir modelos de conhecimento mais compatíveis com as peculiaridades dos grupos sociais que lhes desafiam. A par das vantagens, também há dificuldades para incluir as questões da interseccionalidade e da transdisciplinaridade no debate sobre moradia, quais sejam, a ausência destas mulheres na elaboração das políticas públicas voltadas à cidade, as dificuldades para as mulheres se desvincularem de papéis historicamente atribuídos a elas, assim como a existência das desigualdades estruturais.

Apesar dessas, o evento contribuiu por ter sido um espaço efetivo de formação e reflexão, em todas as suas etapas, com viés transdisciplinar e interseccional. A participação de profissionais de outras áreas do conhecimento e a utilização de linguagens diversas possibilitou identificar lacunas e fazer pontes com outros saberes (muito além do jurídico) e, conseqüentemente, avançar na interlocução para o exame de pontos estratégicos. Por fim, o diálogo estabelecido com as comunidades sob outra perspectiva ajudou a ampliar ainda mais os saberes envolvidos, dando voz a grupos e pessoas que antes silenciavam, sobretudo as mulheres, que ao partilharem suas experiências permitiram o reconhecimento de que a conquista e manutenção dos direitos só é possível na luta social e com envolvimento solidário e compartilhado entre mulheres e homens.

6.REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **O que é interseccionalidade?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

APADEP. **5ª Jornada da Moradia Digna acontece em julho**. São Paulo. Abril, 2015. Disponível em <https://apadep.org.br/2015/04/15/5a-jornada-da-moradia-digna-acontece-em-julho/>. Acesso em 19/01/2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Brasília (DF): Senado Federal, 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm . Acesso em 17/01/2020.

_____. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Secretaria de Políticas para as Mulheres, Brasília (DF): Presidência da República, 2001. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em 20/12/2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988), Art. 134, Senado Federal, Brasília (DF). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 21/11/2019.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **O acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em Movimento. **Estudos Avançados**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, v.17 n.49, 2003.

CENTRO GASPAR GARCIA DE DIREITOS HUMANOS. **Centro Gaspar Garcia segue participando da articulação da Jornada em Defesa da Moradia Digna**. Set, 2013. Disponível em <http://gaspargarcia.org.br/noticias/centro-gaspar-garcia-segue-participando-da-articulacao-da-jornada-em-defesa-da-moradia-digna/>. Acesso em 19/01/2020.

COLLINS, Patricia Hill. **Pensamento Feminista Negro**. 1º edição. São Paulo: Boitempo, 2019.

COLOMBINI, Flávio. ALONSO, Beatriz. **Lute como uma menina!** São Paulo, 2016. Disponível em https://www.youtube.com/watch?time_continue=491&v=8OCUMGHm2oA&feature=emb_logo. Acesso em 01/04/2020.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Estudos feministas 1**. Florianópolis, p.171-189, 2002.

CÚPULA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. **Documento aprovado na XIV Cúpula Judicial Iberoamericana**, Brasília, 2008. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em 20/04/2019.

DEFENSORIA PÚBLICA. **Ciclo de Conferências**. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=6246>. Acesso em 15/01/2020.

DURHAM, Eunice Ribeiro. A sociedade vista da periferia. **Revista brasileira de ciências sociais da Associação Nacional de Pós-graduação**. São Paulo, v.1, n.1, p.84-99, 1986.

EDEPE. **6ª Jornada da Moradia**. São Paulo: Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Vídeos 1 a 11, 2018. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=Vy1Bd0KpvZ4&list=PLCITLRQjmWsw4IsGIqzmqwaTA-yz10-2&index=4>. Acesso em 29/04/2020.

FREITAS, Lima de; MORIN, Edgar; NICOLESCU, Bassarab. **Carta da Transdisciplinaridade**. Portugal: Convento de Arrábida, 1994. Disponível em

<http://cettrans.com.br/assets/docs/CARTA-DA-TRANSDISCIPLINARIDADE1.pdf>. Acesso em 28/11/2018.

GELEDES. **Jogo do Privilégio**. São Paulo, fevereiro, 2017. Disponível em <https://www.geledes.org.br/jogo-do-privilegio/>. Acesso em 31/03/2020

GUIMARÃES, Irene Maestro dos Santos. **Palestra de abertura da 6ª Jornada da Moradia**. 2018. Disponível em <https://www.facebook.com/jornadadamoradiadigna/>. Acesso em 10/12/2019.

JORNADA DA MORADIA DIGNA. **Programação da 5ª Jornada da Moradia Digna**. Disponível em <https://jornadadamoradiadigna.files.wordpress.com/2015/07/programacaoi.jpg> Acesso em 10/03/2020.

LOUREIRO, Carlos Henrique A. **Palestra de abertura da 2ª Jornada da Moradia**. 2008. Disponível no link: <https://sp.unmp.org.br/1o-jornada-em-defesa-da-moradia-digna-fala-do-carlos-henrique-a-loureiro/>. Acesso em 07/01/2020.

MARCHA DAS MULHERES NEGRAS. **Marcha contra o racismo, a violência e pelo bem viver documento analítico e declaração**. Brasília, novembro, 2015. Disponível em <http://fopir.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Carta-das-Mulheres-Negras-2015.pdf>. Acesso em 20/10/2019.

MARCONDES, Mariana Mazzini. PINHEIRO, Luana. QUEIROZ, Cristina. QUERINO, Ana Carolina. VALVERDE, Danielle (orgs.). **Dossiê mulheres negras: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil**, Brasília: IPEA, 2013. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/dossie-mulheres-negras-retrato-das-condicoes-de-vida-das-mulheres-negras-no-brasil>. Acesso em: 21/12/2019.

MARQUES, Eduardo. TORRES, Haroldo. (Orgs.). **São Paulo: segregação pobreza e desigualdades sociais**. São Paulo: SENAC, 2005.

MATOS, Jordana. **Palestra durante a Pré-Jornada**, janeiro, 2018. Disponível em <https://www.facebook.com/jornadadamoradiadigna/>. Acesso em 18/12/2019.

MORIN, Edgar. **Complexidade e Transdisciplinaridade: a reforma da universidade e do ensino fundamental**. [Trad. Edgard de Assis Carvalho]. Natal: EDUFRRN, 2000.

MULHERES DA ESPERANÇA. **"Mulheres da Esperança"**, São Paulo, 2015. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=DEpInVKIgfQ&list=PLCITLRQjmWsw4IsGIqztnqwaTA-yz10-2&index=1>. Acesso em 01/04/2020.

NASCIMENTO, Antônia Lindinalva Ferreira. **Palestra de abertura da 6ª Jornada da Moradia**. Disponível em <https://www.facebook.com/jornadadamoradiadigna/>. Acesso em 10/12/2019.

_____. **Poemas recitados na 6ª Jornada**. 7m1s, 2018. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KNkXUsDSSbM&list=PLCITLRQjmWsw4IsGIqzmqwaTA-yz10-2&index=6>. Acesso em 31/03/2020.

NICOLASCU, Basarab. **O Manifesto da Transdisciplinaridade**. [Trad. Lucia Pereira de Souza]. São Paulo: TRIOM, 1999.

NUNES, Ana Carolina Almeida Santos. SILVA, Marina Pereira S. G. **A ausência das perspectivas de gênero e raça nas políticas públicas de mobilidade urbana**. X Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico, 2019, p.1-15.

ROLNIK, Raquel. **Como fazer valer o direito das mulheres à moradia?** São Paulo: LabCidade FAUUSP, 2011. Disponível em: [http://www.labcidade.fau.usp.br/download/PDF/2011 ONU Direito das Mulheres a Moradia.pdf](http://www.labcidade.fau.usp.br/download/PDF/2011%20ONU%20Direito%20das%20Mulheres%20a%20Moradia.pdf). Acesso em 19/12/2019.

SÃO PAULO. **Deliberação 89, de 08 de agosto de 2008**. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=2485&idModulo=5010>. Acesso em 15/12/2019.

_____. **I Jornada em Defesa da Moradia Digna / Defensoria Pública do Estado de São Paulo** (1. Ed). São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2008. Disponível em <https://www.polis.org.br/uploads/1502/1502.pdf>. Acesso em 15/12/2019.

_____. **Lei Complementar Estadual 988/2006**. São Paulo: Assembleia Legislativa. 2006. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html>. Acesso em 15/12/2019.

_____. **Projeto de Lei Complementar Estadual nº 18**. São Paulo: Assembleia Legislativa. 2005. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=583817>. Acesso em 16/12/2019.

SEXTA JORNADA DA MORADIA DIGNA. Facebook: [jornadadamoradiadigna](https://www.facebook.com/jornadadamoradiadigna/). São Paulo, Nov., 2017. Disponível em <https://www.facebook.com/jornadadamoradiadigna/>. Acesso em 10/12/2019.

SLAM DAS MINAS SP. São Paulo. Disponível em <https://slamdasminassp.wixsite.com/slamdasminassp> . Acesso em 29/03/2020.

SOUZA, Clarissa Christianne Rodrigues. **Defensoria Pública do Estado de São Paulo: profissão e política na atuação em tutela coletiva.** 2019. 104 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Programa de Pós-graduação em Sociologia - PPGS, Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos: São Carlos, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/11563>. Acesso em: 20 dez. 2019.

UMM-SP. **1ª Jornada em Defesa da Moradia Digna: fala do Carlos Henrique A. Loureiro.** Jul/18. Disponível em: <https://sp.unmp.org.br/1o-jornada-em-defesa-da-moradia-digna-fala-do-carlos-henrique-a-loureiro/>. Acesso em 07/01/2020.

URRA, Flávio. PECHTOLL, Maria Cristina Pachte. Programa "E Agora, José?" Grupo socioeducativo com homens autores de violência doméstica contra as mulheres. **Nova Perspectiva Sistêmica**, 25(54), 112-116, 2016. Disponível em <https://flaviourra.wordpress.com/masculinidade/programa-e-agora-jose/> . Acesso em 17/01/2020.

VIEIRA, Vanessa Alves e RADOMYSLER, Clio Nudel. **A Defensoria Pública e o reconhecimento das diferenças: potencialidades e desafios de suas práticas institucionais em São Paulo.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 11 (2), p. 455-478, Jul-Dez, 2015.

VILLAÇA, Flávio. **Espaço interurbano no Brasil.** Studio Nobel: São Paulo, 1998.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio De Mulheres No Brasil.** 1ª Edição. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais. Brasília/DF, 2015. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php Acesso em 17/01/2020.

PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

BÁRBARA ROBERTA CASTRO OLIVEIRA:

Bacharelanda do Curso de Direito da
Universidade Brasil, Campus de
Fernandópolis.

ROBERTA FAVALESSA DONINI

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho visa exibir um estudo acerca da aplicação e características do princípio da capacidade contributiva, presente na Constituição Federal de 1988. Esse princípio tributário brasileiro tem como objetivo a igualdade na tributação. É necessário então o reconhecimento do mínimo existencial, para analisar o desaparecimento ou não da capacidade contributiva. Esse trabalho tem como propósito analisar o princípio da capacidade contributiva no direito tributário brasileiro como um todo, com escopo de uma sociedade mais justa e igualitária. Destarte, debatendo também sua origem, aplicação e eficácia dentro dos poderes: judiciário, legislativo e executivo. Os parâmetros usados são constitucionais e dentro do sistema tributário nacional. Essa pesquisa será realizada por mediação jurisprudencial, entendimento doutrinário e direito codificado.

Palavras-chave: Capacidade contributiva. Sistema tributário nacional. Sociedade mais justa e igualitária.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E SUA ORIGEM 2.1 Classificação 2.1.1 Capacidade Contributiva Absoluta ou Objetiva 2.1. 2 Capacidade Contributiva Relativa ou Subjetiva 2.2 Subprincípios 2.2.1 Proporcionalidade 2.2.2 Progressividade 2.2.3 Seletividade 2.2.4 Personalização 2.2.5 Universalização/Generalidade 2.3 Natureza da norma acolhedora do princípio 2.4 Eficácia e extensão do princípio da capacidade contributiva 2.5 Aplicação do princípio da capacidade contributiva 2.5.1 Limites mínimos e máximos 2.5.2 Aplicação aos diferentes tributos 2.6 Tributação extrafiscal e sua relação com princípio da capacidade contributiva 2.7 Controle judiciário 2.8 Das pessoas naturais e pessoas jurídicas 2.9 Substituição tributária no princípio da capacidade contributiva 2.10 Posição do Supremo Tribunal Federal 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

Para acepção de qualquer norma jurídica é necessário análise dos princípios que regem a mesma. Os princípios são a origem, tornando então estruturas para qualquer interpretação e determinam a característica dominante de alguma coisa.

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários (REALE, 1999, p. 60).

O princípio da capacidade contributiva é respaldado na economia e é o princípio de suporte no direito tributário, com objetivo de concretizar a igualdade. Ele estabelece parâmetros a serem seguidos por qualquer norma de encargo. Sendo um princípio constitucional ele se erradia por todo ordenamento tributário, perfazendo alcance na justiça fiscal na tributação imposta pelos entes federativos, conceituando que deve ser feito na medida de suas riquezas, promovendo o chamado equilíbrio econômico/distribuição de renda. Com essa nova disposição é possível aumentar a estabilidade econômica e oportunidades para membros menos favorecidos de uma sociedade.

A problemática em torno desse princípio é, sua impossibilidade em torno de personalizar o alcance da capacidade contributiva e pagamento de impostos de forma individual, mesmo com sua previsão na Constituição Federal. É impossível respeitar as rendas, economia e patrimônio individualmente, com objetivo de ser igualitária.

A capacidade contributiva é o princípio base no direito tributário, responsável pela concretização da igualdade no âmbito das normas impositivas (ÁVILA, 2012, p. 432). Esse princípio tem sido alvo de inúmeras controvérsias jurídicas ao longo dos anos, inclusive o Supremo Tribunal Federal já mudou sua visão em torno desse assunto inúmeras vezes, conforme será evidenciado. Esse trabalho pende a expor as características oriundas a esse princípio constitucional tributário, dessa maneira haverá a concessão de uma visão geral sobre o tema. Abordar-se-á o conceito, a origem, evolução, distribuição e a utilização do princípio da capacidade contributiva no direito tributário.

2 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E SUA ORIGEM

A origem desse princípio se dá em 1824, quando surgiu na Constituição Imperial como registo em seu artigo 179, XV:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XV: Ninguém será exemplo de contribuir para as despesas do Estado em proporção de seus haveres.

Em 1891, não houve representação desse princípio, somente em 1934 houve o regulamento dele. O artigo 128 - I) A progressividade de impostos incidentes nas transmissões de bens por herança ou legado. Artigo 185 - II) A proibição de que nenhum imposto poderia ser elevado além de 20% de seu valor no instante do aumento. E artigo 184 – parágrafo único - III) A proibição de que as multas de mora impusessem ônus ao contribuinte superior a 10% do valor dos impostos ou taxas devidos.

Em 1937, na constituição houve o regresso e o não regulamento do princípio. Porém em 1946, ele retornou de forma expressa em seu artigo 202. Houve recusa sobre esse objeto em 1967 e 1969. Já que em 1965, o artigo 202, foi revogado pelo art. 25 da Emenda constitucional n. 18.

Sem embargo de haver outros princípios na alçada de direitos e garantias do contribuinte, o princípio da capacidade contributiva impõe limite na atividade de determinar impostos, que está previsto no artigo 145 § 1º da Constituição Federal de 1988. A igualdade é nítida nesse princípio visto que não permite a instituição na mesma intensidade a todos.

Art.145: §1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Sendo assim, a garantia será a finalidade do Estado, com a busca desses tributos. Destarte a Constituição Federal garante a existência da sociedade e de seus membros de forma igualitária, não permitindo que aquele com condição econômica menor contribua igual aquele com condição econômica maior. A carga tributária será limitada a capacidade de a população contribuir com impostos.

2.1 Classificação

Há a classificação com embasamento no momento de análise e finalidade desse princípio, essa impõe a bipartição em absoluta/objetiva e relativa/subjetiva, com finalidade favorecer o lado didático.

Como nos ensina, Ahumada:

A existência de diferentes concepções sobre a capacidade contributiva, advém das valorizações objetivas e subjetivas feitas pelo soberano sobre o potencial econômico de seus subordinados para fazer frente aos impostos, em nome da ordenação do processo de desenvolvimento de um país (AHUMADA, 2000, p.279).

Destarte, acerca desta divisão, Costa menciona:

Fala-se em capacidade contributiva absoluta ou objetiva quando se está diante de um fato que se constitua numa manifestação de riqueza; refere-se o termo, nessa acepção, a atividade de eleição, pelo legislador, de eventos que demonstram aptidão para concorrer às despesas públicas. Tais eventos, assim escolhidos, apontam para a existência de um sujeito passivo em potencial. Diversamente, a capacidade contributiva relativa ou subjetiva- como a própria designação indica – reporta-se a um sujeito individualmente considerado. Expressa aquela aptidão de contribuir na medida das possibilidades econômica de determinada pessoa. Nesse plano, presente a capacidade contributiva in concreto, aquele potencial sujeito passivo torna-se efetivo – apto, pois, absorve o impacto tributário (COSTA, 2003, p.27).

2.1.1 Capacidade Contributiva Absoluta ou Objetiva

A capacidade contributiva absoluta é a aptidão genérica para pagar tributos e está presente na constituição federal de 1988, nos artigos: 153, 155 e 156. Nessa disposição existe as autorizações pertencentes à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para formalizar variadas tributações, para esse fim é necessário um fato gerador, que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar deliberado tributo.

2.1.2 Capacidade Contributiva Relativa ou Subjetiva

A capacidade contributiva absoluta tem embasamento na Constituição Federal de 1988, nos artigos: 145, parágrafo 1º, 153, parágrafo 2º, inciso I (progressividade no imposto de renda) e o 156, parágrafo 1º, inciso I (progressividade do IPTU com o valor venal do imóvel urbano). Após a ocorrência do fato gerador, nasce a obrigação tributária e conseqüentemente o crédito tributário, estabelecendo um vínculo jurídico que obriga o contribuinte ou responsável a pagar o tributo ao sujeito ativo.

2.2 Subprincípios

Subprincípio é a divisão oriunda de outro princípio ou dependente desse. Se aquele não existe esse também não existiria. Nesse caso o principal é: princípio da capacidade contributiva e os subprincípios: proporcionalidade, progressividade, seletividade, personificação e universalização/generalidade.

2.2.1 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não está previsto na Constituição Federal de forma expressa, ele define que quanto maior for a capacidade contributiva, maior será o tributo a ser pago. Desse modo, quanto maior a capacidade contributiva do sujeito passivo, representada por uma base de cálculo superior, maior será o valor do tributo a ser pago.

Diante das características, formas e materialização desse princípio, conceitua Tavares (2002, p. 25) "A proporcionalidade é a materializada pelo emprego da alíquota fixa e base do cálculo variável pela norma jurídica-tributária". Deve se pontuar a proibição do excesso de execução com finalidade de ultrapassar os direitos fundamentais do contribuinte.

Denari nos lembra:

Sem obstância, em nosso sistema tributário, a quase totalidade dos impostos são proporcionais, isto é, instituídos com base em alíquota incidente sobre o valor do objeto tributado, ou seja, sobre a base de cálculo (DENARI, 2008, p. 84).

No tributo sobre herança, temos exemplo do tributo proporcional, cujo alíquota é de 5%. Exemplo: imóvel de 180 mil reais. o tributo seria 9 mil reais. Já no caso do imóvel ser no valor de 800 mil reais, o tributo seria de 40 mil reais. No segundo exemplo valor do imóvel é maior, e conseqüentemente o valor do tributo também, obedecendo a proporcionalidade nos impostos.

2.2.2 Progressividade

Esse princípio conceitua que o Estado deverá definir os tributos progressivamente em união com a capacidade contributiva, se isso não ocorrer, o tributo será nulo. Vale ressaltar que essa capacidade é proveniente dos bens e rendas que o indivíduo possui, ou seja, da sua capacidade econômica. Com isso, existe indivíduos que não possuem requisitos para contribuir com erário, por ter uma renda inferior do que é considerado tributável do imposto de renda. Para os fins tributários e de lei, ele é um consumidor ativo, mas não tem capacidade contributiva.

Tavares nessa temática afirma:

A progressividade implica na variação das alíquotas em função da base de cálculo isso é quanto mais intenso estereótipo objetivo da riqueza apresentado por uma pessoa, mais elevada será a alíquota incidente sobre a base do cálculo legalmente eleita (TAVARES, 2002, p. 25).

Segundo essa formulação, o princípio da progressividade somente é admissível em impostos pessoais, exceto a progressividade no tempo do IPTU ou disposto no artigo, § 4º, inciso II da CF/88.

A aplicabilidade do princípio da progressividade, então é dividida em duas destinações. A primeira é a progressividade extrafiscal, pretendendo orientar os indivíduos/empresas no sentido de promover diferentes finalidades expostas em nossa constituição. Como por exemplo já citado do IPTU. A segunda é a progressividade fiscal, que busca a realização da justiça fiscal, estando, portanto, intimamente ligada aos princípios da capacidade contributiva, isonomia e posteriormente distribuição de renda. Destarte a definição da capacidade contributiva no direito tributário brasileiro progressivamente-justiça fiscal.

Há a subdivisões ainda na progressividade, entre simples e graduada. Conforme o estipulado por Souza (2004, p. 143): "Na progressividade simples, aplica-se uma alíquota sobre a totalidade com base no cálculo".

Já na modalidade graduada temos exemplo do Imposto de Renda da Pessoa Física da Lei Federal 11.482/07, que aumenta como a nomeação já diz gradativamente:

Tabela 1. Cálculo Tributário.

Base de cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Parcela de deduzir do IRPF (R\$)
Até 1.903,98	-	-
De 1.903,99 até 2.826,65	7,5	142,8

De 2.826,66 até 3.751,05	15	354,8
De 3.751,06 até 4.664,68	22,5	636,13
Acima de 4.664,68	27,5	869,36

Fonte: <https://irpf2020.com/>

Dessa maneira, o princípio da progressividade fixa o princípio da capacidade contributiva, pois em ambos há o agravamento conforme sua capacidade de recolher as contribuições. Esse princípio da progressividade é também preceituado por Luciano Amaro, que entende que o princípio se aproxima do princípio da capacidade contributiva e que é um refinamento dessa capacidade contributiva.

2.2.3 Seletividade

O princípio da seletividade pode ser estabelecido como aquele que escolhe, perante determinados critérios, a incidência dele de forma diferente aos títulos tributados. Um exemplo são as alíquotas mais onerosas para produtos supérfluos, como: cosméticos e bebidas e alíquotas menores para produtos essenciais, como: produtos da cesta básica. Outros exemplos são: ICMS - artigo 155, parágrafo 2º, inciso III e o IPI artigo 153, parágrafo 3º, inciso I, ambos previstos na Constituição Federal. Leciona Yamachita, nesses tipos de impostos seletivos como ICMS e IPI, a capacidade contributiva será concretizável não apenas do ponto de vista pessoal-individual, mas também do ponto de vista objetivo-genérico.

Baleiro, assim leciona acerca da aplicabilidade do princípio da seletividade:

Refere-se à adequação do produto à vida do maior número dos habitantes do país. As mercadorias essenciais à existência civilizada deles devem ser tratadas mais suavemente ao passo que as maiores alíquotas devem ser reservadas aos produtos de consumo restrito, isso é, o supérfluo das classes de maior poder aquisitivo. Geralmente são os artigos mais raros e, por isso, mais caros (BALEIRO, 2004, p.161).

Seletividade então é definir os tributos como maior aos supérfluos/não essenciais e inferior aos básicos/essenciais para coletividade, no que se refere aos produtos para consumo. Sacha Calmon Navarro acrescenta que: a tarefa de determinar se esta ou aquela mercadoria é ou não supérflua não está adstrita ao legislador, sendo, portanto, extensível ao Poder Judiciário.

2.2.4 Personalização

Esse princípio diz respeito a individualização dentro do princípio da capacidade contributiva. Assim, é a adaptação do tributo em torno da condição pessoal do contribuinte, sendo dessa forma em torno da sua condição econômica. Essa personalização pertence aos impostos pessoais, andando juntos, complementando um ao outro.

2.2.5 Universalização/Generalidade

O princípio da universalização define que a tributação deverá ser de todo rendimento, não levando em consideração origem, localização e condição jurídica. Definindo assim que deverá incidir sobre todos bens, independentemente de suas características. No âmbito do princípio da generalidade deverá incidir o tributo sobre todos que originem um fato gerador, sem exceções – princípio da isonomia.

Sua estipulação está na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 153, parágrafo 2º, inciso I, que define que o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza será informada pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.

2.3 Natureza da norma acolhedora do princípio

O princípio da capacidade contributiva possui um viés de limitação constitucional na maneira e alcance do poder do Estado em tributar. Consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, esse princípio é meramente uma norma programática, destarte podendo ser suprimida por uma Emenda Constitucional.

2.4 Eficácia e extensão do princípio da capacidade contributiva

A eficácia diz respeito ao poder e qualidade de cumprir com o que foi originalmente planejado. Sendo assim a sua principal característica é alcançar o resultado esperado. Mencionando sua eficácia, nesse ramo o princípio da capacidade contributiva é imperativo, por conseguinte compulsa o legislador e aplicador da lei sua utilização. Para auxiliar o entendimento, vejamos o artigo 145, inciso 1º da Carta de 1988:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - Impostos;

II - Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Ainda que, haja previsão em lei, há uma parte de contribuintes que não dispõe de quaisquer capacidades econômicas/contributivas. Mesmo nesse tipo de situação, na realidade, o juiz não poderá reconhecer essa ausência quando não há definição em lei, na acepção genérica violadora do princípio.

2.5 Aplicação do princípio da capacidade contributiva

O emprego do princípio da capacidade contributiva no direito tributário segue inúmeras regras e cronogramas, como: limites mínimos e máximos e a aplicação aos diferentes tributos

2.5.1 Limites mínimos e máximos

Os limites máximos e mínimos devem ser considerados quando a temática é o princípio da capacidade contributiva do sujeito passivo. Se esses limites forem abordados de forma coerente o princípio também será. O limite mínimo/ mínimo vital/ mínimo existencial é o que deve sempre ser protegido, inalcançável por a incidência de qualquer imposto.

É respaldado pela Constituição Federal de 1988, no ser art. 1º, inciso III, cujo estipula a dignidade da pessoa humana. No Brasil, a ideia de mínimo existencial começa a ser introduzida pelo jurista e primeiro ministro da fazenda do período republicano brasileiro Barbosa, que à época ensinou o seguinte:

Considero absoluta a necessidade de não submeter à ação do imposto direto o mínimo necessário à existência (Existenzminimum) nas classes mais desfavorecidas.

Certamente esse mínimo, se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável. Mas há a possibilidade de apreciações aproximativas, que financeiros e legisladores têm considerado suficientes, para dar satisfação, ao menos relativa, às exigências de equidade" (BARBOSA, 2004, p. 213-214).

Na Constituição Federal de 1946, art. 15: "Compete à União decretar impostos sobre: § 1º. São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica". Não há uma definição específica para o mínimo vital assim, chegamos até o artigo art. 7º, inciso IV, da CF de 1988, quando define o salário mínimo como sendo o valor capaz de atender as suas necessidades vitais básicas com moradia, alimentação, educação, saúde, dentre outros, sem apontar um valor e nem tampouco relacionar esse conceito a algum aspecto tributário.

No conceito de limites máximos, que também pode ser chamado de não confisco, os tributos não podem ser de grau elevado, pois assim o confisco será completo e com isso há respeito a nossa Carta Maior, conforme previsão no art. 150, inciso IV.

Na aplicação desse limite não há existência e previsão de um percentual ou parâmetro fixo para ser realizado o confisco tributário, assim é necessário haver uma análise de caso para ser usado. O que deve ser explorado para estipular os impostos é a contraprestação oferecida pelo Estado aos seus cidadãos em termos de serviços públicos e facilidades.

No âmbito doutrinário é possível visualizar uma divergência em como proceder nesse tema, a) Alfredo Augusto Becker, define que a aplicação do não confisco é restrita do tributo isolado, sem analisar eventuais já aplicados, e b) uma segunda corrente que defende o não confisco, devendo levar tudo em consideração.

Destarte, é nítido que é um assunto complexo e não detalhado em lei, com isso não é verificado quando os tributos ultrapassam a capacidade, infringindo e desrespeitando a Constituição Federal. A análise então é estipulada pela equidade e razão.

2.5.2 Aplicação aos diferentes tributos

O objetivo do princípio da capacidade contributiva é orientar e estipular a tributação. Nas palavras de Geraldo Ataliba, capacidade contributiva é o único critério para modulação dos impostos. Há inúmeros questionamentos em torno da necessidade de aumentar o alcance desse princípio para taxas e contribuições de melhorias, o STF já vem permitindo a aplicação deste princípio em algumas taxas.

2.6 Tributação extrafiscal e sua relação com princípio da capacidade contributiva

Extrafiscalidade, em direito tributário diz respeito a utilização de instrumentos tributários para a consecução de finalidades diversas da arrecadação. Na aplicação do caso concreto há necessidade da utilização de dois pontos: a capacidade contributiva e a extrafiscalidade do Estado. Destarte um não pode sobressair o outro, amparados pela razão e proporção. Há duas correntes no que tange esse tema.

A primeira estipula que a extrafiscalidade excepciona a observância da capacidade contributiva e a segunda que entende que as duas convivem harmonicamente. Regina Helena Costa em seu entendimento, quando se quer aplicar a extrafiscalidade, a capacidade contributiva cederia espaço quanto à graduação da imposição segundo o signo de riqueza apresentado pelo destinatário legal tributário, mas não quanto aos limites mínimo (mínimo vital) e máximo (não confisco) do mesmo.

2.7 Controle judiciário

No caso concreto, o judiciário impõe uma divergência se é possível ou não aplicar o princípio da capacidade contributiva. Há duas correntes principais por volta desse conteúdo. Na primeira corrente, defendida por nomes consagrados como Aliomar Baleeiro e Gerson dos Santos Sicca, o Poder Judiciário tem o poder de analisar em sede de controle de constitucionalidade concentrado ou difuso se uma determinada lei tributária obedece a esse princípio constitucional. Já na segunda, doutrinadores como Alfredo Augusto Becker, dentre outros, sustentam que esse princípio é dirigido única e exclusivamente ao legislador tributário, excluindo o judiciário.

Finalmente, ensina Machado (2013, p. 523-524),

Tal como acontece com a inobservância de qualquer outro princípio constitucional, também a inobservância, pelo legislador, do princípio da capacidade contributiva pode ser objeto de controle tanto por ação direta, promovida perante o Supremo Tribunal Federal, por uma das pessoas indicadas no art. 103 da vigente Constituição Federal, como em qualquer das ações nas quais ordinariamente são apreciadas as questões tributárias.

E continua Zilveti (2004, p. 163),

A norma constitucional não estaria mais restrita a orientar o legislador, aplicável, também, ao aplicador da lei, ao intérprete e ao contribuinte. Não se entenda, entretanto, que o contribuinte possa alegar a falta de capacidade

contributiva, de modo simplista, para ferrar-se da obrigação de pagar o tributo. Pode, contudo, verificando o caráter confiscatório de um determinado tributo ou mesmo de uma alíquota, insurgir-se contra a inconstitucionalidade da norma que o instituiu, pleiteando a desconstituição de relação jurídico-tributária que o obrigue ao pagamento do tributo.

Assim, o entendimento é que de forma relevante, majoritariamente, é possível ser controlado a aplicação pelo poder judiciário.

2.8 Das pessoas naturais e pessoas jurídicas

Uma corrente majoritária expressa que o princípio da capacidade contributiva dentro do direito tributário brasileiro, somente se aplicará às pessoas naturais, excluindo assim as pessoas jurídicas. Porém existe alguns posicionamentos contrários, como: Baleeiro, que ensina o artigo 202 da constituição federal compreendendo as pessoas naturais e jurídicas, não havendo distinção aos contribuintes.

2.9 Substituição tributária no princípio da capacidade contributiva

A substituição tributária é uma das formas de arrecadar impostos pelo governo, ela consiste, basicamente, na retenção antecipada do ICMS referente às operações subsequentes que existem no caminho dos produtos da fábrica até o consumidor final. A substituição acontece da seguinte forma: recolhida pelo contribuinte e depois repassada ao governo federal. Sua criação foi com finalidade de facilitar a fiscalização, principalmente de impostos que tem incidência múltiplas vezes durante sua circulação, chamados tributos "plurifásicos". Com isso, o imposto pago por esse produto ou serviço será uma única vez, como no tributo "monofásico".

Está estipulada a substituição tributária na constituição federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

A aplicação dessa substituição será interna e interestaduais em relação às operações subsequentes a serem realizadas pelos contribuintes substituídos. Não poderá então ser aplicada em substituição da mesma mercadoria, destinação de mercadoria para utilizar em industrialização e às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

2.10 Posição do Supremo Tribunal Federal

Na colocação do STF, o princípio da capacidade contributiva tributária, temos a ser citado: o recurso extraordinário 562.045/RS, em tramitação na Corte Suprema, onde se discute a aplicação do princípio tributário da progressividade no ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação). Nessa alusão, o recurso utilizou como argumento o parágrafo 1º, do artigo 145, da Constituição Federal, referindo-se ao princípio em questão e todos os impostos. Destarte há afirmação que, independente da natureza de determinado tributo, deve haver ponderações a capacidade tributária.

Em outro caso concreto, há o argumento que: “Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico).

A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal.” - Ministro Moreira Alves. Com isso, não há admissão de progressividade nesse tipo de imposto, já que possui caráter real incompatível assim com a progressividade, sendo inconstitucional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho teve como objetivo esmiuçar acerca da aplicação e características do princípio da capacidade contributiva previsto no art. 145 inciso I da Constituição Federal de 1988, no âmbito do direito tributário brasileiro por meio de doutrina e jurisprudência para encontrar o conceito ideal desse princípio.

A previsão desse é que o sujeito passivo (contribuinte) contribua de modo com a tributação do Estado de forma coerente com a situação que esse passa, assim acompanham os aspectos e teorias que o cerca.

O objetivo principal desse princípio é uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza. Outro objetivo é a justiça fiscal, já que esse impede que haja tratamento desigual entre sujeitos passivos na mesma situação.

Pode assim comparar e equivaler o princípio estudado com o princípio da igualdade, sendo então uma garantia fundamental na lei brasileira, pois garante proteção aos direitos individuais do contribuinte.

Concluindo acerca dos poderes: judiciário, legislativo e executivo, determina-se esses como essenciais para legislar, cumprir e controlar a aplicabilidade do princípio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, G. **Elementos de Direito Tributário. Revista dos Tribunais**, 1978.

BALEEIRO, A. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 5 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 368-369.

BALLEIRO, A. **Direito tributário brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Forense, 2015.

BARRETO, A.F. **Base de Cálculo, alíquota e princípios constitucionais**. São Paulo: Ed. RT, 1987.

BORGES, J.S.M. **IPTU, progressividade**. Revista de Direito Tributário, São Paulo, n. 59, p. 73-94.

CARRAZZA, E.N. **Progressividade do IPTU**. São Paulo: Juruá, 1998.

CARRAZZA, R.A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARVALHO JUNIOR, P.H.B. **IPTU no Brasil: progressividade, arrecadação e aspectos extra-fiscais: texto para discussão nº 1251**. Brasília, DF: IPEA, 2006.

Disponível em: <https://bit.ly/2YpS8NL>. Acesso em: 9 mar. 2020.

CARVALHO, P.B. **Curso de direito tributário**. 6. ed. Saraiva, 1993.

COELHO, S.C.N. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

COELHO, S.C.N. **Comentários à Constituição Federal de 1988: Sistema Tributário Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CONTI, J.M. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. Dialética, 1996.

COSTA, R.H. **Princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 1993.

FURLAN, V.C. **Imposto Predial e Territorial Urbano**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MACHADO, H.B. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO, H.B. **Curso de direito tributário**. 3. Ed. Forense, 1985.

MACHADO, H.B. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MALVEIRA, U. A. **Um modelo de otimização para alíquotas do IPTU socialmente mais justas**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 47, n. 1, p. 105-132, 2013.

MARTINS, I.G.S.; BARRETO, A.F. **A inconstitucionalidade da Progressividade da EC nº 29/2000**. São Paulo: Dialética, 2003.

SÃO PAULO (Município). **Decreto nº 58.420, de 14 de setembro de 2018**. Aprova a consolidação das Leis Tributárias do Município de São Paulo. Diário Oficial da Cidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SILVEIRA, F.G. **Carga tributária direta e indireta sobre as unidades familiares no Brasil: avaliação de sua incidência nas grandes regiões urbanas em 1996**: texto para discussão nº 757. Brasília, DF: IPEA, 2000.

O CUMPRIMENTO IMEDIATO DAS SENTENÇAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA.

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Como se sabe, a Fazenda Pública, em razão das particularidades decorrentes de sua natureza de pessoa jurídica de direito público, dispõe de algumas prerrogativas processuais não extensíveis aos particulares, como prazo diferenciado para prática de atos processuais, comunicação pessoal dos atos processuais e procedimento especial para cumprimento das condenações judiciais que lhe são impostas.

As prerrogativas conferidas à Fazenda Pública no espectro das relações processuais não constituem privilégios, como à primeira vista possa parecer, mas refletem o reconhecimento das particularidades e necessidades da Administração Pública.

Nesta perspectiva, o estudo acerca do cumprimento de obrigações decorrente de decisões judiciais impostas à Administração Pública, especialmente quando há geração de despesas, deve tomar como ponto de partida a compreensão de que o Poder Público tem seus gastos pautados no orçamento público, onde impera a necessidade de previsão das receitas e a obrigação de fixação das despesas.

Então, a premissa inafastável para entender o procedimento executório em face da Fazenda Pública parte da compreensão de que as despesas públicas devem ser previamente programadas na legislação orçamentária. O Estado pauta suas receitas e despesas pela lei orçamentária, de modo que, o cumprimento imediato e sem planejamento de obrigações decorrentes de condenações judiciais pode trazer sérias consequências na execução orçamentária, comprometendo, inclusive, o adimplemento das obrigações ordinárias e a prestação dos serviços públicos.

Não obstante, em contrapasso do sistema tradicional previsto para implementação de decisões judiciais em face da Fazenda Pública, há o rito sumaríssimo previsto para os Juizados Especiais, onde imperam os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Sabe-se que, inicialmente, os Juizados Especiais foram idealizados apenas para as causas privadas de menor complexidade. Todavia, com a instituição do procedimento sumaríssimo dos Juizados Federais e posteriormente da Fazenda Pública, instituídos respectivamente pelas Leis 10.529/91 e 12.153/2009, as pessoas jurídicas de direito público passaram a se submeter ao rito especial e simplificado dos Juizados Especiais Cíveis.

De todo modo, não obstante tenha havido a inserção da Fazenda Pública no rito processual dos Juizados, o procedimento estabelecido para os particulares precisou de algumas adaptações para atender às particularidades do Poder Público. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, como órgãos da justiça comum e integrantes do Sistema dos Juizados Especiais, passaram a dispor de competência processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

Então, no bojo dessa inovação, tem vindo à tona a delicada questão relacionada ao momento do cumprimento das condenações impostas ao Poder Público, ou seja, o entrave jurídico volta-se para a necessidade ou não de imediato cumprimento da condenação constante em sentença recorrível no âmbito dos Juizados Especiais.

É certo que a Lei 9.099/95, aplicável subsidiariamente ao Juizado da Fazenda Pública no que for compatível, prescreve, em seu artigo 43, que recurso da sentença terá somente efeito devolutivo, podendo, todavia, o Juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte.

Então, em princípio, é possível afirmar que, como regra, os recursos no âmbito dos Juizados Especiais, são dotadas apenas do efeito devolutivo. Não obstante, antes de mais nada, para compreensão do procedimento de cumprimento das sentenças, nos Juizados Especiais comuns e da Fazenda Pública, é preciso atentar para sistemática criada pela Lei 9.099/95, nos termos seguintes:

Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:

I - as sentenças serão necessariamente líquidas, contendo a conversão em Bônus do Tesouro Nacional - BTN ou índice equivalente;

II - os cálculos de conversão de índices, de honorários, de juros e de outras parcelas serão efetuados por servidor judicial;

III - a intimação da sentença será feita, sempre que possível, na própria audiência em que for proferida. Nessa intimação, o vencido será instado a

cumprir a sentença tão logo ocorra seu trânsito em julgado, e advertido dos efeitos do seu descumprimento (inciso V);

IV - não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação;

V - nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, o Juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o Juiz de imediato arbitrará, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado;

VI - na obrigação de fazer, o Juiz pode determinar o cumprimento por outrem, fixado o valor que o devedor deve depositar para as despesas, sob pena de multa diária;

VII - na alienação forçada dos bens, o Juiz poderá autorizar o devedor, o credor ou terceira pessoa idônea a tratar da alienação do bem penhorado, a qual se aperfeiçoará em juízo até a data fixada para a praça ou leilão. Sendo o preço inferior ao da avaliação, as partes serão ouvidas. Se o pagamento não for à vista, será oferecida caução idônea, nos casos de alienação de bem móvel, ou hipotecado o imóvel;

Assim, ao que se percebe do texto legal, lavrada a sentença condenatória, o vencido será instado a cumpri-la tão logo ocorra seu trânsito em julgado. Então, percebe-se que há duas possibilidades bem delimitadas: 1- transitada em julgado a condenação, o vencido deverá proceder seu imediato cumprimento, sob pena de execução; 2- havendo recurso, dotado de efeito meramente devolutivo, poderá o autor requerer o cumprimento da decisão, todavia, esse cumprimento, ao que parece, deve se dar em caráter provisório, aplicando-se subsidiariamente as regras do Código de Processo Civil.

Então, resta evidente que o Juiz não pode de ofício determinar o cumprimento provisório da sentença, até porque, se o fizesse, estaria impondo ao autor/exequente o risco da execução provisória sem o seu consentimento. Ressalte-se que toda execução provisória tem seu risco, em função da possibilidade de reforma do título exequendo, e que esse risco precisa ser aceito pela parte beneficiária da decisão.

Anote-se, outrossim, que essa sistemática é aplicável tanto no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis comuns quanto nos Juizados da Fazenda Pública, de modo que, em ambas as situações, o cumprimento da sentença não transitada em julgado deve se dar por iniciativa da parte beneficiada, salvo, evidentemente, no caso de deferimento de antecipação dos efeitos da tutela.

No âmbito dos Juizados da Fazenda Pública, a Lei 12.153/2009 prescreve o seguinte:

Art. 11. Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário.

*Art. 12. O cumprimento do acordo ou da sentença, **com trânsito em julgado**, que imponham obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa, será efetuado mediante ofício do juiz à autoridade citada para a causa, com cópia da sentença ou do acordo.*

Art. 13. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado:

I – no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contado da entrega da requisição do juiz à autoridade citada para a causa, independentemente de precatório, na hipótese do § 3º do art. 100 da Constituição Federal; ou

II – mediante precatório, caso o montante da condenação exceda o valor definido como obrigação de pequeno valor.

Então, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, lavrada a sentença condenatória em desfavor do ente público demandado e havendo recurso, a princípio não há obrigação de cumprimento imediato da obrigação imposta, seja ela de fazer, não fazer entregar ou pagar.

Não obstante, com exceção da obrigação de pagar, onde não se pode dispensar o trânsito em julgado, há a possibilidade de cumprimento provisório da condenação imposta quando se tratar de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, bem como nas hipóteses de deferimento de antecipação dos efeitos da tutela, ressalvando-se, em ambos os casos, as hipóteses de liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores, onde o trânsito em julgado também é exigido por força do artigo 2º-B, da Lei 9.494/1997, que assim dispõe:

Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado

Já quando a condenação for de pagar não há a possibilidade de execução provisória, já que o trânsito em julgado é condição inafastável para seu processamento, tanto por força do artigo 13 da Lei 12.153/2009 como em função do próprio artigo 100 da Constituição Federal.

Nestes termos, com base na legislação aplicável e em função do que acima se expôs, é possível concluir que o cumprimento das sentenças condenatórias lavradas em desfavor da Fazenda Pública no âmbito Juizados Especiais, *a priori*, deve ser efetivado após o trânsito em julgado da condenação, admitindo-se, todavia, a execução provisória da sentença, por iniciativa da parte e nunca de ofício pelo juiz, quando não se tratar de obrigação de pagar, ou nas hipóteses de liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores, quando o trânsito em julgado constitui exigência legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 11ed. Salvador: JusPODVUM, 2017.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Volume II – Das Obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume V, Direito das Coisas**. São Paulo: ED. Saraiva, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil. Volume III - Contratos**. ed 12º. Rio de Janeiro: ED. Forense, 2005.

VIGLIAR, José Marcelo. **Interesses Difusos, Coletivos, e Individuais Homogêneos**. Salvador: ED. JusPODIVM, 2005

A REVISÃO CRIMINAL NO TRIBUNAL DO JÚRI FACE AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

LUCAS AMADEU LUCCHI RODRIGUES:

Advogado. Mestre em Segurança Pública pela Universidade Vila Velha. Especialista em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio.

RESUMO: Como se perceberá, o estudo proposto por este artigo, visa buscar uma forma para que o princípio da soberania dos veredictos e a Revisão Criminal, possam ser harmonizados em busca da garantia da justiça ao indivíduo. Desta feita, veremos o posicionamento de renomados autores, sendo que alguns se posicionam no sentido de que não é possível a Ação Revisional no Tribunal do Júri em virtude da soberania dos veredictos. A grande discussão se amplia porque a Revisão Criminal tal como a concebemos não divide o seu julgamento em juízo rescindente e rescisório, logo, os desembargadores responsáveis pelo julgamento do processo, ao julgarem procedente a ação revisional, deverão promover a reforma da decisão proferida pelos jurados. Entretanto, veremos também, em contrapartida, que existem outros juristas que defendem veemente a sua admissibilidade por entenderem que a liberdade é o bem maior do indivíduo, chegando-se ao final a conclusão da necessidade de harmonização entre o princípio da soberania dos veredictos e a Revisão Criminal no Tribunal do Júri.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; Revisão Criminal; Soberania dos Veredictos; Harmonização.

ABSTRACT: As notice, the proposed study, for this work, is to seek a way so that the principle of sovereignty of the verdicts and the Criminal Review, to be harmonized in search of justice guarantee to the individual, this time we will see the position of renowned authors, and some are positioned in the sense that it is not possible revision action in the jury because of the sovereignty of the verdicts. The big debate is extended because the Criminal Revision as we conceive it is not divided in its judgment in rescindente judgment and severance, so the judges responsible for the judgment of the case, the judge upheld the revision action should promote the reform of the decision rendered by the judges. However, we will also see, however, that there are other lawyers who vehemently defend their admissibility to understand that freedom is the greatest good of the individual, coming to the end of the completion of the need for harmonization between the principle of sovereignty of the verdicts and criminal review of the jury.

Keywords: Jury court; Criminal Review; Sovereignty of the verdicts; Harmonization.

SUMÁRIO: Introdução. 1. 1.A Revisão Criminal no Tribunal do Júri. 1.1. Considerações iniciais. 1.2 A possibilidade de atenuação do Princípio da Soberania dos veredictos na Revisão Criminal. Conclusão. Referências.

Introdução

A presente pesquisa visa demonstrar a possibilidade do uso da Revisão Criminal, nas decisões do Tribunal do Júri, enquanto Ação Autônoma de Impugnação, visando desconstituir a coisa julgada, em virtude de um erro judiciário, encontrando, para tanto, respaldo na busca pela verdade real, prevalecendo assim a justiça, a qual se prima dentro da sociedade e, sobretudo, em um Estado Democrático de Direito.

Ao decorrer do presente estudo, será evidenciado que apesar da suprema importância da ação revisional, no combate à perpetuação no tempo de uma decisão eivada de erro judiciário, não se pode permitir sua utilização de forma indiscriminada, precipuamente, para atacar as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, posto que estas se encontram revestidas pela garantia constitucional da soberania dos veredictos.

E, neste contexto, demonstrará a discussão maior desta pesquisa, qual seja a compatibilidade entre a soberania dos veredictos, atribuída pela CF ao Tribunal do Júri, e a revisão criminal. Defendendo-se o manejo desta para as decisões proferidas pelos jurados, desde que seja possível sua harmonização com a referida garantia, de modo que não sejam corrompidos os princípios previstos na Constituição Federal, todavia, garantido que, de igual forma, não sejam também os princípios utilizados em desfavor do condenado.

Deste modo, ao final, se demonstrará uma maneira de harmonizar o princípio da soberania dos veredictos e a Revisão Criminal, garantindo a justiça ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como ao indivíduo e a sociedade, analisando o posicionamento de renomados autores, alguns que se posicionam no sentido de que não é possível a Ação Revisional no Tribunal do Júri em virtude da soberania dos veredictos, e outros juristas que defendem veemente a sua admissibilidade por entenderem ser a liberdade o bem maior do indivíduo.

1.A Revisão Criminal no Tribunal do Júri

1.1. Considerações iniciais

A Revisão Criminal tem o intuito de não permitir que uma decisão injusta se perpetue no tempo, trazendo efeitos negativos perpetuamente ao condenado, simplesmente em virtude da proteção jurídica dos efeitos da coisa julgada, ou no caso em estudo, pela soberania dos veredictos.

Ademais, há de se ressaltar que, no processo penal, o que está em jogo é a liberdade, um bem jurídico de importância substancial ao homem e consagrado ao longo dos anos, persistindo, inclusive à intensas transformações dos ordenamentos jurídicos. Deste modo, não se mostra plausível tutelar a preservação de um princípio constitucional em prejuízo do direito à liberdade.

Além disso, como poderia o judiciário ao aplicar o direito o fazer às cegas, aplicando-o na sua literalidade de forma a abstrair o contexto jurídico em que cada princípio, cada obrigação, e cada direito contido na norma constitucional está inserido.

Desta forma, importante notar que a soberania dos veredictos deve ser preservada, no entanto, não deve ser interpretada como obstáculo aos outros direitos garantidos ao réu julgado perante o Tribunal do Júri, devendo o referido princípio ser ajustado de forma a poder ser aplicado de forma harmônica com os demais princípios e direitos, uma vez que não se sobrepõe aos demais, haja vista a inexistência de hierarquia entre os princípios que devem respeitar, tão somente, a razoabilidade e proporcionalidade quando da sua aplicação.

1.2 A possibilidade de atenuação do Princípio da Soberania dos veredictos na Revisão Criminal

Este artigo visa demonstrar a possibilidade da admissão da Revisão Criminal nos processos de competência do Tribunal do Júri, contrapondo-se ao princípio soberania dos veredictos que, visando proteger a decisão dos jurados, não permite que a deliberação destes seja substituída por juízes togados, em contraposição à ação revisional, pela qual a decisão dos jurados será revista e julgada por juízes togados em segunda instância, com o intuito de não permitir a perpetuação no tempo de uma decisão manifestamente injusta, a qual, apesar de encoberta pelo manto da coisa julgada, merece ser modificada em prol da justiça e da liberdade.

Como se perceberá, o foco será a busca por uma maneira de harmonizar o princípio da soberania dos veredictos e a Revisão Criminal, garantindo a justiça ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como ao indivíduo e a sociedade, analisando o posicionamento de renomados autores, alguns que se posicionam no sentido de que não é possível a Ação Revisional no Tribunal do Júri em virtude da soberania dos veredictos, e outros juristas que defendem veemente a sua admissibilidade por entenderem ser a liberdade o bem maior do indivíduo.

Neste íterim, cabe dizer que, apesar da Constituição Federal garantir a soberania dos veredictos entre os direitos constitucionais, há de se entender que essa regra não pode ser considerada absoluta, de modo a colocar em risco outras normas constitucionais e perturbando, desta forma, a ordem pública, pelo contrário, havendo conflitos entre direitos e garantias constitucionais, deverá ser aplicada a teoria da

proporcionalidade a fim de que os valores em conflito sejam sopesados e aplique-se o que for mais razoável ao caso concreto. (SILVA, 1999).

Sendo assim, em uma análise mais profunda, chega-se a conclusão que a divergência não surge, especificamente, no que diz respeito a admissibilidade da Revisão Criminal no Tribunal do Júri, mas sim, uma vez conhecida a Revisão Criminal, a quem caberá o julgamento de mérito da mesma, o próprio órgão revisor ou um novo júri.

No entanto, primordialmente, é de se colacionar a colocação de Genney Randro Barros de Moura (2002), ao concluir o seu artigo, cujo título é em defesa da soberania dos veredictos no júri, afirmando que a “[...] soberania dos veredictos não pode ser confundida com o poder absoluto, incontrastável e ilimitado, o que estaria na contramão dos fins não só da própria constituição, mas do próprio Estado Democrático de Direito.” (p. 501). Portanto, não se pode permitir que a soberania seja um princípio prevalecente sobre todo e qualquer direito.

Sob esse aspecto, há grandes doutrinadores, como Hermínio Alberto Marques Porto (2005) que defendem que a Revisão Criminal pode ser utilizada para atacar as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, afirmando, ainda, que a soberania dos veredictos somente se aplica a relação jurídica processual ainda não decidida.

Contudo, não acreditamos que a posição do citado autor seja a mais correta, e acerca deste assunto, apesar de se posicionar de maneira contrária ao tema em questão, o pensamento de Guilherme de Souza Nucci (2008), nos parece o mais acertado, asseverando o d. doutrinador que “ dizer que a soberania acompanha o réu somente até o trânsito em julgado da sentença é negar vigência à Constituição Federal.” (2008, p. 454).

O entendimento de Guilherme de Souza Nucci, sob esta ótica, se apresenta mais admissível, uma vez que nenhum dispositivo constitucional, ou infraconstitucional, prevê uma limitação dos efeitos das garantias individuais inerentes ao júri, dentre as quais insere-se a soberania dos veredictos.

Deste modo, ao aceitar-se a afirmação de que a soberania só se aplica nos processos de competência do júri enquanto estiverem em andamento, ou seja, até a prolação da sentença, é ferir a Constituição haja vista que esta não dispõe desta forma, todavia a CF assegura ao júri o direito desta soberania nos veredictos dos jurados, superando assim os limites temporais que os defensores da relativização do referido princípio procuram impor.

Apesar do princípio da soberania não poder ser considerado absoluto, há que se ponderar acerca da sua mitigação, certo é que o legislador ao prevê-lo na

Constituição Federal, como garantia da instituição do Júri, buscou garantir uma maior proteção às decisões proferidas neste Tribunal, apesar disso, isto não quer dizer que as decisões ali proferidas serão imutáveis.

No que diz respeito a esta afirmação, a primeira prova robusta da mesma é que o próprio Código de Processo Penal possibilita que o condenado, ou até mesmo a acusação, recorra da decisão dos jurados por meio do recurso de apelação, previsto no art. 593,III do CPP, "b" e "c", no qual o tribunal *ad quem* ao dar provimento ao recurso irá promover a devida retificação da sentença. Restando comprovado, portanto, que a soberania dos veredictos não está acima dos direitos à liberdade, a defesa e justiça daquele que se vê condenado em virtude de um erro judiciário.

No entanto, a questão não é tão simples assim, pois ao assegurar a garantia de soberania dos veredictos no tribunal do júri, a Constituição Federal obstou que a decisão dos jurados fosse substituída por decisão de juízes togados, e é sob esta ótica que surgem inúmeras discussões acerca recorribilidade das decisões proferidas pelo conselho de sentença, bem como do uso da ação revisional nos processos submetidos a esta competência.

Contrariamente ao que parece, não se está diante de um caso em que a liberdade do réu deva prevalecer acima de tudo, mas sim diante de um caso em que se trata de uma instituição garantida constitucionalmente e preservada ao longo dos anos e um direito do réu de recorrer de uma decisão considerada injusta, de forma contrária, se apresenta o entendimento de Greco Filho (2004), ao afirmar que:

São revisíveis, também, as sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri, porque o direito de liberdade e a necessidade de correção de erro judiciário prevalecem sobre a soberania. Entre dois Princípios constitucionais prevalece o de maior valor, no caso a liberdade (p. 397).

Por conseguinte, o posicionamento do referido doutrinador, é de que as sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri serão sempre revisíveis, uma vez que o direito de liberdade deve prevalecer sobre os demais indiscriminadamente. Entretanto, não nos parece apropriado coadunar com tal entendimento, porquanto, conforme esclarecido anteriormente no caso de conflitos deverá ser analisado o caso concreto a fim de se ponderar os direitos em confusão.

Uma primeira afirmação se faz necessária, nas palavras de César Dario Mariano da Silva (1999, p. 53) "[...] Se por um lado as decisões do júri são soberanas, por outro o direito de liberdade é um dos mais importantes da Magna Carta." Logo, ocorrido um erro judiciário que faça surgir um conflito entre o direito a liberdade e a soberania do júri, deverá sobressair o primeiro em face do segundo, haja vista que a função

primordial do Estado é assegurar a justiça, todavia tal deve se dar de forma razoável e não indistinta.

Em sentido contrário aos referidos doutrinadores, surge o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci avaliando que:

O grande desvio, comum nos dias atuais, é especialmente, em revisão criminal, ingressar-se no mérito, desprezar-se a decisão soberana do povo, absolvendo-se o réu. São variados os argumentos para que tal se dê [...] adiantamos: inexistente, em nosso sentir, uma única justificativa plausível para que a vontade soberana do povo não deva prevalecer (2008, p. 32).

Logo, para Nucci, não existem motivos que justifiquem que a soberania dos veredictos seja transponível, nem ainda que o seja com o intuito de ponderar outros direitos, considerados mais importantes no caso concreto.

Asseverando, inclusive, que apesar de ser totalmente defensor da plenitude de defesa, acredita que proferida decisão condenatória pelos jurados, não existem motivos autorizadores para que qualquer tribunal modifique esta decisão, se fundamentado na premissa de que soberania é um termo intenso e que deve ser respeitado integralmente, sob pena de, seu desrespeito, configurar uma extrema inversão de valores (NUCCI, 2008).

Em contrapartida é entendimento majoritário, que é possível a Revisão Criminal nos Processos de competência do Tribunal do Júri, de modo brilhante Carlos Roberto Ceroni resume os principais fundamentos autorizadores da utilização da Revisão Criminal com o intuito de desconstituir uma decisão proferida neste Tribunal:

- a) a soberania do júri é garantia constitucional de liberdade do réu e se ela é desrespeitada, em nome dessa mesma liberdade, atentado algum se comente contra o texto constitucional;
- b) a soberania distingue-se do conceito de poder absoluto oriundo do direito constitucional, ou seja é relativa- não representa poder incontrolável, sem limites e absoluto- e, portanto, passível de correção, caso contrário não se poderia admitir os recursos de apelação e o protesto por novo júri;
- c) a soberania tem um princípio próprio- impossibilidade de outro órgão jurisdicional modificar a decisão dos jurados- e seus efeitos estão restritos ao processo enquanto relação jurídico-processual não decidida;

- d) a soberania é estabelecida justamente em favor do réu, não podendo, pois ser invocada contra ele e impedi-lo de exercer plena defesa, com os recursos a ela inerentes, entre os quais a revisão criminal;
- e) a norma que consagra a soberania dos veredictos não pode sobrepujar o clamor da sociedade, sob pena de consagração da injustiça; (CERONI, 2005, p. 198/199).

Portanto, verifica-se inegável a admissão da revisão criminal nos processos de competência do Tribunal do Júri, uma vez que não se pode atribuir um caráter imutável às decisões proferidas pelos jurados, bem como não se pode permitir que as sentenças proferidas neste Tribunal sejam perpetuadas no tempo se estiverem eivadas de flagrante injustiça.

Por mais que o último entendimento seja o mais correto, Guilherme de Souza Nucci (2008) parece propor outra solução para o referido caso, ao assumir posição contrária a desconstituição da coisa julgada no júri por magistrados, firma entendimento no sentido de que se o réu restar, de forma comprovada, condenado injustamente, deverá o tribunal utilizar o juízo rescindente e devolver o processo ao júri popular para que seja feito o juízo rescisório, asseverando que se houve ou não erro judiciário quem deverá decidir se o sentenciado é ou não culpado deverão sem os jurados, a quem cabe o julgamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri.

Neste sentido nota-se que até o ano de 2011 havia nos tribunais superiores um certo receio em aplicar o instituto da revisão criminal para realizar o exame de mérito da questão às decisões do tribunal do júri, conforme jurisprudências que seguem:

Apelação Criminal. Júri. Homicídio duplamente qualificado Absolvição. 'Parquet' busca a renovação do julgamento, por ser o veredicto manifestamente contrário à prova dos autos. Admissibilidade. A opção do Conselho de Sentença pela tese de negativa de autoria conflita com a versão sustentada pelo réu, que em seu interrogatório afirma ter ocorrido legítima defesa. Várias testemunhas o teriam apontado como o autor do crime. Decisão, ademais, tomada por apertada maioria de votos (4x3). **Recomendável a renovação do julgamento. Apelo Ministerial provido, para submeter o réu a novo Júri. (grifo nosso)** .(4955193600000000 SP , Relator: Péricles Piza, Data de Julgamento: 09/02/2009, 1ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/03/2009) (BRASIL, 2016a).

REVISÃO CRIMINAL - Júri - Réu que responde ao processo por um crime consumado e três crimes tentados - Alegação de legítima defesa- Prova testemunhal nesse sentido - Prova desconsiderada por serem as testemunhas "altamente suspeitas" - Ausência de contradita ou argüição de suspeição ao tempo oportuno - Testemunho prestado sob compromisso formal - Prova válida que não pode, por isso, ser desconsiderada - Prova constante nos autos que autoriza a realização de novo julgamento - Revisão deferida, pelo mérito, para submeter o réu a novo julgamento –(grifo nosso) (voto n. 8358)* (1235107520088260000 SP 0123510-75.2008.8.26.0000, Relator: Newton Neves, Data de Julgamento: 18/01/2011, 8º Grupo de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/02/2011)- grifo nosso (BRASIL, 2016b).

Vê-se que existia resistência na aplicação do instituto revisional, permitindo ao órgão *ad quem* a realização dos juízos rescindentes e rescisórios, entretanto a posição assumida por Nucci (2007) não se apresentava como a mais plausível, sendo mais aceitável a avocada por Cesar Dario Mariano da Silva ao afirmar que levar o réu a novo julgamento pelo júri não é apropriado, uma vez que a nova decisão poderia ser novamente contrária a prova dos autos ocasionando uma perpetuação da injustiça.

Deste modo, insta salientar, que na Revisão Criminal, no Brasil, o juízo rescindente e o rescisório deverão ser realizados pelo tribunal *ad quem*, não se pode, portanto, comparar a ação revisional à apelação, uma vez que nesta o tribunal superior irá submeter o apelante a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Fazendo-se, neste quesito, salutar a afirmação de Sérgio de Oliveira Médici no sentido de que não há possibilidade de separação do julgamento da revisão criminal no ordenamento jurídico brasileiro, afirma que: "[...] O tribunal competente, ao julgar a revisão, pode: confirmar a condenação, alterar a classificação da infração, reduzir a pena, absolver o condenado ou anular o processo." (MEDICI, 2000, p. 198).

Portanto, nos parece de suma importância trazer o entendimento firmado no STF na seguinte jurisprudência acerca do tema:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - JÚRI - GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA - RECURSO DE APELAÇÃO (CPP, ART. 593, III, "D") - DECISÃO DO JÚRI CONSIDERADA MANIFESTAMENTE INCOMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS - PROVIMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL - SUJEIÇÃO

DO RÉU A NOVO JULGAMENTO - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE OFENSA À SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI - RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DO ART. 593, III, "D", DO CPP - ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL - PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME E DE EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS IDÔNEOS DA AUTORIA DO FATO DELITUOSO - EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS - INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO "HABEAS CORPUS" - EXISTÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO - ALEGAÇÃO DE IMPRESTABILIDADE DO LAUDO PERICIAL - INOCORRÊNCIA - EXAME TÉCNICO ELABORADO POR PROFISSIONAIS MÉDICOS - RECONHECIMENTO DE OCORRÊNCIA DE VESTÍGIOS MATERIAIS PECULIARES À PRÁTICA DO CRIME DE ABORTO - PEDIDO INDEFERIDO. A SOBERANIA DO JÚRI E O RECURSO DE APELAÇÃO FUNDADO NO ART. 593, III, "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. - **A soberania dos veredictos do Júri - não obstante a sua extração constitucional - ostenta valor meramente relativo, pois as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere, a esse órgão especial da Justiça comum, o exercício de um poder incontestável e ilimitado.** As decisões que dele emanam expõem-se, em conseqüência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos do Tribunal Popular. - **A mera possibilidade jurídico-processual de o Tribunal de Justiça invalidar, em sede recursal (CPP, art. 593, III, "d"), a decisão emanada do Conselho de Sentença, quando esta se achar em evidente conflito com a prova dos autos, não ofende a cláusula constitucional que assegura a soberania do veredicto do Júri.** É que, em tal hipótese, o provimento da apelação, pelo Tribunal de Justiça, não importará em resolução do litígio penal, cuja apreciação remanescerá na esfera do Júri. Precedentes. Doutrina. - Inexiste, entre o art. 593, III, "d", do CPP e o texto da Constituição promulgada em 1988 (CF, art. 5º, XXXVIII, "c"), qualquer relação de incompatibilidade vertical. Conseqüente recepção, pelo vigente ordenamento

constitucional, da norma processual em referência. A VIA SUMARÍSSIMA DO "HABEAS CORPUS" É INCOMPATÍVEL COM O EXAME APROFUNDADO DA PROVA PENAL. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acentuado que o exame aprofundado das provas não encontra sede juridicamente adequada no processo de "habeas corpus". A postulação que objetive ingressar na análise, discussão e valoração da prova será plenamente admissível na via recursal ordinária, de espectro mais amplo, ou, ainda, na via revisional. A condenação penal definitiva imposta pelo Júri é passível, também ela, de desconstituição mediante revisão criminal, não lhe sendo oponível a cláusula constitucional da soberania do veredicto do Conselho de Sentença. Precedentes. O caráter sumaríssimo de que se reveste a via processual do "habeas corpus" não permite que, no âmbito estreito do "writ" constitucional, discutam-se questões de natureza essencialmente probatória, tais como aquelas pertinentes à materialidade do delito ou à configuração de sua autoria. Precedentes. EXAME DE CORPO DE DELITO - CRIME DE ABORTO - PRESSUPOSTO ESSENCIAL: A EXISTÊNCIA DO ESTADO DE GRAVIDEZ - CONSTATAÇÃO PERICIAL, NO CASO, FUNDADA EM LAUDO SUBSCRITO POR DOIS PROFISSIONAIS MÉDICOS - NULIDADE PROCESSUAL INOCORRENTE - A QUESTÃO DO EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO NO CRIME DE ABORTO - PRECEDENTES (H, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 21/09/1993, DJ 06-11-2006 PP-00037 EMENT VOL-02254-02 PP-00292 RTJ VOL-00201-02 PP-00557) (BRASIL, 2016c).

Apesar do referido acórdão se tratar uma de decisão decorrente do julgamento de Habeas Corpus, tratou com clareza da possibilidade da utilização da ação revisional em harmonia com a soberania dos veredictos. E neste mesmo sentido, foi evoluindo a jurisprudência dos Tribunais superiores, para permitir a realização do juízo rescisório e rescindente em sede de Revisão Criminal, vejamos os julgados mais atuais acerca do tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. FRAGILIDADE DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. CABIMENTO. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. REEXAME DE PROVA. ABSOLVIÇÃO EM CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. POSSIBILIDADE.

1. Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso quando manifestamente inadmissível ou improcedente.

2. O reconhecimento da fragilidade do arcabouço probatório se ajusta à previsão trazida no inciso I do artigo que trata da revisão criminal, na medida em que uma condenação nestes termos encontra-se inequivocamente contrária à evidência dos autos.

3. O exame do arcabouço probatório deve ser feito nas instâncias ordinárias, não competindo a esta Corte Superior de Justiça, que não constitui instância revisora, o reexame das provas dos autos.

4. "É possível, em sede de revisão criminal, a absolvição, por parte do Tribunal de Justiça, de réu condenado pelo Tribunal do Júri." 5. Agravo regimental desprovido (REsp 964.978/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 30/08/2012). (grifo nosso) (BRASIL, 2016d).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. FRAGILIDADE DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. CABIMENTO. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. REEXAME DE PROVA. ABSOLVIÇÃO EM CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. POSSIBILIDADE. (...) 4. 'É possível, em sede de revisão criminal, a absolvição, por parte do Tribunal de Justiça, de réu condenado pelo Tribunal do Júri'. (REsp 964.978/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 30/08/2012) 5. Agravo regimental desprovido".

(AgRg no REsp 1154436/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012) (BRASIL, 2016e).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E CONTRARIEDADE AO ART. 621, I, DO CPP. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DISSENSO PRETORIANO E NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 626 DO CPP. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. **REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ.** RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que julgou procedente ação de revisão criminal aviada pelo acusado, a fim de o absolver da imputação de homicídio qualificado. (fls. 32/45) Em seu recurso especial às fls. 48/102, sustenta o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, negativa de vigência ao artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, por entender que a revisão criminal não poderia ter sido julgada procedente, ao argumento de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, já que "neste caso, conforme perfeitamente indicado pelo veredicto, existem ponderáveis evidências que incriminam seriamente o imputado, não havendo suporte para a inferência a que chegou o acórdão recorrido". Além disso, aponta dissenso pretoriano e violação ao artigo 626 do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que, em sede de revisão criminal, o tribunal de origem não poderia ter absolvido o acusado, ferindo assim a soberania constitucional atribuída ao júri, mas tão somente determinado a submissão do réu a novo julgamento perante o tribunal popular. Não houve apresentação de contrarrazões. (fl. 130) O recurso foi admitido pelo Tribunal de origem às fls. 132/133. O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 142/145, pelo conhecimento e não provimento do recurso especial, **nos** seguintes termos: "RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. POSSIBILIDADE. ART. 626 DO CPP. PARECER **NO** SENTIDO DO DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL". É o relatório. Razão não assiste ao recorrente. Inicialmente, quanto à

aventada contrariedade ao artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, verifica-se que o recorrente, em verdade, procura rediscutir a decisão do Tribunal de origem que entendeu estar a decisão dos jurados em total descompasso com o caderno probatório dos autos, **no** sentido da condenação do acusado. Ocorre que a análise da referida violação demandaria, necessariamente, o reexame dos fatos e das provas produzidas **nos** autos. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar se, por ocasião do julgamento perante o Tribunal Popular, a opção dos jurados encontra ou não ressonância **no** conjunto probatório dos autos. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise da matéria suscitada pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pela instância ordinária. De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal.

Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para o exame da matéria suscitada pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pela instância ordinária. Não se mostra, portanto, plausível nova análise do arcabouço carreado aos autos por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal.

No mais, referida vedação encontra respaldo **no** enunciado nº 7 da súmula desta Corte, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". Confirmam-se, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA QUE ATENDE AOS REQUISITOS PREVISTOS **NO** ART. 41 DO CPP. CONSELHO DE SENTENÇA. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O LIBELO E A PRONÚNCIA. INOCORRÊNCIA. 1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. **No** que concerne à invocada contrariedade ao art. 593, III, "d", do CPP, vislumbra-se que a questão foi dirimida à luz do contexto fático-probatório da

lide, cujo reexame é defeso a esta Corte, **nos** termos da Súmula nº 7/STJ. 5. (...). 6. (...). 7. Recursos especiais a que se negam provimento". (**REsp** 303.557/PB, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 22/02/2010). (BRASIL, 2016f).

Ademais, conforme afirma Julio Fabrini Mirabete (2006), a possibilidade da revisão criminal não fere o princípio da soberania dos veredictos, portanto, ainda que modifique o mérito da decisão, é admissível o seu manejo desde que em favor do condenado, até porque a modificação da decisão em seu favor não lesa nenhum direito do réu, mas sim o beneficia.

Nesta senda José Augusto Delgado (2001 apud SILVA, 2004, p. 214) afirma que "a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças". Segue nessa linha Humberto Theodoro Júnior (2002 apud SILVA, 2004, p. 217) sustentando que, "a segurança e a certeza almejadas pelo Direito não pode conviver com uma decisão que contenha uma 'séria injustiça'.

Conquanto, neste sentido necessária se faz uma ponderação, no que diz respeito à instituição do Júri, bem como as garantias a ela abonadas que não podem ser consideradas apenas um direito do condenado, uma vez posta dentro de uma Constituição Federal, estas podem ser invocadas, também, em favor da sociedade, não podendo o Júri ser considerado tão somente para garantia da liberdade, mas sim com o intuito maior de garantir uma justiça em prol de todos e não só do réu.

Como vimos a coisa julgada não é absoluta. No dizer de Alexandre Câmara (2004, p. 19) "[...] nem mesmo as garantias constitucionais são imunes à relativização.". Desse modo, devem ser observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade não se permitindo a perpetuação de uma decisão que desrespeita o direito positivo, ou que seja injusta, em vista da proteção da coisa julgada (MARINONI, 2004).

Dentro dessa discussão com sabedoria Marcos Sampaio Souza esclarece que:

A coisa julgada é instrumento de concreção da segurança jurídica, e que somente deve ser afastada em casos extremos, quando sua manutenção importar em situação teratológica, na qual, realmente, não faça sentido e seja de extrema inconveniência à sociedade o respeito a ela [...] Também não se pode deixar de repudiar absurdos agressivos à inteligência e aos sentimentos do homem comum, sendo absurdo eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas [...] A aparente tensão entre os princípios da segurança jurídica e da justiça, se resolve pela busca da convivência de ambos em uma relação de verdadeira complementariedade e interdependência, já que, em

essência, a plenitude do cumprimento do objetivo de cada um não prescinde de um respeito mínimo do outro (SOUZA 2004, p. 114-115).

Certo é que, não obstante algumas resistências jurisprudenciais e doutrinárias, o entendimento firmado, majoritariamente, é de que seja permitida a utilização da Revisão Criminal nos processos de competência do Tribunal do Júri, e até mesmo que esta seja modificada pelo próprio tribunal superior que julgará o mérito da Ação revisional.

Assim sendo, conforme demonstrado, não se pode acreditar que uma decisão proferida pelo Conselho de Sentença, seja imutável, a ponto de se perpetuar no tempo em virtude da proteção da soberania dos veredictos, haja vista a existência da Revisão Criminal com o objetivo de sanar os erros judiciários, evitando assim que ele cause danos ainda maiores àquele que se vê condenado injustamente.

Sendo, neste ponto, apropriada a afirmação de Guilherme de Souza Nucci (199, p. 123): "Dizer que 'decisões injustas' contra o acusado não podem ser mantidas por conta da soberania dos veredictos é, no mínimo prepotente [...]". Logo, não há motivos que justifiquem a manutenção de uma decisão injusta, simplesmente pela existência da soberania.

Neste sentido também Paulo Rangel (2011, p. 1057): "A absolvição como efeito da revisão ocorre, inclusive, das decisões emanadas do Tribunal do Júri, pois não há que se falar em ofensa à soberania dos veredictos, pois este foi criado em favor do réu e, nesse caso, não pode haver ofensa àquilo que está sendo 'desrespeitado' para lhe proteger".

Ou seja, não se pode invocar um direito estabelecido para garantia do réu para lhe privar de outros também constitucionalmente garantidos e que podem, no caso concreto, serem de maior relevância para o réu do que a soberania dos veredictos, a esse respeito Mirabete ensina que:

"É admissível a revisão da sentença condenatória irrecorrível proferida pelo Tribunal do Júri, pois a alegação de que o deferimento do pedido feriria a 'soberania dos veredictos', consagrada na Constituição Federal, não se sustenta. A expressão é técnico-jurídica e a soberania dos veredictos é instituída como uma das garantias individuais, em benefício do réu, não podendo ser atingida enquanto preceito para garantir sua liberdade. Não pode, dessa forma, ser invocada contra ele. Aliás, também a Magna Carta consagra o princípio constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), e entre estes

está a revisão criminal. Cumpre observar que, havendo anulação do processo, o acusado deverá ser submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, enquanto a prova da inocência redunde em absolvição do condenado" (2001, p. 1603).

Resta concluir, que aqueles doutrinadores que defendem a Revisão Criminal no Tribunal do Júri, fundamentam-se na afirmação que a soberania dos veredictos é um direito instituído pela Constituição Federal em favor da liberdade do réu, logo poderá ser desconsiderada se em prol da liberdade.

Ademais afirmam que a soberania dos veredictos não é absoluta, motivo pelo qual poderá ser ponderado em determinados casos concretos, que assim o exijam, ousando, inclusive Alberto Hermínio Marques Porto (2005) afirmar que a soberania dos veredictos está restrita a existência de uma relação jurídica processual ainda não decidida, no entanto com este último entendimento não coadunamos, conforme explanado.

Contrariamente, existem aqueles entre os quais Guilherme de Souza Nucci e outros renomados juristas, como Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, que amparam a tese de que o órgão ad quem não poderá, em hipótese alguma, substituir a decisão dos jurados, estes não se opõem ao uso da Revisão Criminal, mas afirmam veementemente que quando comprovada a existência do erro judiciário pelo pelo tribunal, este deverá fazer a remessa dos autos afim de que seja realizado novo julgamento pelo Tribunal do Júri, fazendo prevalecer assim a soberania dos veredictos.

Para estes, é possível uma harmonização entre o princípio supramencionado e a Ação Revisional, desde que o juízo rescisório seja realizado pelos jurados, de modo a assegurar a soberania do veredicto popular. E é, neste ponto que para este estudo fica demonstrada a impossibilidade de prevalecer tal entendimento, uma vez que não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, uma separação entre o juízo rescindente e o rescisório.

Contudo, não se pode negar a importância da existência do Tribunal do Júri que estabelecido em um Estado Democrático de Direito, permaneceu firme nas Constituições promulgadas ao longo dos anos e se mantém até os dias atuais. Portanto, não há que se conferir ínfima importância a esta instituição, ao contrário, deseja-se com este trabalho demonstrar a sua importância e a necessidade de ser respeitada a soberania dos veredictos, desde que tal respeito não se dê cegamente de modo a impossibilitar a defesa, e, até mesmo, a correção de um erro judiciário presente nas decisões do Conselho de sentença.

Deste modo, conclui-se que é plenamente possível a utilização da Revisão Criminal para modificar as decisões dos jurados, devendo, no entanto, ser analisado o

caso concreto pelo tribunal ad quem, possibilitando-se, desta maneira, que em determinadas situações a soberania dos veredictos seja atenuada em benefício do próprio acusado, titular maior do referido direito, até porque a Ação revisional será manejada em seu favor, e por conseqüência beneficiará a própria sociedade, até porque esta será, também, prejudicada se impedir a imposição da segurança jurídica, não permitindo, desta forma, que uma condenação injusta perpetue no tempo.

Conclusão

Em síntese, evidenciou-se com este artigo o valor que a soberania dos veredictos possui nas decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, revelando-se a essência do Tribunal do Júri, qual seja o julgamento do réu pelos seus pares, por jurados leigos.

Imediatamente a essas afirmações, nos deparamos com os conflitos estabelecidos pelas características da Revisão Criminal que se contrapõe a garantia constitucional da soberania dos veredictos no Tribunal do Júri, demonstrando-se que é impossível retirar do condenado o direito de ter revista uma condenação injusta, todavia não se pode negar que a revisão realizada pelo tribunal ad quem é contrária ao conceito da soberania dos veredictos, pela qual a decisão proferida pelos jurados não poderá ser modificada por juízes togados.

No entanto, o que se espera é que a utilização da Revisão Criminal para modificar a decisão dos jurados não seja acolhida sob todo e qualquer fundamento, até porque, como demonstrado, as decisões proferidas no tribunal do júri são revestidas de uma extrema proteção insinuante maior do que as demais, uma vez que as decisões do Conselho de sentença são provenientes do convencimento de "juízes" leigos, buscando, desta forma, uma sentença mais justa, carecendo, deste modo, de gozar da proteção que a Constituição Federal as atribuiu.

Portanto, se faz relevante dizer que não se pretendeu com este artigo, defender a extinção da soberania dos veredictos sempre que for suscitada uma Revisão Criminal nos processos de competência do Júri, tão pouco se tem a pretensão de afirmar que esta, por proteger o direito de defesa, deverá sobrepor-se àquele princípio indiscriminadamente. Todavia, buscou-se demonstrar que em determinados casos concretos existe a necessidade de uma atenuação do princípio da soberania dos veredictos, em face do direito a liberdade, a ampla defesa e a justiça, garantidos pela Ação Revisional, ao desconstituir uma condenação injusta.

Para tanto é necessário que os operadores do direito, ao se depararem com situações concretas se libertem das suas raízes, sejam elas quais forem, analisando as particularidades do caso concreto, para desta forma poderem decidir qual a posição deverão adotar para a situação apresentada no caso real, fazendo desta forma que o

direito seja aposto como um sistema de normas e não simplesmente se resume a aplicação de uma norma de maneira isolada, e por conseguinte teremos um direito mais palpável e um sistema de regras que concatenadas podem existir em harmonia umas com as outras.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. J-SP – Apelação Criminal: 495519360000000 SP, Relator: Péricles Piza, Data de Julgamento: 09/02/2009, 1ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/03/2009. Disponível em < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2435169/apelacao-criminal-com-revisao-acr-495519360000000-sp>> Acesso em 03 de março de 2016a.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 70193- RS**. Primeira Turma. Rel.: Min. Celso de Mello DJ.de 06/01/2006. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2870193.N_UME.+OU+70193.ACMS.%29&base=baseAcordaos> Acesso em 03 de março de 2016c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 964.978/SP**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 30/08/2012) Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+964.978%2FSP&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>> Acesso em 03 de março de 2016d.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. 1154436/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=AgRg+no+REsp+1154436%2FSP&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO#DOC2>> Acesso em 03 de março de 2016e.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 303557 PB 2001/0015934-6 T6 - SEXTA TURMA, publicação DJe 22/02/2010, Julgamento 2 de Fevereiro de 2010, Relator Ministro OG FERNANDES. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8579402/recurso-especial-resp-303557-pb-2001-0015934-6/inteiro-teor-13669214>> Acesso em 03 de março de 2016f.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2004.

CERONI, Carlos Roberto Barros. **Revisão Criminal Características, Consequências e Abrangência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 4ªEd. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2004.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão Criminal**. Imprensa: São Paulo, Revista do Tribunais, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 22ª Ed. Vol II. São Paulo: Atlas, 2006.

MOURA, Genney Randro de Barros. Em defesa da soberania dos veredictos do júri. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.805, p. 488-502, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTO, Herminio Alberto Marques. **Júri, Procedimento e aspectos do julgamento. Questionários**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Edição 24. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Questões controvertidas sobre o Júri**. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2004.

SOUZA, Marcos Sampaio de. **A coisa julgada inconstitucional**: relativização de seus efeitos pela ponderação de princípios. 2004. Monografia (Especialização em Direito Público) – Universidade Salvador, Salvador, 2004.

ASPECTOS JURÍDICOS DA ABORDAGEM POLICIAL MEDIANTE OS DECRETOS GOVERNAMENTAIS QUE RESTRINGEM A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

JARDAY BELLO VIEIRA⁸⁰

RESUMO: O enfrentamento da pandemia da COVID-19 desponta como um dos maiores desafios recentes impostos à humanidade. Dentre as instituições públicas especialmente acionadas, as polícias estão posicionadas na linha de frente. A liberdade de locomoção é um direito fundamental de primeira geração onde o indivíduo goza dessa liberdade em defesa da arbitrariedade do Estado no direito de ingressar, sair, permanecer e se locomover no território brasileiro, isto é, um direito protegido pela Constituição Federal de 1998, e que pode ser observado no Art. 5º, XV. No entanto, como todo direito fundamental, também não é absoluto e pode ser restringido em determinados casos, a própria Constituição da República prevê situações em que ele pode ser limitado. O presente trabalho tem como objetivo analisar os aspectos jurídicos da abordagem policial mediante os decretos governamentais que restringem a liberdade de locomoção. A metodologia utilizada foi de revisão bibliográfica descritiva, utilizando conteúdo já publicado a respeito.

Palavras-chaves: Abordagem Policial; Poder de Polícia; Liberdade de Locomoção; Decretos Governamentais.

ABSTRACT: Coping with the COVID-19 pandemic is emerging as one of the greatest recent challenges imposed on humanity. Among the specially activated public institutions, the police are positioned on the front line. Freedom of movement is a fundamental first-generation right where the individual enjoys this freedom in defense of the State's arbitrariness in the right to enter, leave, remain and move within Brazilian territory, that is, a right protected by the Federal Constitution of 1998, and which can be observed in Art. 5, XV. However, like any fundamental right, it is also not absolute and can be restricted in certain cases, the Constitution of the Republic itself provides for situations in which it can be limited. This paper aims to analyze the legal aspects of the police approach through government decrees that restrict freedom of movement. The methodology used was a descriptive bibliographic review, using content already published about it.

Keywords: Police Approach; Police power; Freedom of Movement; Government Decrees.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA ABORDAGEM POLICIAL. 2.1. Da Legalidade. 3 . DO PODER DE POLÍCIA. 3.1. Direito à liberdade de

⁸⁰Graduando do curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA. E-mail:

locomoção. 4. AS POLÍCIAS NA LINHA DE FRENTE NO ENFRENTAMENTO À PANDEMIA.
4.1 O Princípio da Proporcionalidade. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de locomoção é um direito fundamental de primeira geração onde o indivíduo goza dessa liberdade em defesa da arbitrariedade do Estado no direito de ingressar, sair, permanecer e se locomover no território brasileiro, isto é, um direito protegido pela Constituição Federal de 1998, e que pode ser observado no Art. 5º, XV.

Para tanto deve-se observar o fundamento e o limite de tal ordenação quando houver conflito entre garantias constitucionais, devendo ser ponderado pelo legislador a natureza desses direitos, a exemplo o conflito atual entre o direito de locomoção e o direito à vida, à segurança e à saúde. Deste modo, a restrição de liberdade de locomoção justifica-se quando a sociedade enfrenta alguma situação de risco, ou seja, a liberdade da pessoa deve ter restrições quando pode colocar a saúde e a vida de outras pessoas em risco, especialmente quando há a existência de um vírus de rápida transmissibilidade como o COVID-19.

Nesse contexto, sabendo-se que o COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, e que sua transmissão acontece de uma pessoa doente para outra ou por contato próximo por meio de: aperto de mão; gotículas de saliva; espirro; tosse; catarro; objetos ou superfícies contaminadas, como celulares, mesas, maçanetas, brinquedos, teclados de computador etc. Nesse sentido, para evitar a transmissão em massa do vírus, estudos apontam a importância do isolamento social. No Brasil, entrou em vigência a Lei nº 13.979/20, prevendo mecanismos de contenção da doença, outro dispositivo legal também utilizado para contenção da doença foi a Portaria nº 356/20 do Ministério da Saúde.

Destarte, o presente artigo pretende promover a discussão entre a abrangência dos aspectos jurídicos da abordagem policial mediante os decretos governamentais que restringem a liberdade de locomoção. Sendo assim, o primeiro capítulo trata sobre os aspectos constitucionais da abordagem policial, como também compreender o princípio da Legalidade, no segundo capítulo abordaremos sobre o poder de polícia, e os a seguir os conflitos com o direito à liberdade de locomoção, por fim, é preciso evidenciar as polícias na linha de frente no enfrentamento à pandemia.

A metodologia utilizada neste trabalho foi através de livros e conteúdos encontrados pela internet.

2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA ABORDAGEM POLICIAL

Antes de entrarmos ao mérito da questão é preciso fazer breves explicações sobre alguns temas e seus conceitos, é importante ressaltar que a polícia em todo Estado, possui um princípio administrativo que é o poder de polícia, explicitado principalmente no ramo do Direito Administrativo, o qual trata de quem é a competência para tal exercício na administração pública. Ocorre que, segundo Mello (2017, p. 11) “o poder de polícia é desempenhado por variados órgãos e entidades administrativos - e não por alguma unidade administrativa específica -, em todos os níveis da Federação”.

No que tange ao conceito de abordagem policial não existe algo definitivo, mas segundo ao Manual de Tática policial “a abordagem policial é o conjunto ordenado de ações policiais para aproximar-se de uma ou mais pessoas, veículos ou edificações. Tem por objetivo resolver demandas do policiamento ostensivo, como orientações, assistências, identificações, advertências de pessoas, verificações, realização de buscas e detenções” (MELLO, 2017, p. 13).

Portanto, os policiais têm proteção legal ao realizar uma abordagem e têm o direito de escolher o momento em que a ação de abordagem começa. Por outro lado, todos os direitos constitucionais individuais do sujeito são protegidos. No entanto, ao agir, a polícia ainda esperava que o réu agisse da maneira esperada e obedecesse às suas ordens. Sendo assim, segundo Assis (2015, p. 4) “a abordagem policial é o ato de aproximar-se. Daí a palavra abordagem. Na técnica policial, podemos conceituar abordagem como o ato de aproximar-se de pessoas, veículos, embarcações, aeronaves ou edificações visando confirmar ou não a suspeição que motivou a ação policial, chama-se fundada suspeita”.

Ainda de acordo com o autor, a abordagem policial “é um método utilizado pelas instituições policiais com o intuito de averiguar se alguém traz consigo armas, drogas ou outros materiais ilícitos que possam ser utilizados para a prática de crimes ou atos ofensivos à segurança e à ordem pública” (ASSIS, 2015, p. 12).

Normalmente, no Brasil, o método policial de pessoas é usado como sinônimo de busca pessoal, pois normalmente esse método pode eventualmente completar uma busca pessoal. No entanto, deve-se notar que existem alguns métodos policiais que não realizam buscas individuais. Os métodos adotados pela guarnição variam de acordo com a motivação da abordagem e do ambiente. Além disso, o policial militar deve compreender as particularidades das pessoas com quem aborda, sem ter que associar essa interação a atos criminosos. Em cada método adotado, o policial militar deve utilizar tecnologia, táticas e recursos adequados ao público-alvo para essa intervenção policial, independentemente de ser cético ou não (MINAS GERAIS, 2013, p. 65).

É importante destacar que a abordagem policial encontra subsídio legal no artigo 144, § 5º da CF/88. Podemos também encontrar a legalidade desta atividade no caput do artigo 5º que confere esta garantia quanto à regência da segurança pública. A lei assegura 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” (BRASIL, 1988).

Existe um projeto de Lei nº 4.608 de 2012, que tem objetivo de dar mais embasamento material para as autoridades policiais nas abordagens, onde serão legalmente investidas nas funções públicas e dotadas de competência para a ação preventiva e repressiva, com fundamento no poder de polícia do Estado, visando à preservação da ordem pública, senão vejamos seu art. 3º:

Art. 3º A abordagem policial, atividade essencial à segurança pública, fundada na promoção da cidadania, da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais, tem por finalidade a defesa da vida, preservação da incolumidade física das pessoas, do patrimônio, da administração pública e da regularidade das atividades lícitas. § 1º A abordagem policial consiste em uma ação técnica de aproximação e interação entre o policial e a pessoa ou grupo de pessoas, podendo incluir a busca pessoal, veicular e domiciliar, desde que presentes os requisitos do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal. § 2º O intuito da abordagem policial consistirá em fiscalizar, investigar, orientar, advertir, assistir, e se, estiverem presentes os requisitos da prisão em flagrante, efetuar a prisão (BRASIL, 1988).

Ocorre que existem princípios constitucionais que regem a abordagem policial, contudo a grande questão atualmente, é o conflito com os aspectos legais e constitucionais da abordagem policial e o direito da locomoção das pessoas, visto que muito confrontos entre policiais e civis referente ao direito de ir e vir, direito este constitucional, e que foi fortemente infringido pelos decretos Estaduais que restringiram a circulação de pessoas em certos horários, ou em alguns Estados em sua circulação total.

Portanto, precisamos entender algumas questões baseados na revisão literária de trabalhos já feitos sobre o tema, como também doutrinadores e normais regente, e sem faltar a análise da Carta Magna.

2.1. Da Legalidade

Ocorre que o principal fundamento da abordagem policial é a chamada fundada suspeita que é de acordo com Nucci (2018, p 501) afirma que “suspeita é uma

desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro”. Ou seja, o indivíduo está em atitude suspeita de prática de algum delito criminal, no entanto, o cidadão que se encontra apenas praticando o seu direito de ir e vir, não está em suspeita de prática de crime. Portanto, aí surge as controvérsias e afronta a princípios constitucionais, e quem sabe excesso no poder de polícia. De acordo com o preleciona o art. 5º, II da Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A ação do agente será respaldada no princípio da legalidade, já que, ele deverá agir subordinado aos ditames da lei. O agente terá de agir não de forma pessoal, mas sim pautado no ordenamento jurídico, que preserva o interesse do bem comum.

Desse modo, pode-se constatar que a legalidade e a legitimidade dos métodos de repressão policial e das buscas individuais são expedidas pela população por meio de seus representantes, pois o comportamento da polícia está refletido na legislação. Lei brasileira, então a lei impõe e autoriza os procedimentos policiais de aplicação da lei.

3 . DO PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia é explicado principalmente no campo do direito administrativo, que envolve quem o exerce na administração pública.

De acordo com Alexandrino (2015, p. 263) preleciona que “o poder de polícia é inerente à atividade administrativa. A administração pública exerce poder de polícia sobre todas as condutas ou situações particulares que possam, direta ou indiretamente, afetar os interesses da coletividade”. O que tudo indica é que o poder de polícia é exercido por diversos órgãos e instituições administrativas, deixando de lado o pensamento que somente uma entidade possui o poder de polícia, estando este em todos os níveis da Federação.

A bem da verdade é que os instrumentos de desempenho do poder de polícia no sentido amplo, de modo a compreender o exercício do Legislativo e do Executivo, portanto, o Estado precisa seguir formas para exercer esse poder, senão vejamos:

Atos normativos em geral, a saber: pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções.

Atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade. Apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei. (DI PIETRO, 2012, p. 97).

Sendo assim, no que tange a forma de ação as autoridades possuem limitações mesmo quando a lei lhe dê vários instrumentos possíveis, vemos então, a ação de um princípio de extrema importância na atuação do Estado, sendo ele o princípio da proporcionalidade.

A aplicação do poder de polícia de forma proporcional tem o objetivo de limitar a atuação do Estado, visto que tal poder não deve ir além do necessário, devendo sempre prevalecer o interesse público em seu papel de proteger, no que tange aos decretos estaduais que restringem aglomerações com intuito de diminuir o contágio do coronavírus, vemos o poder de polícia mais uma vez sendo testado, visto que a atuação da polícia nesses casos de desobediência tem o objetivo apenas de assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

A grande premissa é que para enfrentar uma pandemia mundial e combater o vírus da COVID-19, por conta disso medidas restritivas de locomoção foram adotadas, possibilitando que as Unidades Federativas adotassem diferentes medidas restritivas de direitos e liberdades públicas, a depender do avanço da doença na respectiva área geográfica.

Ocorre que a Carta Magna traz em seu texto o direito à saúde como sendo um direito fundamental a dignidade humana, sendo o Estado brasileiro na posição de garantidor deste bem jurídico. Sendo assim, é papel da União, os estados e os municípios de comum acordo em zelar pela saúde pública, e competência confluyente para legislar sobre o tema. Os Direitos fundamentais, conflito entre o exercício das liberdades públicas e a observância das regras restritivas e privativas de liberdade, pretende-se traçar o limite entre a construção das regras administrativas, a proteção dos princípios jurídicos e a garantia do acesso à saúde e a possibilidade de exercendo autonomia pessoal.

O objeto desta pesquisa é analisar os aspectos jurídicos da abordagem policial no cumprimento das medidas de restrição a locomoção, mas antes de adentrarmos ao

mérito, senão vejamos o grande impacto dos direitos fundamentais x medidas governamentais.

3.1. Direito à liberdade de locomoção

A liberdade de locomoção dentro do território nacional é um direito fundamental do indivíduo, também conhecido como direito de ir e vir e é tutelado pela Constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º inciso XV, o qual diz que: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.”

Tal inciso trata do direito de ir e vir, da liberdade de locomoção do indivíduo tanto dentro quanto fora do Brasil. A grosso modo, este inciso permite às pessoas que estão em território brasileiro, tantos brasileiros (nativos e naturalizados) quanto estrangeiros (quando de posse do passaporte em acordo com as normas vigentes), a possibilidade de andar em vias públicas, assim como frequentar espaços públicos de uso comum quando desejarem.

No entanto, nem sempre foi assim tão explícito e abrangente, segundo Dias (2001):

“Nossa primeira Constituição, outorgada em 25 de março de 1824, seguiu a mesma linha da Constituição Portuguesa de 1822 e dedicou o Título VIII à garantia dos direitos civis e políticos do cidadão brasileiro, e, ainda que não tenha previsto, de forma expressa, a garantia de locomoção, ela está implícita no art. 178 e seus 35 itens.” (CASSALES, 2001, p.37)

O direito de locomoção só foi expressamente garantido em 1891 através da primeira Constituição Republicana, com a seguinte redação em seu Art. 72 § 10:

“Em tempo de paz, qualquer pessoa pode entrar em território nacional ou dele sair, com sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte”. (BRASIL, 1891, Art. 72 § 10)

Essa garantia foi repetida pela Constituição de 1934 em seu Art. 102 § 29, ressaltando a exigência de passaporte:

“A União assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, a segurança individual e a propriedade, nos seguintes termos: Em tempo de paz, salvo a exigência de passaporte, concedido por

autoridade federal, qualquer poderá entrar no território nacional, ou dele sair.” (BRASIL, 1934, Art. 102 § 29)

Em 1937, a Constituição em seu Art. 122, II, garantiu apenas aos brasileiros o direito de circulação em território nacional, não mencionando estrangeiros:

“A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, a segurança individual e a propriedade, nos termos seguintes: 1 – Todos são iguais perante a lei. 2 – Todos os brasileiros gozam do direito de livre circulação em todo o território nacional, podendo fixar-se em qualquer dos seus pontos, ali adquirir imóveis e exercer livremente a sua atividade.” (BRASIL, 1937, Art. 122, II)

Já em 1946, a Carta Magna em seu Art. 142, assegurou o direito de circulação a qualquer pessoa (nacional ou estrangeira), respeitando os limites da lei: “Em tempo de paz, qualquer pessoa poderá com os seus bens entrar no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da lei.” Com o golpe militar de 1964, quase todos os direitos do cidadão foram suprimidos, e o direito de ir e vir, já descritos na constituição de 1946 e confirmados com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram restringidos, visto que ocorreu a ruptura do processo democrático instalado pela Constituição de 1946, o que se deu por meio um golpe militar. Instalando-se, dessa forma no Brasil um “Estado de Exceção” permanente.

Nesse contexto, Agambem (2004), afirma:

“O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração por meio de estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, parecem não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”. (AGAMBEM, 2004, p. 13)

No ano de 1967, a Constituição passou a vigorar com toques de recolher ditado pelo governo militar contrariando tudo o que já havia sido conquistado em nível de liberdade de locomoção, Cavalcante (2012) argumenta:

“Ora, na Constituição brasileira de 1967, esta consciência conservadora encontra-se perfeitamente delineada na

distribuição e integração do poder entre vários grupos político-territoriais que enformam o Estado; em outras palavras, no sistema federativo vários mecanismos institucionais de controle garantem a composição política existente. Mas eles sobretudo revelam as contradições de uma sociedade em crise de desenvolvimento.” (CAVALCANTE, 2012, pg. 31)

Em 1969, a constituição foi “promulgada” pela junta militar, e não teve alterações quanto a liberdade de locomoção da constituição de 1967. Deste modo, ao se perpassar pela história do direito de locomoção na Constituição Brasileira, pode-se averiguar que este se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais, figurando em alguns momentos como um dos pilares constitucionais, salvo nos períodos de ditadura. Perfilando somente como direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, somente nas constituições de Estados democráticos.

É relevante notar que o direito de locomoção surge fundamentalmente, pois advém da própria natureza humana, possuindo caráter inviolável, atemporal e universal, e está intimamente vinculado à sua história. É nesse sentido, que Bobbio (2004) afirma que os direitos do homem, são fundamentais e históricos, pois nascem em determinadas circunstâncias e são 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”.

Pode-se assim perceber que o conteúdo dos direitos fundamentais muda com o tempo, assim como sua compreensão, seu tratamento teórico e sua repercussão na vida social, sendo deste modo de essencial importância o conhecimento de sua transformação social dentro de determinados contextos históricos, exemplo o momento atual de pandemia da Covid-19, doença altamente transmissível pelo ar, através de secreções ou saliva, pelo contato com superfícies contendo saliva ou secreções.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, que o surto da doença causada pelo COVID-19 constitui uma emergência de saúde pública de importância internacional – o mais alto nível de alerta da organização e em 11 de março de 2020, o COVID-19 foi caracterizado pela OMS como uma pandemia. Nesse aspecto, o limite das restrições à liberdade de locomoção deve ser tomado como imprescindível a se debater, em especial diante deste cenário de crise na saúde que rodeia a sociedade como um todo.

Dentro dessa narrativa não se pode deixar de citar Novelino (2008), quando este afirma que os direitos fundamentais garantem também aos indivíduos posições jurídicas em relação ao Estado e que podem ser divididos em três grupos:

“a) direitos de defesa (que se caracterizam por exigir do Estado um dever de abstenção, caráter negativo, no sentido de impedir a ingerência na autonomia dos indivíduos. São direitos que limitam o poder estatal com o intuito de preservar as liberdades individuais, impondo-lhe o dever de não interferir, não intrometer, não reprimir e não censurar); b) direitos prestacionais (possuem um caráter essencialmente positivo, impondo ao Estado o dever de agir. Objetivam a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos, seja para a proteção de certos bens jurídicos contra terceiros, seja para a promoção ou garantia das condições de fruição desses bens. Englobam o direito a prestação materiais e jurídicas); e c) direitos de participação (que pretendem garantir a participação de cada cidadão na formação da na formação da vontade política da comunidade.” (NOVELINO, 2008, p. 223)

Há de se denotar que própria Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, § 1º estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, e segundo esse mesmo autor, a eficácia e aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais dependem consideravelmente de seu enunciado e seu objeto. E em muitas situações precisarão de uma lei regulamentando a matéria para terem eficácia.

É dentro do atual contexto histórico, que se percebe a existência de um embate entre direitos, onde de um lado figura o direito à saúde pública, de outro o dever do Estado de proteger a população, além do direito à autodeterminação do cidadão. Podendo-se até afirmar que a sociedade enfrenta uma situação de risco, de modo que não se pode fazer uso do legado direito de locomoção. Ou seja, há um proeminente conflito entre o direito coletivo da sociedade à saúde pública e o direito à autodeterminação do cidadão.

A respeito da saúde, a Constituição Federal de 1988, no seu Art. 6º, estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. Em seguida, no Art. 196, reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. E nesse sentido, entrou em vigência em 06 de fevereiro de 2020, a Lei nº 13.979, a qual prevê mecanismos para conter o avanço do COVID-19, entre eles, a quarentena e o isolamento social. A lei dita medidas para salvaguardar o direito à saúde do indivíduo (saúde como direito individual) e medidas

preventivas operacionais para que Poder Público exerça sua obrigação de tutela da saúde pública (saúde como dever do Estado).

Além da Lei nº 13.979/20, diversos dispositivos estatais foram criados para salvaguardar a saúde pública nos tempos de COVID-19, dentre elas, portarias do Ministério da Saúde, Medidas Provisórias e Decretos-leis, exemplo: Portaria nº 356/20 que dispõe de forma extraordinária e temporária, sobre os requisitos para a fabricação, importação e aquisição de dispositivos médicos identificados como prioritários para uso em serviços de saúde, em virtude da emergência de saúde pública internacional relacionada ao COVID-19; Portaria nº 133/20, que dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no país de estrangeiros provenientes dos países que relaciona, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A atual situação de pandemia envolve, aparentemente, o conflito entre os princípios da liberdade de locomoção e direito à saúde. Onde, a aplicação da regra de proporcionalidade urge em sua aplicação, visto que, está preconiza que um princípio deve ceder diante de outro desde que atenda aos requisitos de adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A Lei nº 13.979/20 em seu escopo prevê a quarentena e o isolamento social como resposta a essa tríade de questionamentos. Quanto à adequação, segundo a OMS, a diminuição do contato entre pessoas é, atualmente, a providência mais adequada para enfrentamento da pandemia. Ao que se refere a necessidade, ainda não existe vacina, como meio de cura ou profilaxia. Quanto à proporção, as medidas sanitárias de combate ao COVID-19, não suspenderam atividades essenciais, e possuem tempo de duração delimitada, e estão sujeitas a controle jurisdicional regular e revisão periódica das autoridades sanitárias. Ou seja, a quarentena e o isolamento social, por afastar pessoas, reduzir seu fluxo em espaços públicos e prevenir aglomerações, são medidas adequadas, necessárias e proporcionais para o combate à pandemia.

Ou seja, diante de tal constatação, nenhum direito, ainda que fundamental, é absoluto. Segundo Morais (2003),

“os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)” (MORAIS, 2003, p. 61).

Já para Marmelstein (2008), “o Supremo Tribunal Federal, assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”.

Destarte, vale ainda reiterar que Bobbio (2004) afirma que:

“os direitos não nascem todos de uma vez, mas sim quando as condições lhes são propícias, quando se passa a reconhecer a sua necessidade para assegurar a cada indivíduo e a sociedade uma existência digna”. (BOBBIO, 2004, p. 6)

4. AS POLÍCIAS NA LINHA DE FRENTE NO ENFRENTAMENTO À PANDEMIA

É importante destacar que a missão constitucional das Polícias está prevista no Art. 144 da Constituição Federal, que preceitua:

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 (BRASIL, 1988).

Portanto, é dever de todas as policias manter a ordem pública. Neste diapasão, de acordo com Vedel, mencionado pelo Rego:

A noção de ordem pública é básica em direito administrativo, sendo constituída por um mínimo de condições essenciais a uma vida social conveniente. A segurança dos bens e das pessoas, a salubridade e a tranquilidade formam-lhe o fundamento [...] (RÊGO, 2013, p. 81).

Ainda sobre o conceito de ordem pública segundo Moreira Neto (1987, p. 138, apud SIEDSCHLAG; DA CRUZ, 2015, p. 208) traz o conceito de ordem pública, como “a situação de convivência pacífica e harmoniosa da população, fundada nos princípios éticos vigentes na sociedade”. Portanto, o conceito de ordem pública deve ser entendido como qualquer coisa que possa destruir a harmonia social, e sua garantia, especialmente a garantia por meio de medidas preventivas, contribui para a realização dos interesses comuns esperados e esperados.

Ocorre que a pandemia COVID-19 se tornou um dos maiores desafios na história do mundo moderno. A disseminação do vírus levou instituições nacionais,

especialmente aquelas diretamente envolvidas no manejo populacional, a implementar o distanciamento social para reduzir a propagação do vírus mortal. Sendo assim, foi necessário invocar as forças de segurança pública na garantia a ordem social, principalmente na realização das medidas obrigatórias de isolamento social e na segurança do pessoal e equipamentos médicos, que estão diretamente relacionadas à prevenção da covid-19.

De acordo com Matarazzo; Fernandes; Alcadipani (2020, p. 2) preleciona que “no Brasil, a polícia tem atuado na investigação de furtos e roubos de equipamentos de proteção pessoal contra o vírus e de testes para a doença; na averiguação de fraude de equipamentos e de processos licitatórios; na fiscalização do cumprimento das regras de funcionamento das atividades econômicas, e até mesmo na prisão de pessoas que desrespeitam as determinações”.

Contudo, a grande ajuda policial se deu para garantir a eficácia dos decretos governamentais que tem o objetivo de manter as pessoas em isolamento social, com intuito de reduzir o contágio, e reduzir o cenário precário que é a superlotação dos hospitais públicos e particulares. No entanto, apesar de as regras serem claras, muitas pessoas acabam por infringir os decretos e circular pelas ruas em horários de “toque de recolher”, e as polícias atuantes cumpre o papel que lhe são atribuídos, utilizando a força em casos necessários.

Neste sentido, o uso da força é necessário para que seja aplicado a lei, de acordo com o Manual de Direitos Humanos do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, prevê:

A fiscalização não é uma profissão que aplica soluções padronizadas para problemas padronizados que surgem regularmente. É mais sobre a arte de compreender o espírito e a forma da lei e a situação única do problema específico a ser resolvido. Espera-se que os policiais sejam capazes de distinguir vários tons de cinza, não apenas distinguir entre preto e branco, certo e errado (ROVER, 1998, p. 293).

Nesse seguimento, o uso da força em atividades policiais pode ser entendido como “qualquer intervenção compulsória sobre indivíduos ou grupos de indivíduos reduzirá ou eliminará sua capacidade de autodeterminação” (SENASP, 2016, p. 2). Assim, a força policial pode ser dividida em níveis de utilização, ou seja, alternativas adequadas do uso de força legal como formas de controle a serem utilizadas pelos policiais, variando desde a simples presença física do policial uniformizado até o nível extremo, o uso letal de arma de fogo (SENASP, 2016).

Dessa forma, o melhor caminho é sempre a comunicação, entretanto, nem sempre é um caminho possível. Dessa forma, surge a necessidade de utilização da força para o alcance do objetivo. Desse modo, e tendo como exemplo as normas internacionais, a Lei nº 13.060 de 2014 regulamenta o uso de instrumentos menos ofensivos pelo pessoal da segurança pública, sempre pautando sua atuação nos princípios da legalidade, necessidade, racionalidade e proporcionalidade.

É importante destacar o princípio da proporcionalidade como instrumento no uso da força policial para o cumprimento dos decretos estaduais em todo o Brasil.

4.1 O Princípio da Proporcionalidade

Quando a polícia age para abordar uma pessoa, o princípio da proporcionalidade é fundamental, pois o agente em função da segurança pública deve usar a força de forma proporcional e deve analisar a situação no momento para evitar discrepâncias. Atos podem abusar de seus poderes e, se não forem razoáveis, podem até constituir atos ilegais.

As decisões públicas restritivas sobre direitos básicos (legislativos ou administrativos) devem ser baseadas em considerações de ponderação. Em certas circunstâncias, o escopo de proteção de cada direito básico deve ser considerado, e seu conteúdo básico e as circunstâncias determinam as circunstâncias específicas do conteúdo real do direito básico. Em última análise, a proporcionalidade em sentido estrito refere-se à correspondência obrigatória entre a intensidade das medidas tomadas e os objetivos pretendidos. "Quanto mais proeminente for a intervenção, mais importante será o objetivo." Portanto, em termos de intensidade, a intervenção correspondente à relevância do objetivo pretendido será proporcional (VOLKER, 2010, p. 21).

Este princípio se baseia na ideia de que ninguém deve impor restrições invioláveis à sua liberdade ou propriedade, e essas restrições são essenciais para a satisfação do interesse público.

Em todo o caso, é certo que, no âmbito do direito administrativo, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade é especialmente aplicável para controlar os atos discricionários que impliquem restrições ou restrições ao poder administrativo ou imponham sanções administrativas. Deve ser claramente apontado desde o início que esta é uma questão de legitimidade ou legitimidade de controle, não uma questão de valor de controle (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 231). Ocorre que se o policial agir de maneira desproporcional durante a abordagem, e em seguida efetue a prisão desta, poderá ocorrer o relaxamento da prisão do autor. Exemplo é um caso ocorrido em São Paulo, de uma prisão em flagrante pelo descumprimento de decreto governamental, senão vejamos:

Processo: 1500681-23.2021.8.26.0530. Classe - Assunto Auto de Prisão em Flagrante - Infração de Medida Sanitária Preventiva. Documento de Origem: Comunicação de Prisão em Flagrante, Comunicação de Prisão em Flagrante, Boletim de Ocorrência - 2073748/2021 - CENTRAL POL.JUDRIB. PRETO, 16806157 - CENTRAL POL.JUD-RIB. PRETO, 1391/21/919 - CENTRAL POL.JUD-RIB. PRETO Autor: Justiça Pública Indiciado: EDUARDO JOSE CORNELIO DE OLIVEIRA. **Ante o exposto, dada a manifesta ilegalidade da prisão em flagrante do indiciado, determino seu imediato RELAXAMENTO, com fulcro no art. 5º, inciso LXV, da Constituição da República, e no art. 310, inciso I, do Código de Processo Penal.**

Isto é, em um dado momento de exceção, determinado direito ou garantia fundamental pode sobressair-se sobre outro, onde um pode até chegar a exaurir outro, para que desta forma haja um ganho maior para a sociedade.

Pode-se então afirmar que, na atual conjectura, as duas garantias fundamentais, direito de locomoção e direito à saúde, uma delas não pode ser usufruída em sua integralidade ao mesmo tempo que outra, visto que a liberdade de locomoção, encontra-se, momentaneamente, restrita, em prol de um bem maior que é a vida e a saúde de toda uma sociedade. Sucede que a polícia é uma das categorias da linha de frente do combate à pandemia, por este motivo além de terem que enfrentar lutas diárias contra a criminalidade, lhe impuseram o papel ainda mais complexo que é ir em contra aos direitos fundamentais, mas isso não é tudo porque os policiais estão vulneráveis ao contágio.

Os desafios colocados pela situação atual exigem que a força policial entenda que este é um momento de ação humanitária, momento em que o uso da força deixa de ser o protagonista da forma de ação que desencadeia as negociações para a construção da governança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colisão dos direitos fundamentais de locomoção e os decretos governamentais levanta questões jurídicas importantes e de difícil resposta. Ainda mais o uso das policiais para o dever cumprimento desses decretos. Como tais direitos são figura central do Estado Democrático de Direito, devem merecer maior atenção por parte da doutrina para que sejam devidamente compatibilizados com outros direitos fundamentais individuais e da sociedade em geral.

Após esse estudo sobre os aspectos jurídicos da abordagem policial mediante os decretos governamentais que restringem a liberdade de locomoção, onde foi feita

uma análise geral sobre o conceito de direitos fundamentais e suas características, compreendemos sobre abordagem policial, e os princípios administrativos que regem a poder de polícia na atuação das policiais. No Brasil, a falta de coordenação política levará à descentralização da polícia no combate ao vírus, e imporá restrições políticas, materiais e culturais, impossibilitando a empresa de se locomover e prejudicando o trabalho da população.

Desde a Segunda Guerra Mundial, a pandemia COVID-19 parece ser o maior desafio que a humanidade enfrenta. Fornece-nos uma experiência da incerteza do mundo e da nossa relação com a natureza. Essas questões conflitam cruelmente com a lógica operacional da organização, especialmente no sentido de racionalidade, objetivos e estrutura organizacional.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23ª edição. São Paulo, 2015.

ASSIS. José Wilson Gomes de. **Operações tipo blitz e buscas pessoais coletivas: as ações preventivas da PM e a sua legalidade**. 2007. Disponível em <<http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/operacoesblitz.pdf>>. Acesso em: 06 Março. 2021.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. - São Paulo: Boitempo, 2004;

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 de março 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de março 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 de março 2021;

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. 1967 — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, **Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream>

/handle/id/137603/Constituicoes_Brasileiras_v6_1967.pdf?sequence=9&isAllowed=y.
Acesso em: 20/03/2021;

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (24 DE FEVEREIRO DE 1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 17/03/2021;

BRASIL. CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS 1934 — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10&isAllowed=y. Acesso em: 17/03/2021;

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 21/03/2021;

CASSALES, Luíza Dias. **Direito de ir e vir**. Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região, Porto Alegre – RS, ano 12, n. 42, p. 37-38, 2001. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev42.pdf>. Acesso em: 18/03/2021;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. - 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES, Allan Carlos. **Aspectos Jurídicos Da Abordagem Policial**. UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO, Uberlândia, 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008;

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Blayton Vanini De. **A legalidade da abordagem policial na legislação brasileira**. FACULDADE DE SABARÁ. SABARÁ, 2017.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. Tática Policial, **Abordagem a Pessoas e tratamento às Vítimas**. Manual Técnico-Profissional 3.04.02 - Belo Horizonte: Academia de Polícia Militar, 2013.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **A segurança pública na Constituição**. O Alferes, v. 9, n. 28, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4º. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método. 2008;

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Poder De Polícia Em Tempos De Pandemia: Proporcionalidade Nas Restrições Impostas Ao Direito De Ir E Vir? Uma Abordagem Interdisciplinar**. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | vol. 14/2020 | Jul - Ago / 2020.

SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA – SENASP. Ministério da Justiça. **Uso Progressivo da Força**. Brasília, 2016.

RÊGO, Tâmara Luz Miranda. **A liberdade de reunião na Constituição de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

ROVER, Cees de. **Para servir e proteger: Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para as Forças Policiais e de Segurança Pública**. 4. ed. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2005.

GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DA CRIANÇA AUTISTA

CAROLINE GUIMARÃES AÚCO:

Bacharelada do Curso de Direito da
Universidade Brasil.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente enredo dedica-se analisar a garantia á educação da criança autista, a qual tem proteção integral pelo Estado e obteve recentemente Lei específica, sendo esta Lei 12.764/12. Mas para se chegar à criação da Lei 12.764/12, o ordenamento jurídico passou por vários avanços históricos em relação a criança como sujeito de direito e a educação como direito fundamental. Através desses avanços, crianças portadoras de deficiência ganharam espaços nos textos da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e Adolescente e em leis específicas da educação. Foram abordados também temas relacionados à inclusão de crianças com o Transtorno Espectro Autista em escolas regulares. Assim serão observados os principais comportamentos que crianças com o Transtorno Espectro apresentam, sendo um deles como mais decorrente a extrema dificuldade em estabelecer relações interpessoais, tornado a educação no modo inclusivo essencial para o desenvolvimento e evolução no tratamento desta patologia, além de possibilitar maior visibilidade do tema perante a sociedade. Com isso foi criada a Lei 12.764/12 que garante à criança com o Transtorno Espectro Autista, direitos básicos e principalmente o direito a educação no modo inclusivo.

Palavras chave: Direitos Fundamentais. Proteção Integral. Direito á educação. Autismo.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITO. 1.1 Constituição federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente. 1.1.1 Educação como direito fundamental. 2 O TRANSTORNO ESPECTRO AUTISTA E A INCLUSÃO. 3 LEI 12764/2012 E SUA APLICAÇÃO. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a garantia do direito á educação da criança autista, que vem sendo uma temática evidenciada nos últimos anos, por meio de leis de educação básica que fundamentam essa garantia, avanços científicos, bem como temas relacionados à discussão da inclusão, e os desafios desta ao ingresso da criança com o Transtorno do Espectro Autista no ensino regular.

Com a finalidade de alcançar a garantia desse direito fundamental o ordenamento jurídico passou por vários avanços históricos, os quais possuem como

principais fontes de fomento, a criação da lei 8.069/90 o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, onde foram constituídos os direitos fundamentais da criança e do adolescente (proteção integral a criança). E a lei 12.764/12 que garantiu explicitamente o direito da criança autista o seu devido ingresso no ensino regular sendo um bem jurídico tutelado pelo Estado, tendo este o comprometimento de oferecer condições necessárias, assegurando o atendimento educacional especializado e o atendimento pedagógico multidisciplinar, para crianças que tenham necessidades especiais, destacando especialmente as autistas.

Atualmente é imprescindível o desenvolvimento de iniciativas para implementação da inclusão em todos ambientes, principalmente na esfera escolar, haja vista que onde se faz presente às bases primordiais para o indivíduo viver em sociedade. Destaca-se que a inclusão não se concretiza somente com o fato de inserir ou matricular na escola, para suceder e fazer jus à palavra dita é preciso englobar devida preparação tanto do professor como da escola, buscando alcançar melhor desenvolvimento desses alunos, pois não é o indivíduo autista que deve adaptar-se ao ambiente, mas sim o ambiente que deve ser adaptado e receber a educação inclusiva, havendo leis que garante esta afirmação.

O tema abordado tem como relevância entender o processo da inclusão do aluno autista na escola regular em rede pública ou privada, no sentido que a inclusão escolar é um direito conquistado e cabe à sociedade respeitar as diferenças. Desse modo, foi abordado um estudo voltado para a garantia do direito de inclusão da criança autista no ambiente escolar, pois tal ainda gera muitas lacunas quando se refere o modo de aceitar e trabalhar, que vai além do teorizar.

Para consecução de tais fins, foi desenvolvida pesquisa bibliográfica existente na área jurídica, consistente em obras, artigos e textos jurídicos, fontes jurisprudenciais, dissertações, periódicos e demais instrumentos autorizados, que poderão ser encontrados através da rede mundial de computadores, bem como, pela análise de casos práticos como amparo e fundamento para exposição das ideias e do tema a ser apresentado.

Nesse linear, buscou-se, por meio de capítulos, compreender a natureza desse direito historicamente, visando também o surgimento do transtorno espectro autista na sociedade e seu avanço científico, estudou as leis de diretrizes e bases da educação, a busca pelo direito de inclusão identificando seus desafios e a lei 12.764/12 e sua aplicação.

Logo, verificou-se que a lei 12.764/12 foi um escopo para a visibilidade do direito a educação da criança autista pela sociedade, podendo compreender melhor tal transtorno, além de trazer conforto a família da criança com o transtorno espectro autista em matricular essas crianças em escola de seu bairro perto de suas casas e

principal o desenvolvimento e a educação como alvo fundamental para qualidade de vida dessas crianças.

1 CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITO

Crianças e adolescentes são reconhecidos mundialmente como sujeitos de direitos sendo protegidos integralmente por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, Convenções Internacionais, Doutrina da Proteção Integral e outros inúmeros institutos que integram essa proteção.

Sobretudo foram muitos os desafios para que os direitos das crianças fossem reconhecidos. Seu início se encontra vinculado à história do direito do homem que influenciou para se chegar a tal conquista, como a Declaração de Genebra, de 1929 e a Declaração Universal do Direito do Homem, de 1948, ao contar dessa declaração houve à primeira conquista nomeada como direitos da criança, que foi a Declaração dos Direitos da Criança (1959).

Mesmo depois de tal declaração, ainda continuaram em evidencia muitas lacunas e lutas, para que crianças fossem respeitadas e valoradas como sujeitos de direitos, surgindo com ela discussões sobre a compreensão do ser criança nas suas variadas categorias como a de criança, infância, escola e de sociedade, pois, sem ter consciência desses conceitos, seria indiscutível falar de uma proteção integral (MAIA, 2012).

Com o objetivo de dar maior relevância na aplicabilidade à proteção da criança, em 1989, a ONU aprovou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, tornado se um marco de mudanças que, em tese, acrescentou à infância um tecido social (UNICEF, 2019).

Foi um dos instrumentos de direitos humanos mais aceitos na história universal, pois foi ratificado por 196 países. Tal Convenção foi aprovada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. Tendo como principal alvo a valorização da infância, demonstrando que toda criança deve ser reconhecida pelos seus direitos civis, econômicos, culturais e sociais (UNICEF, 2019).

O Brasil participou de todos tratados e convenções intencionais, atribuindo total significância aos direitos da criança. Tais direitos deram-se início pela Constituição Federal de 1988 posteriormente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, além de vasta legislação complementar.

Partindo dessa premissa independentemente dos deveres dos pais e da sociedade, o Estado é diretamente responsável por esses direitos da criança, na colaboração de suas necessidades fundamentais como a educação, saúde, alimentação tudo o que contribuir para o desenvolvimento até a sua formação profissional.

Com isso enfatizando o desenvolvimento para que este aconteça de forma íntegra é preciso que o indivíduo tenha uma preparação com princípios básicos para se viver em sociedade e essa preparação se dá com a educação sendo tal considerada direito fundamental para todo e qualquer ser humano. Nesse sentido, o artigo 205, da Constituição Federal de 1988, decorre:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Esse direito fundamental foi intensificado com a chegada da denominada Conferência Mundial sobre Educação para Todos, genericamente conhecida como Conferência de Jomtien, realizada na cidade de Jomtien, na Tailândia, em 1990 que tem como objetivo a generalização do acesso à educação e busca pela igualdade tratando em especial de medidas e necessidades para que crianças com deficiência possam ter acesso à educação.

Dessa forma a Declaração relembra que a "educação é um direito fundamental de todos, de todos os gêneros, de todas as idades, no mundo inteiro" e compreendendo que "educação pode contribuir para conquistar um mundo mais seguro, mais próspero e que, ao mesmo tempo, favoreça o progresso social, econômico e cultural" (UNESCO, 1990).

Com a intensa busca do direito de igualdade, tendo intenção de ampliar o acesso à educação, de formar que todos possam ser inseridos e compreendidos, foi celebrado em 1994, na Conferência mundial de Educação Especial na Espanha, a Declaração de Salamanca.

A partir dessa visão especificando a educação no modo inclusivo, a declaração Salamanca vem por meio de reforma de políticas e sistemas educacionais, discorrer sobre o inserimento da criança portadora de deficiência em escolas regulares. Na declaração foram levantadas as seguintes questões:

Que toda criança tem direito fundamental a educação e que tenham oportunidades de se manter em um nível adequado de aprendizagem e entenderam que escolas regulares que seguem as orientações inclusivas constituem meios suficiente para combater atitudes discriminatórias configurando em uma sociedade inclusiva e contribuindo com a educação para todos (UNESCO, 1994).

Outro progresso importante ainda a respeito de pessoas portadoras de deficiência ocorreu em 1999, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

Esse documento esclarece que toda pessoa com deficiência tem os mesmos princípios, direitos e liberdade igual à outra pessoa não portadora de deficiência, inclusive o direito de não sofrerem nenhum tipo de discriminação por conta de sua deficiência.

A educação é um direito garantido a todos, mas destaca se que para constituir devida qualidade tem que haver individualidade no atendimento, pois cada criança é um ser único e precisa ser olhada e compreendida em suas determinadas limitações, devendo não só ser disponível o seu acesso, mas é imprescindível que para a palavra educação realmente possa contribuir com a formação da criança deve esta ser ajustada e adaptada para realidade de cada criança.

1. 1 Constituição federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente

A preocupação com o Estado de Direito da criança já se especificava na Constituição Federal de 1988, a qual participou e colaborou com eventos internacionais. Com isso os avanços e conquistas históricas internacionais sobre o direito da criança contribuiram para formação do ordenamento jurídico que este passou por mudanças em relação ao tema.

Dessa forma crianças e adolescentes passaram a receber atenção na Constituição Federal, por serem considerados seres que precisam de proteção especial tanto pessoal e social, atribuindo assim uma grande valorização em seu desenvolvimento. Em razão disso é reconhecida tal proteção no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que discorre:

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.

Tendo isso em vista o texto constitucional proporciona a criança, garantias a sua proteção integral, atribuindo responsáveis para que tais sejam asseguradas de forma integral, como a participação de sociedade, família e Estado. Não bastando em 1990, ocorreu uma das grandes conquistas do direito brasileiro no que se diz a respeito do ser criança como sujeito de direito.

Tal conquista se deu a partir da publicação da lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sendo este voltado à proteção integral, além da garantia de um desenvolvimento mental, físico, moral, espiritual e social adequado. Como descreve o Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

É importante ressaltar que tais garantias impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não constitui nenhum tipo de diferenciação, fazendo com que todas as crianças tenham de forma assegurada esses direitos, com o objetivo de alcançar pleno desenvolvimento de qualidade. Deixando expresso em seu texto que estará presente na vida dessas crianças em todas as suas necessidades fundamentais.

Dessa forma garantiu às crianças portadoras de deficiência seja física ou mental, atendimentos especializados, pois tais são imprescindíveis para que consigam desfrutar dos direitos inerentes a elas e principalmente para melhor inclusão social. Como diz Elias (2010, p. 25):

Observe-se que o tratamento, e o que mais for necessário serão fornecidos de forma gratuita aos necessitados, o que deixa claro que aqueles que puderem obter com recursos próprios deverão fazê-los. Há de se envidar esforços, em última análise, para que o deficiente possa, da melhor maneira possível, desenvolver-se plenamente, e, seja a deficiência física ou mental, somente com tratamento isso poderá concretizar-se.

A doutrina da proteção integral compreende dentre tantos direitos, a educação, que esta é reconhecida como instrumento fundamental para o

desenvolvimento da criança e do adolescente, pois garante melhor integração na sociedade e exercício pleno da cidadania.

Por sua vez para crianças portadoras de deficiência a educação é mais do que fato de interação social e exercício da cidadania, para elas é a melhora na sua qualidade de vida, principalmente estar em um ambiente escolar, onde poderá ter a liberdade de explorar suas limitações, aprender e ser compreendido, mas para isso se concretizar é preciso o atendimento educacional especializado o qual já é garantido por lei.

1. 1. 1 Educação como direito fundamental

A educação é garantida pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de ser considerada direito fundamental a criança, tais direitos estão expressos em leis específicas tendo como fonte principal a Lei 9394/96, de 1996, conhecida como Lei de diretrizes bases da educação.

Tal lei reafirma o direito à educação, descrito pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo também os deveres do Estado em proporcionar educação pública e definindo os papéis e responsabilidades dos Estados, União, Distrito Federal e Municípios.

A lei de diretrizes bases da educação em seu texto é possível perceber que a pessoa com deficiência tem atenção própria no capítulo V. Especificamente em relação à educação especial, como no caput. do artigo 58, da Lei 9394/96, de 1996 descreve:

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

Posto isso a partir de tal lei, foram rompidas muitas barreiras em relação à educação especial, ultrapassando as limitações das instituições especiais e oferecendo preferencialmente o acesso ao ensino regular.

Mas não só o acesso como também propôs que sejam assegurados os serviços especializados, currículos, professores especializados e métodos na rede regular de ensino, para receber esses alunos e para estes atingirem seu melhor desenvolvimento.

A inclusão de pessoas com deficiência em rede de ensino regular acarretou grandes debates na sociedade, por ainda ser uma forma muito desconhecida de se trabalhar e compreender, pois a sociedade estabeleceu por muito tempo uma única

linha de aprendizado, conceituando esta como padrão. Como Cruz (2014, p. 30 *apud* AMARAL, 1995, p. 35) diz:

[...] a deficiência jamais passa em “brancas nuvens”, muito pelo contrário: ameaça, desorganiza, mobiliza. Representa aquilo que foge do esperado, ao simétrico, ao belo ao eficiente, ao perfeito [...] e, assim, como quase tudo que se refere a diferença provoca a hegemonia do emocional.

Diante disso a inclusão escolar é uma inovação no ensino regular, sendo objeto de muitas pesquisas na atualidade, pois para sua concretização é necessário à especialização para receber diversos alunos, cada um com sua devida limitação.

Fazendo com que pais ainda se sintam inseguros em matricular seus filhos na escola regular, tendo em vista que em alguns casos a deficiência de seus filhos foram descobertas e estudadas recentemente, podendo gerar regresso ao tratamento, se caso não houver uma instituição preparada para recebê-los e profissionais especializados que compreende as limitações de seus filhos.

Essa é uma questão muito enfrentada quando se fala de crianças diagnosticadas com o Transtorno Espectro Autista, o qual foi descoberto, estudado e obteve seus direitos recentemente o que gera muitos desafios.

Levando em questão também que uma das grandes características do Transtorno Espectro Autista são manifestadas em seu comportamento, destacando-se a dificuldade de interação social, sendo perceptível que ainda há muitas instituições de ensino regular, despreparadas para receber, educar e potencializar o desenvolvimento da criança autista.

2 O TRANSTORNO ESPECTRO AUTISTA E A INCLUSÃO

O Transtorno Espectro Autista foi descoberto na década de 1940, pelo psiquiatra Leo Kanner, que definiu como uma condição neuropsicológica. Foi observando crianças consideradas deficientes mentais pela sociedade, que Kanner concluiu que algumas delas, apresentavam comportamentos específicos, principalmente a sua dificuldade extrema em estabelecer relações interpessoais.

A partir disso foram anos de observação até que se obteve a afirmação dessa patologia, cuja descrições clínicas feitas por Kanner, são levadas em conta até hoje sem contestação. Os sintomas podem se manifestar nos primeiros meses de vida ou na infância, geralmente antes dos três anos de idade.

Existem vários graus de autismo, mas os sintomas que mais foram identificados por Kanner é o desenvolvimento anormal sendo este um pouco mais lento, comparado com outras crianças e sensibilidades em algumas áreas.

Os sintomas podem aparecer em diversas fases do desenvolvimento dessas crianças, como começar a falar e andar de forma mais tardia, comprometimento nas áreas de interação social por conta da limitação na comunicação verbal ou não verbal e pela dificuldade de olhar nos olhos de outra pessoa ou identificar emoções.

Além de comportamentos restritos pela aversão de mudanças de ambiente, como a troca de objetos de um lugar para outro, aversão também por contatos físicos, sensibilidade auditiva e apresentam comportamentos repetitivos, podendo repetir frases imediatamente ou posteriormente ouvidas.

O autismo não tem um diagnóstico regular, tendo a necessidade de diferentes áreas profissionais avaliarem esses indivíduos e concluírem um diagnóstico de formar interdisciplinar, para que possam intervir de forma necessária.

Sendo assim os tratamentos variam de acordo com as necessidades de cada criança, pode tanto buscar áreas da ciência de forma individual como só as partes neurológicas, psiquiátricas, psicológicas ou elas em conjunto.

Destacando se que quanto mais cedo for constatado o diagnóstico, melhor será para a qualidade de vida dessas crianças, pois crianças com autismo tendem a se isolar e viver um mundo só delas, já que o sintoma mais presente é a dificuldade nas relações interpessoais, fazendo com que elas sejam incompreendidas pela sociedade.

A incompreensão dessa síndrome pela sociedade gera muitas vezes exclusão desses indivíduos em espaços sociais, sendo que estudos científicos comprovam que o maior escopo para melhoria do desenvolvimento do autista é conviver com pessoas diferentes e lidar com as dificuldades que a interação social traz para essas crianças.

Desse modo as crianças com o Transtorno Espectro Autistas são também limitadas de um dos espaços mais importantes para o desenvolvimento de uma criança que é o ambiente escolar, sendo em geral encaminhadas para instituições especializadas, podendo estas estagnar, reduzir e limitar o seu desenvolvimento. Como explica Oliveira (2015, p. 77 *apud* ORRÚ, 2009, p. 44):

[...] na maioria das vezes, a criança com autismo convive em uma sala com mais duas ou três crianças com o mesmo perfil. A criança exposta a essa situação não tem referências sociais que auxiliam superar suas dificuldades, as quais costumam ser relatadas nos critérios diagnosticados, pois seus colegas apresentam as mesmas características que ela própria apresenta.

Por isso é tão importante à inclusão dessas crianças nas escolas de ensino regular, pois a além da melhoria do seu tratamento, o espaço escolar regular possibilita a visibilidade e a compreensão dessas crianças, não nas instituições como também perante a sociedade. Como diz Oliveira (2015, p. 78 *apud* BAPTISTA 2002, p. 128):

Acreditamos que a convivência escolar compartilhada, naquela que sido chamado "escola inclusiva", possa favorecer mudanças éticas relativas ao trato com as diferenças. Esse pode ser um dos efeitos associados ao convívio: a construção de uma nova base ético-cultural.

Contudo o termo inclusão engloba vários fatores, mas muitas vezes a concretização desse termo é visto pela sociedade como o simples fato da presença desses indivíduos no espaço do ambiente escolar, sendo que a garantia da acessibilidade é apenas um desses fatores.

Assim para que a inclusão ocorra de forma íntegra e que seja efetiva no tratamento e desenvolvimento dessas crianças, é necessário que tenha instituições sendo elas públicas ou privadas, mas sejam comprometidas e estruturadas com profissionais especializados e métodos de estudos que consigam alcançar a singularidade de cada aluno.

É importante ressaltar que não é o aluno que precisa se adaptar a escola e sim a escola precisa ser adequada no sentido que traga conforto e adaptada com a devida especialidade para recebe lós.

Levando em conta também todas as questões que circundam a inclusão, como a condição da família. A criança com o Transtorno Espectro Autista, muitas vezes precisa de apoio terapêutico e em alguns casos até fisioterapêutico.

Isso faz com que alguns pais e responsáveis tenham que se dedicar integralmente á essas crianças, para que assim possam frequentar todos os acompanhamentos necessários. Mas para isso precisam se deslocar até esses locais que constituem os devidos atendimentos especializados.

E esses locais quando distantes de suas casas, torna se desgastante para as famílias que necessitam dos transportes públicos e dos atendimentos públicos. Tibyriçá e Antino (2018, p. 12) descrevem situações decorrentes a essa questão:

A questão do atendimento territorializado tem recebido mais e mais atenção nas discussões levantadas pelas famílias, em razão estar diretamente ligado ao estresse familiar, posto que as instituições para terapias podem ficar a 15, 20 ou 40 quilômetros do lar e da escola. Em muitas cidades, o trânsito e as distâncias

fazem com que mães e filhos com autismo estejam mais tempo no transporte que na terapia [...]

Desse modo quanto mais escolas de ensino regular aderir ao ensino especializado e garantirem a inclusão desses indivíduos, não só proporcionara a melhoria na qualidade de vida dessas crianças, como também na de seus familiares, pois darão oportunidades a estes em matriculem essas crianças em escolas perto de suas casas e bairros.

Diante disso é perspectivo que a inclusão no ensino regular é de extrema relevância para as crianças com autismo, tornado não só fundamental para a educação, como também se faz primordial para desenvolvimento, saúde e dignidade dessas crianças.

Tendo isso em vista, familiares começaram a lutar pelo o direito á educação da criança autista, fazendo com que esse assunto fosse cada vez mais debatido pela sociedade brasileira, ganhando atenção especial do poder judiciário e legislativo.

O Brasil adotou medidas de proteção específica para crianças com autismo muito recentemente, tais delas são criações de entidades filantrópicas, associações de amparo a crianças autistas e a criação da lei mais importante atualmente para a pessoa com o Transtorno Espectro Autista, a Lei 12764/2012.

A Lei nº 12764, de 27 de dezembro de 2012, conhecida como Lei Berenice Piana, traz determinações legais quanto à garantia á educação da criança autista, principalmente se tratando da inclusão em escolas regulares, as quais são obrigadas a fornecerem serviços especializados.

Lei Berenice Piana tornou um marco para as pessoas com o Transtorno Espectro Autista e deve ser vista como norma de caráter moral, inclusiva e social, apresentando as crianças com autismo, seus direitos e meios para conquista lós.

3 LEI 12764/2012 E SUA APLICAÇÃO

Em 27 de dezembro de 2012 foi criada a lei nº 12764/2012 instituindo a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com o Transtorno Espectro Autista.

Genericamente conhecida como Lei Berenice Piana, em homenagem a uma mãe que desde que seu filho foi diagnosticado com o Transtorno Espectro Autista, luta por seus direitos.

A referida Lei proporcionou as pessoas com o Transtorno Espectro Autista seus direitos básicos como a inclusão social, a integridade física e moral, preservando a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Além disso, a pessoas com autismo foram reconhecidas como pessoas com deficiência, assim tendo também todos os direitos iguais e legais das pessoas portadoras de deficiência.

Com a criação da lei específica para as pessoas com autismo, surgiram inúmeros fatores positivos, sendo um deles a visibilidade social, fazendo com que as pessoas em geral se informassem mais sobre a síndrome, trazendo uma nova visão ao que era tão desconhecido perante a sociedade. Como Tibyriçá e Antino (2018, p. 7) discorrem:

Outro ganho inegável foi o aumento de visibilidade social. Essa abertura vinha sendo conquistada desde as mobilizações das famílias, iniciadas antes da aprovação do Projeto de Lei no Congresso Nacional, e cresceu com intensidade com a conquista da Lei. E por que isso é tão importante? Porque favoreceu o ambiente social para que a população se aproprie de informações sobre o transtorno e com isso mude a cultura da exclusão, substituindo a memória do medo e da segregação, que são históricos, uma vez que o ser humano teme aquilo que não conhece. Porque, disseminando a informação sobre os direitos da pessoa com TEA, podemos enfrentar com mais segurança os casos de omissão, constrangimento e descaso amargados por tanto tempo, por tantos familiares.

Assim a sociedade precisou se adaptar para receber as pessoas com autismo em ambientes públicos e coletivos sem nenhuma contestação. Principalmente nas áreas da saúde e da educação, as quais precisam ter profissionais especializados como já determinado em lei.

Dessa forma a nova lei proporcionou a pessoa com o Transtorno Espectro Autista umas das maiores conquista sendo ela a garantia á educação em escolas de ensino regular, sejam elas públicas ou privadas, como descrito no artigo 3º, IV, alínea "a", junto com o parágrafo único, da Lei nº 12764 de 2012:

Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

IV - o acesso:a) à educação e ao ensino profissionalizante;

Parágrafo único. Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado.

A partir disso, familiares começaram a buscar a garantia do direito à educação e matricularem essas crianças em escolas regulares, pois tinham total apoio por lei, tanto em ter acompanhantes especializados, como também à impossibilidade da recusa da matrícula. Como descrito no artigo 7º da Lei nº 12764 de 2012:

Art. 7º O gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência, será punido com multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos.

Mesmo depois da lei ainda há instituições de ensino regular que se recusam a matricular ou não são adequadas para o acolhimento desses alunos, mas a Lei Berenice Piana dispôs em seu texto instrumentos legais para que tais instituições de ensino regular sejam obrigadas a aceitar e fornecer o ensino especializado para que o desenvolvimento de qualidade desses alunos seja efetivado.

Dessa forma a Lei Berenice Piana possibilitou as crianças com autismo, seus direitos para que estas crianças tenham o mínimo existencial como inclusão a qual traz a pessoa autista à igualdade, a liberdade, a dignidade humana e a oportunidade afetiva, social e cultural.

A garantia à educação da criança autista, é um direito conquistado o qual está expresso na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e especificamente na Lei nº 12764/2012. Tendo isso em vista, respeitar essa garantia é também respeitar as leis do nosso país.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, foi possível observar a importância da educação no modo inclusivo para crianças com o Transtorno Espectro Autista. Tal síndrome ocasiona limitações no comportamento desses indivíduos, tendo como principal a dificuldade de interação social, tornando as instituições de ensino regular o maior escopo para melhoria na qualidade de vida dessas crianças.

Frisa-se que para garantir a educação da criança autista o ordenamento jurídico brasileiro, passou por vários avanços, modificando textos e criando leis para que o direito à educação de crianças portadoras de deficiência estivesse presente, sendo assim a inclusão é considerada uma inovação se tratando do plano de ensino educacional, o qual teve uma única abordagem por muitos anos.

É importante salientar que para a concessão da inclusão é necessário estar incluído diversos fatores, entre eles a estrutura das instituições, ensino e profissionais especializados que possam compreender cada criança em suas devidas limitações, já que crianças com o Transtorno Espectro Autista não têm um diagnóstico regular, sendo

existente vários graus de autismo, tornando fundamental que as instituições e profissionais reconheçam as necessidades de cada um e assim proporcionar um ensino de qualidade.

A vista disso foi criada a Lei nº 12764/2012 que garante o direito à educação da criança autista, destacando em seu texto que crianças com o Transtorno Espectro Autista têm direito ao ensino especializado e se for comprovada a necessidade, terá também o direito a um acompanhante especializado, além da impossibilidade da recusa da matrícula, tornando obrigatório instituições de ensino regular matriculem essas crianças e caso houver recusa será tomada a devida penalidade. A Lei nº 12764/2012 considerou pessoas com o Transtorno Espectro Autista portadoras de deficiência, fazendo com que elas tenham também os mesmos direitos impostos a pessoas portadoras de deficiência.

Nesse toar, o que se conclui das pesquisas realizadas, é que crianças com o Transtorno Espectro Autistas tem o direito à educação o qual está previsto em lei. Tal Lei nº 12764/2012 se tornou uma conquista não só para as crianças com autismo que obteve seus direitos básicos e fundamentais garantidos, mas para seus familiares os quais terão a oportunidade de matricular essas crianças em instituições perto de suas casas e bairros em uma melhora no vínculo familiar e também para a sociedade a qual tem a oportunidade de conhecer melhor tal síndrome, possibilitando uma nova construção ético-cultural, onde todos sejam incluídos e respeitados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12.out.2020

BRASIL. **LEI Nº 12.764, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, DF, 27 de dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm> Acesso em: 20.out.2020

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 de jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 14.out.2020

BRASIL. **LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF, 20 de dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acesso em: 17.out.2020

CRUZ, Talita. **Autismo e Inclusão: Experiências no ensino regular.** Jundiaí-SP: Paco Editorial, 2014. 178 p.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 359 p.

MAIA, Janaina Nogueira. **Concepções de criança, infância e educação dos professores de educação infantil.** 2012. 135 p. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação – Mestrado em Educação da Universidade Católica de Dom Bosco de Campo Grande-Mato Grosso do Sul. Campo Grande, 2012.

MEC. **Declaração de Salamanca.** Sobre princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais. Disponível em:
<<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>>. Acesso em: 18.out.2020

OLIVEIRA, Ivone Martins. **Autismo e inclusão escolar: percursos, desafios, possibilidades.** Curitiba: Editora CRV, 2015. 165 p.

TIBYRIÇÁ, Renata; ANTINO, Maria. **Direitos das Pessoas com Autismo: Comentários interdisciplinares à lei 12.764/12.** São Paulo: MEMNON, 2018. 238 p.

UNICEF. **30 anos de convenção sobre os direitos da Crianças: Avanços históricos, problemas que persistem e novos desafios.** Disponível em:
<<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/30-anos-da-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca-avancos-problemas-e-novos-desafios>> Acesso em: 12.out.2020

UNICEF. **Declaração Mundial de educação para todos.** Disponível em:
<<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos-conferencia-de-jomtien-1990>>. Acesso em: 13.out.2020

EXECUÇÃO FISCAL CONTRA A SOCIEDADE EMPRESÁRIA: CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO NA ESFERA FEDERAL

CARMEN FERREIRA SARAIVA:

Servidora pública federal, bacharela em Administração de Empresas e Ciências Contábeis pela UFMG e em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Especialista pela PUC/Minas, pela Unicid, pela UGF e pela UnP.

Resumo: A Certidão de Dívida Ativa consubstanciada no crédito tributário definitivamente constituído pode ser objeto de execução fiscal, após findo o prazo de cobrança administrativa amigável. A citação válida da sociedade empresária tem como escopo o adimplemento da obrigação “ex lege” por pagamento ou nomeação de bens passíveis de penhora. A inclusão de corresponsável alcança terceiro que tenha interesse jurídico comum com o fato gerador ou gestor por infração de lei ou cláusula do ato constitutivo. A medida cautelar fiscal trata-se de incidente de reforço da garantia pela indisponibilidade de bens presentes e futuros. A execução pode ser redirecionada ao sócio-gerente no caso de dissolução irregular da pessoa jurídica. O desenvolvimento do feito é obstado pela exceção de pré-executividade sobre matérias de ordem pública cognoscíveis de ofício ou a requerimento da parte. A exigência do valor devido pode ser efetivada por meio cartorário pelo protesto extrajudicial. Instaurada a fase litigiosa com a apresentação de embargos à execução, pressupõe-se que o título esteja afiançado adequadamente, fase em que há dilação probatória mínima. Finda a tutela constritiva, passa-se a arrematação em que os bens são leiloados para extinção da dívida fiscal. Tem-se que ações judiciais dessa natureza são responsáveis pela morosidade da prestação jurisdicional dada a dificuldade de recuperação dos valores correspondentes. Na esteira dessa temática atual e relevante, é imprescindível que o operador do direito oriente-se pela harmonia entre as normas e a jurisprudência de modo a fomentar a segurança jurídica e a justiça fiscal.

Palavras-chave: Tutela Constritiva. Título Tributário. Sacramentos Executórios.

Resumen: El Certificado de Deuda Activa, plasmado en el crédito contributivo definitivamente constituido, podrá ser objeto de ejecución tributaria, una vez finalizado el período de cobranza administrativa amistosa. La citación válida de la sociedad mercantil tiene el alcance de cumplir con la obligación “ex lege” de pago o designación de bienes susceptibles a ser embargados. La inclusión de un corresponsable llega a un tercero que tiene un interés jurídico común con el hecho imponible o administrador por infracción de ley a cláusula del acto constitutivo. La medida cautelar fiscal es un incidente de refuerzo de la garantía por indisponibilidad de bienes presentes y futuros. La ejecución puede redirigirse al socio director en caso de disolución irregular de la

entidad jurídica. El desarrollo del hecho se ve obstaculizado por la excepción de la ejecución previa en asuntos de orden público de conocimiento público o por solicitud de la parte. La demanda de la cantidad adeudada puede ser ejecutada por un notario público mediante protesta extrajudicial. Una vez iniciada la fase de litigio con la presentación de embargos a la ejecución, se asume que el título está debidamente asegurado, etapa en la que la tardanza probatoria es mínima. Terminada la tutela constrictiva, se lleva a cabo la subasta en la que se subastan los bienes para extinguir la deuda tributaria. Demandas de esta naturaleza son responsables de la demora en la provisión judicial dada la dificultad de recuperar los valores correspondientes. A raíz de este tema actual y relevante, es fundamental que el operador del derecho se guíe por la armonía entre las normas y la jurisprudencia para promover la seguridad jurídica y la justicia tributaria.

Palabras clave: Tutela Constrictiva. Título Tributario. Sacramentos Ejecutorios.

Sumário: Introdução. 1. Formação do Título. 2. Inclusão de Corresponsável. 3. Incidente Assecuratório. 4. Redirecionamento da Execução. 5. Exceção de Pré-executividade. 6. Protesto Extrajudicial. 7. Embargos à Execução. 8. Arrematação. 9. Taxa de Congestionamento. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

O tema analisado neste artigo é atinente à execução fiscal do título executivo extrajudicial consubstanciado no crédito tributário definitivamente constituído na esfera federal contra a sociedade empresária no que se refere à pretensão resistida em juízo.

O escopo que se pretende é investigar a liturgia específica do processo judicial e verificar de que forma ocorre a sua efetividade na recuperação do título de dívida, após encerrada a fase de cobrança administrativa amigável.

Na verificação teórica da proposição examinada, adota-se o método da pesquisa dogmática do conhecimento com amparo no exame da legislação de regência, da doutrina e da jurisprudência.

No que se refere à formação do título, analisam-se os seus elementos essenciais e o protocolo a serem observados para fins de inscrição daquele como dívida ativa da União. Concernente à inclusão de corresponsável, examinam-se as circunstâncias em que a conduta do gestor da sociedade empresária pode levá-lo a compor a pluralidade de sujeição passiva solidária. A respeito do incidente assecuratório, indaga-se sobre a conjuntura da medida cautelar fiscal como providência de garantia do cumprimento da obrigação fiscal. No tocante ao redirecionamento da execução, pergunta-se quais são os requisitos em que o sócio-

gerente deve pagar da pessoa jurídica a quantia determinada. Atinente à exceção de pré-executividade, perscrutam-se as particularidades desse instrumento com força de afastar a cobrança judicial do título. Sobre o protesto extrajudicial, busca-se identificar as situações em que a Fazenda Pública pode valer-se desse meio administrativo de reclamação da paga do valor devido. Em relação aos embargos à execução, procura-se conhecer o sacramento legal relativo à instauração da fase litigiosa de faculdade do executado para discussão da exigência. Respeitante à arrematação, perquirem-se as condições pelas quais se finaliza a quitação da importância inscrita. No que diz respeito à taxa de congestionamento, averigua-se a repercussão desse seguimento de ações no acervo constante na justiça federal.

1. Formação do Título

O processo tem fundamento de validade na inafastabilidade ou indeclinabilidade da jurisdição, preceito fundamental alicerçado segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, em um contexto em que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”.

Preceitos constitucionais valorativos emergem como determinantes a orientar a atuação jurisdicional e a função social do processo. Tratam-se garantias preestabelecidas em um arcabouço normativo de meios e resultados com adoção de instrumento conducente à tutela adequada e justa do bem da vida.

Assegura-se aos litigantes o julgamento por juiz natural dotado de imparcialidade, afastado do implemento e da suspeição, que age por provocação da parte, exceto pelo impulso de ofício no que se refere às matérias de ordem pública, aplicando-se, em especial, o devido processo legal, bem como que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sendo inaceitáveis “as provas obtidas por meios ilícitos”, com tais garantias a viabilizar o supraprincípio republicano da dignidade da pessoa humana.

Há outros princípios de regência, tais como: boa-fé objetiva, razoável duração do processo, primazia do julgamento de mérito, cooperação, lealdade, isonomia de tratamento, proporcionalidade que compatibiliza os meios e os fins, razoabilidade de adoção de critérios aceitáveis, publicidade dos atos restringida somente “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, eficiência, a motivação das decisões, cronologia dos fatos, o duplo grau de jurisdição, adequação teleológica, improrrogabilidade da competência, instrumentalidade das formas pela assunção do ato como válido, economia processual, persuasão racional no exame das provas, busca da verdade material, liberdade das partes e congruência ajustada ao limite da matéria litigiosa.

Os “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”, aliados ao interesse de agir e à legitimidade da parte, são elementos indispensáveis à efetividade da prestação jurisdicional provocada, alçada a metadireito, cujo escopo é assegurar a solução da lide que emerge da pretensão resistida em juízo^{81 82} (DONIZETTI, 2020, pp. 2288-3224).

A exigência do crédito tributário definitivamente constituído, por lançamento de ofício ou por homologação, que “surge com a ocorrência do fato gerador” e “tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária” ou decorrente “da legislação tributária” que “tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos” administrados pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB)^{83 84 85}, orienta-se pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional — CTN), recepcionada a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 (CF) na estatura de lei complementar por “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”^{86 87}.

81 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigos 1ª, 5º, 37, 92, 93 e 126.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

82 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigos 2º a 12, 17, 132, 141, 277, 244, 355, 371, 485 e 496. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

83 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Artigo 113. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

84 BRASIL. **Ministério da Economia.** Portaria ME nº 284, de 27 de julho de 2020. Aprova o Regimento Interno da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=111265>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

85 BRASIL. **Ministério da Economia.** Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Tributos Federais Administrados [...]. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/tributos>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

86 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 146. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

87 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

A previsão legal se dá no sentido de que “sujeito passivo da obrigação principal” é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e tem como espécies “contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador” e “responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”⁸⁸.

A dívida ativa tributária na esfera federal consubstancia-se no crédito tributário definitivamente constituído pelo lançamento de ofício ou pelo lançamento por homologação não extinto após decurso do prazo de cobrança amigável na esfera administrativa pelo sujeito passivo da obrigação “ex lege”, qual seja, a sociedade empresária que se caracteriza pelo exercício de “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” com fins lucrativos^{89 90 91 92} (PAULSEN, 2020a, pp. 5621-5660; MAMEDE, 2020, pp. 1626-1654).

O crédito tributário definitivamente é considerado dívida a ativa da União e título executivo extrajudicial quando validamente inscrito “na repartição administrativa competente”, cujo efeito de presunção relativa de liquidez e certeza de prova pré-constituída emerge. Essa suposição que se tem por verdadeira pode ser ilidida a partir da apresentação de acervo fático-probatório robusto. Sob pena de nulidade, o termo deve conter os seguintes elementos essenciais: “o nome do devedor e, sendo caso, o dos corresponsáveis”, a quantia devida e seus consectários, a “a origem e natureza do

88 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Denominado Código Tributário Nacional. Artigo 121. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

89 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Artigos 142 e 150. Código Tributário Nacional. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

90 BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências. Artigo 21. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

91 BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

92 BRASIL. **Ministério da Economia**. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 1.863, de 27 de dezembro de 2018. Dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97729>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

crédito”, o enquadramento legal da obrigação, a data do registro e o número do processo administrativo originário, se houver⁹³.

A ação constritiva de cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública contra o sujeito passivo consubstanciada no título executivo extrajudicial que prefere a qualquer outra, salvo aquela decorrente da legislação do trabalho, e além disso não se sujeita a concurso de credores, seguindo uma liturgia especificada na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980⁹⁴ e subsidiariamente nas disposições da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)⁹⁵. Com natureza jurídica de ato de controle da legalidade, a inscrição é efetivada pela Procuradoria da Fazenda Nacional⁹⁶ para apuração da liquidez e certeza, com efeito de suspensão da prescrição da ação de cobrança que ocorre no prazo de 5 (cinco) anos a contar da definitividade do crédito tributário constituído^{97 98 99}.

93 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Artigos 201 a 204. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

94 BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 09 abr. 2021.

95 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigos 15 e 784. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

96 BRASIL. **Ministério da Economia**. Portaria MF nº 36, de 24 de janeiro de 2014. Aprova o Regimento Interno da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/competencia/ri-pgfn_-2014.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2021.

97 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Artigos 174, 186 e 187. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

98 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo nº 1100156/RJ, Ministro Relator: Teori Albino Zavascki, Primeira Seção. Julgamento em 10 de junho de 2009. Publicação em 18 de junho de 2009. “1. Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício, com base no art. 219, § 5º do CPC (redação da Lei 11.051/04), independentemente da prévia ouvida da Fazenda Pública. O regime do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige essa providência prévia, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802343422&dt_publicacao=18/06/2009>. Acesso em: 06 abr. 2021.

99 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo nº 962838/BA, Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 25 de novembro de 2009. Publicação em 18 de dezembro de 2009. “3. Deveras, o depósito prévio previsto no art. 38, da LEF, não constitui condição de procedibilidade da ação anulatória, mas mera faculdade do autor, para o efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTN, inibindo, dessa forma, o

A ação judicial de constrição tributária enquadra-se na espécie de “execução por quantia certa” representada pela locução “dívida ativa”, entendida como “qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei” contra sociedade empresária, caso em que nenhuma alienação de bens pode ser autorizada sem a prova de quitação do título 100 101 (CONRADO, 2017, pp. 716-901).

A execução fiscal incisiva de expropriação patrimonial tem como finalidade a satisfação do direito definido no título, que tem o condão de dar efetividade ao adimplemento adequado da obrigação “ex lege”. Trata-se de sistemática que se amolda à prerrogativa do interesse público, mas que deve ser desenvolvida de maneira menos onerosa para o executado no modelo do essencialmente necessário¹⁰².

A peça vestibular deve indicar: “o Juiz a quem é dirigida”, “o pedido”, “o requerimento para a citação” e o valor da causa que se traduz em somatório do tributo devido e consectários incluindo o encargo legal de 20% (vinte por cento), acompanhada da Certidão da Dívida Ativa, documento “preparado inclusive por processo eletrônico”¹⁰³ 104.

O magistrado, cuja competência exclui qualquer outra, ao despachar em sentido favorável à inscrição do título como dívida, emite a ordem de citação válida do

ajuizamento da ação executiva fiscal, consoante a jurisprudência pacífica do E. STJ.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701452151&dt_publicacao=18/12/2009>. Acesso em: 06 abr. 2021.

100 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Artigo 121.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

101 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1804913/RJ. Ministra Relatora: Regina Helena Costa, Primeira Turma. Julgamento em 01 de setembro de 2020. Publicação em 02 de outubro de 2020. “I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, “in casu”, o Código de Processo Civil de 2015. [...] IV - Equivocado o entendimento fixado no acórdão recorrido, que reconheceu a incompatibilidade total do IDPJ com a execução fiscal.” Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802272826&dt_publicacao=02/10/2020>. Acesso em: 06 abr. 2021.

102 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigo 805. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 abr. 2021.

103 BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Artigos 5º a 15. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

104 BRASIL. Decreto-Lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1025.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

devedor em 5 (cinco) dias, o qual deverá adimplir adequadamente a obrigação, que após efetivada aperfeiçoa a relação jurídica, tendo início a fase de cobrança executiva em que se extingue, entre outros casos: pagamento do montante integral e em dinheiro, remissão, transação, conversão do depósito em renda, decisão judicial transitada em julgado favorável e dação em pagamento em bens imóveis^{105 106 107 108 109 110}.

A penhora dos bens suficientes para garantir a execução ou “arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar” é providência que tem força normativa de interromper o prazo de prescrição de 5 (cinco) anos, cujo termo inicial retroage à data da proposição da ação executiva.

Entretanto, esse lapso temporal não se inicia enquanto não for encontrado o devedor ou os bens não forem localizados, caso em que após decorrido 1 (um) ano há arquivamento do processo, “findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal

105 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo nº 1251513/PR. Ministro Relator: Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgamento em 10 de agosto de 2011. Publicação em 17 de agosto de 2011. “3. De acordo com o art. 156, I, do CTN, o pagamento extingue o crédito tributário. Se o pagamento por parte do contribuinte ou a transformação do depósito em pagamento definitivo por ordem judicial (art. 1º, §3º, II, da Lei n. 9.703/98) somente ocorre depois de encerrada a lide, o crédito tributário tem vida após o trânsito em julgado que o confirma.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100968572&dt_publicacao=17/08/2011>. Acesso em: 08 abr. 2021.

106 BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Artigos 18, 19 e 20. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

107 BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

108 BRASIL. Lei nº 9.703, de 17 de novembro de 1998. Dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9703.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

109 BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Inciso XXXVI do Artigo 5º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2020.

110 BRASIL. Lei nº 13.259, de 16 de março de 2016. Artigo 4º-A. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13259.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

intercorrente”, após o que se efetiva a extinção do crédito tributário definitivamente constituído^{111 112 113 114 115 116}.

111 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Artigo 156.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

112 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1120295/SP. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 12 de maio de 2010. Publicação em 21 de maio de 2010. “1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional” Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901139645&dt_publicacao=21/05/2010>. Acesso em: 06 abr. 2021.

113 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Jurisprudência. Súmulas. Enunciados. Súmula 106.

“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência.”

Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_7_capSumula106.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2021.

114 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1103050/BA, Ministro Relator: Teori Albino Zavascki, Primeira Seção. Julgamento em 25 de março de 2009. Publicação em 06 de abril de 2009. “1. Segundo o art. 8º da Lei 6.830/30, a citação por edital, na execução fiscal, somente é cabível quando não exitosas as outras modalidades de citação ali previstas: a citação por correio e a citação por Oficial de Justiça.” Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802698681&dt_publicacao=06/04/2009>. Acesso em: 05 abr. 2021.

115 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1120097/SP, Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 13 de outubro de 2010. Publicação em 26 de outubro de 2010. “1. A inércia da Fazenda exequente, ante a intimação regular para promover o andamento do feito e a observância dos artigos 40 e 25 da Lei de Execução Fiscal, implica a extinção da execução fiscal não embargada “ex officio” [...]”. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901137221&dt_publicacao=26/10/2010>. Acesso em: 04 abr. 2021.

116 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1340553/RS. Ministro

Relator: Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgamento em 12 de setembro de 2018.

Publicação em 16 de outubro de 2018. “2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.” Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201691933&dt_publicacao=16/10/2018>. Acesso em: 07 abr. 2021.

A hipótese de suspensão legal no prazo de 180 (cento e oitenta) dias não tem aplicação no caso de títulos tributários¹¹⁷.

A inação do executado tem efeitos legais, tais como a não expedição de Certidão Negativa de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União^{118 119} e o registro no Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais (Cadin)¹²⁰.

2. Inclusão de Corresponsável

A disposição normativa impõe que a solidariedade alcança, entre outras, “as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”, e a pessoalidade atinge “os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado” “responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou

117 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1054618/SP. Ministro Relator: Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Julgamento em 28 de outubro de 2008. Publicação em 26 de novembro de 2011. “1. A jurisprudência desta Corte é assente quanto à aplicabilidade do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 (suspensão da prescrição por 180 dias por ocasião da inscrição em dívida ativa) somente às dívidas de natureza não-tributária, devendo ser aplicado o art. 174 do CTN, para as de natureza tributária.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801157651&dt_publicacao=26/11/2008>. Acesso em: 06 abr. 2021.

118 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Denominado Código Tributário Nacional. Artigo 185. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

119 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo nº 1042585/RJ, Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 12 de maio de 2010. Publicação em 21 de maio de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800632652&dt_publicacao=21/05/2010>. Acesso em: 15 abr. 2021.

120 BRASIL. Lei nº 10.522, 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

infração de lei, contrato social ou estatutos”¹²¹ ¹²² ¹²³. A contemporaneidade é condição “sine qua non”, já que “não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal”¹²⁴.

A partir da análise do conjunto fático-probatório evidenciando a ocorrência dessas circunstâncias, a Procuradoria da Fazenda Nacional deve instaurar o Procedimento Administrativo de Reconhecimento de Responsabilidade (PARR) para inclusão do sócio ou terceiro imbuído da condição de gestor, “independentemente da denominação conferida, à época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária objeto de cobrança judicial”, nas situações, entre outras, de dissolução irregular da sociedade empresária e de infração à legislação tributária¹²⁵.

121 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Denominado Código Tributário Nacional. Artigos 124 e 135. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

122 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1455490/PR. Ministro Relator: Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgamento em 26 de agosto de 2014. Publicação em 25 de setembro de 2014. “1. A responsabilidade prevista no art. 135, do CTN, é pessoal dos sócios infratores e solidária entre os sócios infratores e a sociedade, sendo assim ilimitada, de modo que não enseja a exclusão da sociedade contribuinte da relação jurídico-tributária, podendo ser tanto seu patrimônio quanto o patrimônio do sócio responsável objeto de penhora.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401212506&dt_publicacao=25/09/2014>. Acesso em: 08 abr. 2021.

123 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo nº 1104900/ES, Ministra Relatora: Denise Arruda, Primeira Seção. Julgamento em 25 de março de 2009. Publicação em 01 de abril de 2009. “1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802743578&dt_publicacao=01/04/2009>. Acesso em: 06 abr. 2021.

124 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 174532/PR. Ministro Relator: José Delgado, Primeira Seção. Julgamento em 18 de junho de 2001. Publicação em 20 de agosto de 2001. “4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200001211480&dt_publicacao=20/08/2001>. Acesso em 07 abr. 2021.

125 BRASIL. **Ministério da Economia**. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Portaria PGFN nº 180, de 25 de fevereiro de 2010. Dispõe sobre a atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no tocante à responsabilização de codevedor. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=24372>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

O “procedimento de imputação de responsabilidade de terceiros com contraditório prévio” principia-se de ofício para averiguação da corresponsabilidade tributária com possibilidade de instauração de contencioso antes da inscrição do título. Distinto é o “procedimento de imputação de responsabilidade de terceiros com contraditório diferido”, com a finalidade de inaugurar a fase litigiosa após o feito executivo.

3. Incidente Assecuratório

Na fase preparatória ou no curso da ação judicial de constrição, a Procuradoria da Fazenda Nacional pode requerer ao magistrado que instaure, com efeitos imediatos e apensada ao processo principal, a medida cautelar fiscal de indisponibilidade de bens presentes e futuros do contribuinte ou responsável, ressalvados aqueles revestidos do atributo de impenhorabilidade em virtude de lei 126 127 128.

Esse instrumento, circunscrito ao poder geral de cautela, é meio de reforço assecuratório da execução do título cabível no caso de risco de perecimento da garantia e de salvaguarda do adimplemento da obrigação “ex lege” com característica de ser desprovida de provimento definitivo, já que não exaure a análise do direito material, podendo ser concedida desde que evidenciados o “fumus boni juris” e o “periculum in mora” pelo risco de sua não efetividade.

Podendo se basear no termo de arrolamento de bens emitido pela autoridade administrativa tributária federal¹²⁹, a peça inicial deve conter: “o Juiz a quem é dirigida”, “a qualificação e o endereço, se conhecido, do requerido”, “as provas que serão produzidas” e “o requerimento para citação”. Em sendo concedida liminar, a Fazenda Pública fica “dispensada de justificação prévia” e de “prestação de caução”.

126 BRASIL. Lei nº 8.397, de 06 de janeiro de 1992. Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências. Artigos 1º, 2º, 3º e 4º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8397.htm>. Acesso em: 06 nov. 2020.

127 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigo 833. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

128 BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

129 BRASIL. **Ministério da Economia**. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 1.565, de 11 de maio de 2015. Estabelece procedimentos para o arrolamento de bens e direitos e representação para propositura de medida cautelar fiscal. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=63953>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

A medida pode ser interposta anteriormente à constituição definitiva do crédito tributário, nas hipóteses em que o sujeito passivo “põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros” e “tem sua inscrição no cadastro de contribuintes baixada de ofício, pelo órgão fazendário”. Presumem-se válidos os fatos alegados se o executado permanecer silente após a notificação válida para apresentar a peça de defesa.

Decretada medida cautelar fiscal, serão cientificados os órgãos competentes que processem registros de bens e direitos a fim de cumprimento da contrição judicial, e a parte, para apelação ao tribunal. Observe-se que a qualquer tempo, o procedimento pode ser substituído “pela prestação de garantia correspondente ao valor da prestação”¹³⁰ (CONRADO. 2017, pp. 6347-6661).

4. Redirecionamento da Execução

O pressuposto de existência da pessoa jurídica de direito privado é o arquivamento dos atos, entre outros, de constituição, alteração, dissolução nos órgãos competentes para registro público que lhe conferem garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos negócios jurídicos para todos os efeitos legais¹³¹ (MAMEDE, 2020, pp. 953-994).

Tem-se que a sociedade empresária “que deixa de funcionar no endereço indicado no contrato social arquivado na junta comercial, desaparecendo sem deixar nova direção, comprovado mediante certidão de oficial de justiça, é presumivelmente

¹³⁰ BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Artigos 18, 19 e 20. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹³¹ BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

considerada como desativada ou irregularmente extinta”¹³² ¹³³. A falência societária pelo processo judicial regular não se subsume ao redirecionamento da execução ao sócio, ainda que inexista patrimônio suficiente para satisfazer a obrigação tributária¹³⁴. Tendo em vista a pacífica jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprova o entendimento sumulado no sentido de que presume-se “dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”, facultando a este a apresentação de um acervo fático-probatório a infirmar a corresponsabilidade pressuposta¹³⁵, sem necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica¹³⁶. As matérias

132 Superior Tribunal de Justiça . Recurso Especial nº 1129244 /PR. Ministra Relatora: Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgamento em 05 de novembro de 2009. Publicação em 20 de novembro de 2009. “1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração à lei, de modo a ensejar a redirecionamento da execução para a pessoa dos sócios. [...] 3. Em se tratando de sociedade que se extingue irregularmente, impõe-se a responsabilidade tributária do sócio-gerente, autorizando-se o redirecionamento, cabendo ao sócio-gerente provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. 4. A empresa que deixa de funcionar no endereço indicado no contrato social arquivado na junta comercial, desaparecendo sem deixar nova direção, comprovado mediante certidão de oficial de justiça, é presumivelmente considerada como desativada ou irregularmente extinta”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900512934&dt_publicacao=20/11/2009>. Acesso em: 06 abr. 2021.

133 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 702232/RS. Ministro Relator: Castro Moreira , Primeira Seção. Julgamento em 14 de setembro de 2005. Publicação em 26 de setembro de 2005. “1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500888180&dt_publicacao=26/09/2005>. Acesso em: 06 abr. 2021.

134 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1371128/RS, Ministro Relator: Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgamento em 10 de setembro de 2014. Publicação em 17 de setembro de 2014. “3. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 - onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência - ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300497558&dt_publicacao=17/09/2014>. Acesso em: 08 abr. 2021.

135 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Revista de Súmulas Súmula 435. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_42_capSumula431-435.pdf>. Acesso em 17 nov. 2020.

136 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1786311/PR. Ministro Relator: Francisco Falcão, Segunda Turma. Julgamento em 09 de maio de 2019. Publicação em 14 de maio de 2019. “V -

que tratam sobre o sócio que “tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida” e daquele que “ainda que não tenha exercido poderes de gerência” na mesma ocasião encontram-se aguardando julgamento pela sistemática de recurso especial repetitivo representativo da controvérsia¹³⁷. Em contraponto, essa circunstância está modulada em enunciado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”¹³⁸ ¹³⁹. Observe-se que na hipótese de se confirmar a corresponsabilidade, a prescrição se interrompe com a citação válida do sócio-gerente no prazo de 5 (cinco) anos a contar daquela que não se efetivou por falta de localização da sociedade empresária.

5. Exceção de Pré-executividade

Originária da doutrina e da jurisprudência, a exceção de pré-executividade, instrumento de resistência, formaliza-se por requerimento apresentado a qualquer

Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803305364&dt_publicacao=14/05/2019>. Acesso em: 06 abr. 2021.

137 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 1645333/SP. Ministra Relatora: Assusete Magalhães, Primeira Seção. Julgamento em 09 de agosto de 2017. Publicação em 24 de agosto de 2017. “À luz do art. 135, III, do CTN, o pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), pode ser autorizado contra: (i) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), e que, concomitantemente, tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida; ou (ii) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), ainda que não tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603209856&dt_publicacao=24/08/2017>. Acesso em: 05 abr. 2021.

138 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência. Revista de Súmulas. Súmula 430. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_41_capSumula430.pdf>. Acesso em 17 nov. 2020.

139 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1455490/PR. Ministro Relator: Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgamento em 26 de agosto de 2014. Publicação em 25 de setembro de 2014. “5. É possível afirmar, como fez o ente público, que, após alguma oscilação, o STJ consolidou o entendimento de que a responsabilidade do sócio-gerente, por atos de infração à lei, é solidária.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401212506&dt_publicacao=25/09/2014>. Acesso em: 04 abr. 2021.

tempo sobre a higidez do título, sendo “admissível na execução fiscal relativamente às matérias cognoscíveis peticionadas ou de ofício a qualquer tempo ou grau de jurisdição que não demandem dilação probatória”, inclusive questões atinentes à extinção do débito¹⁴⁰ ¹⁴¹ ¹⁴². Para a análise dessa petição não há recolhimento de custas. Cabe agravo de instrumento contra a decisão interlocutória desfavorável ao recurso de apelação contra a sentença judicial¹⁴³ (CONRADO, 2017, pp. 6003-6001).

6. Protesto Extrajudicial

De competência do Tabelião de Protesto de Títulos, que tem fé pública para abonar a “autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”, o

140 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência. Revista de Súmulas. Súmula 393. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula393.pdf>. Acesso em 16 abr. 2021.

141 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 915503/PR. Ministro Relator: Hélio Quaglia Barbosa, Primeira Seção. Julgamento em 23 de outubro de 2007. Publicação em 26 de novembro de 2007. “1. A exceção de pré-executividade é espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, admitida, conforme entendimento da Corte, nas hipóteses em que a nulidade do título possa ser verificada de plano, bem como quanto às questões de ordem pública, pertinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, desde que desnecessária a dilação probatória. Precedentes. 2. Os vícios e defeitos inerentes à substância da relação processual, no processo cognitivo, não são passíveis de reconhecimento de ofício, tampouco viabilizam a desconstituição do contido no título executivo, a não ser pela via incidental dos embargos do devedor, sede propícia à dilação probatória pertinente.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700040295&dt_publicacao=26/11/2007>. Acesso em: 04 abr. 2021.

142 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo nº 1104900/ES, Ministra Relatora: Denise Arruda, Primeira Seção. Julgamento em 25 de março de 2009. Publicação em 01 de abril de 2009. “2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802743578&dt_publicacao=01/04/2009>. Acesso em: 06 abr. 2021.

143 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo nº 1136144/RJ, Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 09 de dezembro de 2009. Publicação em 10 de fevereiro de 2010. “1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, aos pressupostos processuais e às condições da ação executiva, desde que não demandem dilação probatória (exceção “secundum eventus probationis”) [...]. 2. O espectro das matérias suscetíveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a arguição de prescrição e de ilegitimidade passiva do executado, que prescindam de dilação probatória. 3. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, é passível de ser veiculada em exceção de pré-executividade [...]”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900740705&dt_publicacao=01/02/2010>. Acesso em: 06 abr. 2021.

protesto extrajudicial “é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos”. Após o protocolo, o devedor é notificado para pagamento do valor devido com acréscimos dos encargos cartorários, sob pena de registro¹⁴⁴. Trata-se de instrumento de recuperação do crédito tributário definitivamente constituído legitimado exclusivamente pela Fazenda Pública¹⁴⁵ 146.

7. Embargos à Execução

No direito de ação, aperfeiçoada a relação jurídica com a citação válida, o devedor tem a faculdade de instaurar na fase contenciosa, com a interposição de embargos à execução fiscal em 30 (trinta) dias a contar da oferta de garantia¹⁴⁷ 148, como condição de procedibilidade e suspensão do feito ou prestação de garantia: penhora, inclusive “on-line” por bloqueio de ativos financeiros, de: depósito judicial; fiança bancária; seguro; título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; pedras e metais preciosos; imóveis; estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção; navios; aeronaves; veículos; móveis ou semoventes; e direitos e ações. Os bens

144 BRASIL. Lei nº 9.492, 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

145 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1686659/SP, Ministro Relator: Herman Benjamin, Primeira Seção. Julgamento em 28 de dezembro de 2018. Publicação em 11 de março de 2019. “A Fazenda Pública possui interesse e pode efetivar o protesto da CDA, documento de dívida, na forma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997, com a redação dada pela Lei 12.767/2012”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701792002&dt_publicacao=11/03/2019>. Acesso em: 07 abr. 2021.

146 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5135/DF. Ministro Relator: Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno. Julgamento em 09 de novembro de 2016. Publicação em 07 de fevereiro de 2018. “Fixação da seguinte tese: “O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjr380061/false>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

147 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigo 919. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

148 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1272827/PE. Ministro Relator: Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgamento em 22 de maio de 2013. Publicação em 31 de maio de 2013. “6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, [...] o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, [...] exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101962316&dt_publicacao=31/05/2013>. Acesso em: 09 abr. 2021.

apresentados serão objeto de avaliação judicial, cabendo impugnação pelo interessado, se este assim desejar¹⁴⁹ 150 151 152 153.

Embora com convergência pontual, diversos são os efeitos do oferecimento de garantia do juízo com o escopo de suspender a exigibilidade do crédito definitivamente constituído para fins de emissão de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União¹⁵⁴ que somente ocorre com o implemento de alguma hipótese contida no rol taxativo previsto no Código Tributário Nacional (CTN), entre outras: depósito do montante integral e em dinheiro, concessão de medida liminar em mandado de segurança, concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies

149 BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Artigos 5º a 15. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

150 150 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigo 854. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 abr. 2021.

151 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1184765/PA, Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 24 de novembro de 2010. Publicação em 03 de dezembro de 2010. "1. A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à "vacatio legis" da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras." Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000422264&dt_publicacao=03/12/2010>. Acesso em: 12 abr. 2021.

152 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo no Recurso Especial nº 1356581/SP. Ministro Relator: Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Julgamento em 09 de abril de 2019. Publicação em 16 de abril de 2019. "1. Segundo a jurisprudência desta Corte, os efeitos da adesão ao parcelamento fiscal aderido anteriormente aos embargos à execução fiscal é a extinção deste sem resolução do mérito [...]." Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802269673&dt_publicacao=16/04/2019>. Acesso em: 03 abr. 2021.

153 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1116287/SP, Ministro Relator: "1. A anulação da penhora implica reabertura de prazo para embargar, não assim o reforço ou a redução, posto permanecer de pé a primeira constrição, salvo para alegação de matérias suscetíveis a qualquer tempo ou inerente ao incorreto reforço ou diminuição da extensão da constrição." Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900063205&dt_publicacao=04/02/2010>. Acesso em: 09 abr. 2021.

154 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Denominado Código Tributário Nacional. Artigos 151 e 185. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

de ações judiciais, parcelamento do débito e compensação tributária^{155 156 157 158 159 160}
161 162 163 164 165.

155 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 669988/PR. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 15 de fevereiro de 2005. Publicação em 21 de março de 2005. "A suspensão da exigibilidade do crédito tributário vem definida o Código Tributário Nacional, vedando-se ao intérprete alargar as situações previstas em seu art. 151 em obediência ao princípio da legalidade." Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400901190&dt_publicacao=21/03/2005>. Acesso em: 08 abr. 2021.

156 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1031000/RS. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 19 de junho de 2002. Publicação em 07 de agosto de 2008. "6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão." Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800283841&dt_publicacao=07/08/2008>. Acesso em: 08 abr. 2021.

157 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência. Súmulas. Enunciados. Súmula 112. "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro." Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_8_capSumula112.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2021.

158 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo nº 1140956/SP. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 24 de novembro de 2010. Publicação em 03 de dezembro de 2010. "1. O depósito do montante integral do débito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, suspende a exigibilidade do crédito tributário, impedindo o ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Pública." Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900897539&dt_publicacao=03/12/2010>. Acesso em: 16 abr. 2021.

159 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 640905/SP. Ministro Relator: Luiz Fux, Tribunal Pleno. Julgamento em 15 de dezembro de 2016. Publicação em 01 de fevereiro de 2018. "7. O depósito do montante integral do crédito tributário impugnado judicialmente (art. 151, II, CTN) tem natureza dúplice, porquanto ao tempo em que impede a propositura da execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade. A sua conversão em renda equivale ao pagamento previsto no art. 156 do CTN, encerrando modalidade de extinção do crédito tributário." Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379423/false>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

160 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1759792/MG. Ministro Relator: Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgamento em 25 de setembro de 2018. Publicação em 21 de novembro de 2018. "2. É patente que a compreensão esposada pelo Tribunal local está de acordo com a pacífica orientação do STJ, que entende ser inviável a equiparação do seguro-garantia ou da fiança bancária ao depósito judicial em dinheiro e pelo montante integral para efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sob pena de afronta ao art. 151 do CTN." Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802042315&dt_publicacao=21/11/2018>. Acesso em: 16 abr. 2021.

161 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo nº 1156668/DF. Ministro Relator: Luiz Fux. Primeira Seção. Julgamento em 24 de novembro de 2010. Publicação em 10 de dezembro de

O objetivo dessa demanda cognitiva de resistência é evidenciar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo a fim de desconstituir a exigibilidade da obrigação “ex lege”, oportunidade em que se apresentam ao exequendo, como ônus de opor razões de fato e de direito em que se baseia, os pontos de divergência e as provas disponíveis com característica de dilação probatória mínima, sob pena de preclusão. Observe-se que as “informações sigilosas das partes devem ser juntadas aos

2010. “1. A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte [...]” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901753941&dt_publicacao=10/12/2010>. Acesso em: 16 abr. 2021.

162 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1548096/RS. Ministro Relator: Humberto Martins, Segunda Turma. Julgamento em 15 de outubro de 2015. Publicação em 26 de outubro de 2015. “5. A concessão de liminar em mandado de segurança é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV, do CTN) e não de interrupção; assim, revogada a liminar pela Corte de apelação recomeça a contagem do prazo prescricional de onde havia parado, contabilizando-se, portanto, o prazo já decorrido antes do deferimento da liminar.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501938015&dt_publicacao=26/10/2015>. Acesso em: 16 abr. 2021.

163 BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.

164 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 640905/SP. Ministro Relator: Luiz Fux, Tribunal Pleno. Julgamento em 15 de dezembro de 2016. Publicação em 01 de fevereiro de 2018. “8. O parcelamento tributário, concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, que não dispensa o sujeito passivo dos encargos relativos à mora, à luz do disposto no artigo 151, VI, CTN, encerrando hipótese diversa do depósito judicial que, uma vez efetuado, exonera o contribuinte dos acréscimos moratórios e demais encargos legais decorrentes do inadimplemento da obrigação tributária.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379423/false>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

165 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo nº 1008343/SP, Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 09 de dezembro de 2009. Publicação em 01 de fevereiro de 2010. “1. A compensação tributária adquire a natureza de direito subjetivo do contribuinte (oponível em sede de embargos à execução fiscal), em havendo a concomitância de três elementos essenciais: (i) a existência de crédito tributário, como produto do ato administrativo do lançamento ou do ato-norma do contribuinte que constitui o crédito tributário; (ii) a existência de débito do fisco [...]; e (iii) a existência de lei específica, editada pelo ente competente, que autorize a compensação, “ex vi” do artigo 170, do CTN.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702750399&dt_publicacao=01/02/2010>. Acesso em: 10 abr. 2021.

autos do processo que correrá em segredo de justiça”166 167 168 169. A sentença com provimento parcial ou total sujeita-se a reexame necessário, e daquela desfavorável cabe apelação pelo executado, em regra, com efeito suspensivo170.

Vale esclarecer que há possibilidade de juízo de retratação por parte da Fazenda Pública, pois se “antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida

166 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

167 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063/DF. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento em 18 de maio de 1994. Publicação em 27 de abril de 2001. “Substantive due process of law” e função legislativa: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive “due process of law” reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur104079/false>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

168 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1349363/SP, Ministro Relator: Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgamento em 22 de maio de 2013. Publicação em 31 de maio de 2013. “1. Preliminarmente, quanto à ponderação de desafetação do recurso feita pela Fazenda Nacional observo que pouco importa ao julgamento do feito a caracterização das informações como sujeitas ao sigilo fiscal (declaração de rendimentos e bens do executado) ou ao sigilo bancário (informações sigilosas prestadas via BACENJUD), pois o que se examina verdadeiramente é a correta ou incorreta aplicação do art. 155, I, do CPC, que não discrimina o tipo de sigilo que pretende tutelar.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202189619&dt_publicacao=31/05/2013>. Acesso em: 11 abr. 2021.

169 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial Repetitivo nº 1112416/MG, Ministro Relator: Herman Benjamin, Primeira Seção. Julgamento em 27 de maio de 2009. Publicação em 09 de setembro de 2009. “3. O termo inicial para a oposição dos Embargos à Execução Fiscal é a data da efetiva intimação da penhora, e não a da juntada aos autos do mandado cumprido.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900456132&dt_publicacao=09/09/2009>. Acesso em: 06 abr. 2021.

170 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigos 496 e 1012. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2021.

Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes” 171 (CONRADO, 2017, pp. 5634-6003).

8. Arrematação

Com o trânsito em julgado dos embargos de execução rejeitados, a marcha processual ruma à citação válida da sociedade empresária seguida da arrematação dos bens garantidores, fase em que o feito é considerado perfeito, acabado e irretroatável. A arrematação efetiva-se em leilão público, mesmo que sobrevenham decisões judiciais, casos em que cabe reparação dos danos experimentados¹⁷². Quando realizada por preço vil ou for verificado vício, a medida é declarada inválida, e se não for pago o preço ou se não for prestada a caução torna-se ineficaz ou resolvida. Uma vez provocadas tais hipóteses, cabe ao magistrado solucionar adversidades sobre essas circunstâncias em até 10 (dez) dias após o aperfeiçoamento do feito. Corrido esse prazo, são expedidas a carta de arrematação, a ordem de entrega ou o mandado de imissão na posse, conforme o caso (MARINS, 2019, pp. 27431-29050).

9. Taxa de Congestionamento

Conforme dados censitários do Conselho Nacional de Justiça¹⁷³ de 2019, as execuções fiscais representam 39% (trinta e nove por cento) do total do acervo, fator este identificado como determinante da morosidade no Poder Judiciário. Dada a falta de êxito da cobrança administrativa amigável do crédito tributário definitivamente constituído de difícil recuperação, especificamente na esfera federal, a taxa de congestionamento de ações dessa natureza encontra-se na ordem de 93% (noventa e três por cento), já que “o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária”.

Considerações Finais

Tendo como parâmetros os princípios constitucionais, suscite-se que a formação do título executivo extrajudicial de dívida ativa da União contra a sociedade empresária, que nasce após o esgotamento do prazo de cobrança administrativa

171 BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Artigo 26. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

172 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigo 903. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

173 BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça.** Publicações e Pesquisas. Justiça em Números 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

amigável do crédito tributário definitivamente constituído, pressupõe o registro em órgão da Procuradoria da Fazenda Nacional com base na lei ordinária especial, aplicando-se-lhe a norma geral subsidiariamente. Tal formação tem como escopo o adimplemento adequado da obrigação "ex lege". A petição inicial apresentada no juízo competente acompanhada da Certidão da Dívida Ativa induz à citação válida do executado para pagamento ou apresentação de penhora de bens para assegurar a suspensão do procedimento, desde que não alcançada pelo prazo prescricional.

Sobre a inclusão de corresponsável pela parte ativa, defende-se que a inserção de terceiro a compor a pluralidade de sujeição passiva solidária no título depende de comprovação das circunstâncias da conduta daquele que tem poder de gestão da sociedade empresária, tais como ter interesse jurídico comum na ação econômica que se subsume ao fato gerador ou ter agido com infração às prescrições contidas no ato constitutivo societário.

No incidente de medida cautelar fiscal do exequente, expõe-se que é providência de reforço de garantia do adimplemento do débito a indisponibilidade de bens presentes e futuros do executado.

Em matéria sumulada encontra-se o redirecionamento da execução, denotando-se que em caso de dissolução irregular da pessoa jurídica o sócio-gerente fica obrigado ao recolhimento da dívida fiscal.

A exceção de pré-executividade objetada pelo devedor é efetivada por requerimento oposto em sede de execução fiscal, estabelecendo-se matérias de ordem pública comprovadas de plano suficientes a obstaculizar a marcha do feito judicial.

O protesto extrajudicial cartorário é instrumento de que se vale o sujeito ativo como meio administrativo de cobrança do valor devido.

Os embargos à execução são oponíveis pelo sacramento legal com dilação probatória mínima para instauração da fase contenciosa de faculdade da pessoa jurídica para discussão da exigência, que tem como condição de procedibilidade a apresentação de garantias suficientes para suspender a execução fiscal, tais como: depósito judicial, nomeação de bens passíveis de penhora ainda que "on-line", seguro garantia ou fiança bancária. Cabe ressaltar que, para fins de emissão de certidão positiva com efeito de negativa de débitos, é necessário à sua segurança que aquela se enquadre em uma das hipóteses taxativas da lei complementar que trata das normas gerais em matéria tributária.

Na arrematação dos bens garantidores considera-se a fase em que a execução torna-se perfeita, acabada e irretratável, caso em que mediante leilão dos bens aperfeiçoa-se a quitação da importância inscrita.

A celeridade da efetividade da prestação jurisdicional é muito impactada pela elevada taxa de congestionamento das ações dessa natureza em decorrência da improvável recuperação na justiça federal, havendo um histórico de recebimentos frustrados na via administrativa.

No âmbito da temática atual e relevante, o feito de constrição judicial do título tributário com natureza de receita derivada que se destina ao financiamento das despesas estatais encontra-se no contexto da preponderância do interesse público como preço da liberdade. Na busca da segurança jurídica e da justiça fiscal, o direito de a Fazenda Nacional promover a execução contra a sociedade empresária deve se pautar pelo diálogo entre as normas e os entendimentos jurisprudenciais por vezes vinculantes a fomentar o seu desenvolvimento, dada a complexidade inerente da exegese da legislação tributária.

Referências Bibliográficas

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (e-pub)

BECHO, Renato Lopes. **Responsabilidade tributária de terceiros ctn, arts. 134 e 135**. São Paulo: Saraiva, 2014a. (e-pub).

_____. **Execução Fiscal análise crítica**. São Paulo: Noeses, 2018b. (e-pub).

CONRADO, Paulo Cesar. **Execução fiscal**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2017. (e-pub)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (e-pub)

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020. (e-pub)

MAMEDE, Gladston. **Direito societário brasileiro. direito societário. sociedades simples e empresárias**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. (e-pub)

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro administrativo e judicial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (e-pub).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (e-pub)

NUNES, Cleucio Santos. **Curso completo de direito processual tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. (e-pub)

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2020a. (e-pub).

____; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schoder. **Lei de processo tributário comentadas processo administrativo fiscal, protestos extrajudicial de títulos e execução fiscal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018b. (e-pub).

SHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (e-pub).

ANGELO EDUARDO CAVENAGE:

Bacharelado do curso de Direito
pela Universidade BRASIL -
Campus Fernandópolis (SP)

ROBERTA FAVALESSA DONINI

THALITA TOFFOLI PÁES

(orientadores)

RESUMO: Este artigo traz a lume e chama atenção, para uma das formas de blindagem patrimonial, mediante a exploração do tema “Recuperação Judicial”, com abordagem para o âmbito empresarial, alinhavado nas legislações e decisões judiciais, em especial na aplicação e interpretação da Lei nº. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Tendo como finalidade a de contribuir para este assunto tão palpitante, principalmente na forma adequada de sua aplicação e de proteção do patrimônio econômico, financeiro e social. A metodologia empregada é a da revisão bibliográfica, estando dividida didaticamente em três capítulos. O primeiro capítulo trata da evolução histórica da recuperação judicial, de modo que possa ser compreendido o seu conceito e natureza, diante da legislação brasileira. O segundo capítulo analisa a recuperação judicial como remédio para a crise econômico-financeiro das empresas. E finalmente, o terceiro capítulo analisa os efeitos decorrentes da concessão da recuperação judicial.

Palavras-chave: Crise Econômico-Financeiro das Empresas. Papel Social da Recuperação Extrajudicial e Judicial. Recuperação Judicial. Processo de Recuperação Judicial.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 LEGISLAÇÃO QUE RESPALDA A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, JUDICIAL E DE FALÊNCIA. 1.1 Antecedentes Históricos da Lei de Falência. 2 PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: 2.1 Fase Postulatória do Benefício; 2.2 Legitimidade Exclusiva Ativa e Impedimentos; 2.3 Processamento da Recuperação Judicial; 2.4 Formalidade do Pedido; 2.5 Fase de Processamento ou Deliberativa; 2.6 Habilitação e Impugnação dos Credores; 2.7 O Plano de Recuperação; 2.8 Auxiliar do Juiz – Administrador Judicial; 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo a análise da Lei nº. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, reguladora do instituto da Recuperação Judicial, Extrajudicial e de Falência, aplicada às entidades privadas. Este diploma legal, tem como um dos seus pressupostos, salvaguardar o patrimônio empresarial aquilatado ao longo das atividades empresariais, atividades estas que passam pela geração de empregos

diretos e indiretos, de impostos para manutenção das atividades governamentais, bem como pela busca de lucros e conseqüentemente a distribuição de dividendos para os sócios, que é o combustível imprescindível para manutenção dos investimentos e desenvolvimento contínuo das atividades empresárias. (BRASIL, 2005)

No decorrer destas atividades, seja por motivo de concorrência, interferência governamental, caso fortuito ou força maior, as sociedades empresarias tendem a atravessar por períodos de turbulências e sérias crises econômica ou financeira, e para tanto, contam com respaldo da lei em apreço, como uma das formas de solver suas dívidas.

Devido ao alto custo da descontinuidade das sociedades empresarias, a lei nº. 11.101/2005 foi um grande avanço, não só pela sua transparência, como também pela exigência de sua condução por profissionais altamente qualificados e de uma fiscalização rígida por toda sociedade civil.

Antes da implementação da lei em foco, as até então vigentes eram totalmente desfocadas da realidade e com pouca ou quase nenhuma eficácia.

No entanto deve-se observar, que tanto na Recuperação Judicial, Extrajudicial e mesmo na Falência, exige-se muito tato no trato com as pessoas físicas e ou jurídicas envolvidas, sejam elas seus clientes, colaboradores, empresas privadas ou públicas, órgãos governamentais, sócios-proprietários, etc.

De modo que este "*feeling*" propicia um ambiente favorável à empresa e ao empresário gestor, que buscam alcançar seus objetivos, através da utilização desta ferramenta tão salutar à recuperação da empresa em descontinuidade, não sendo demais deixar registrado que o responsável por esta negociação deve ter a flexibilidade suficiente e necessária para negociar, buscando o resultado desejado pela negociação, e ao mesmo tempo oferecer segurança jurídica aos que forem por ela alcançados, o que não é fácil, em virtude da debilidade da empresa, o que não acontece em uma negociação simples de mercado, em que não há garantias.

Por este prisma, o maior benefício, aos devedores e credores, é o de negociar novos prazos de recebimentos e de pagamentos, mediados por um complexo processo de intervenção de sujeitos que o resguardam. Ainda que seja na recuperação extrajudicial, que neste caso haverá necessidade da homologação judicial.

Diante dos benefícios como os elencados e por ser a Recuperação Judicial das empresas em crise, uma das mais completas ferramentas colocadas à disposição da sociedade em descontinuidade, é que direcionamos o foco deste trabalho, como forma de contribuir e discutir como este processo de preservação se dá na prática, devolvendo sua função social de geração de empregos, impostos e riquezas.

Em um primeiro momento, buscaremos registrar a evolução da legislação brasileira referente à situação de empresários em descontinuidade. Ressaltando que apesar da Recuperação Judicial ser recente, e um instituto pouco conhecido, sua existência ainda que incipiente vem desde o Brasil colônia, através da aplicação dos ordenamentos jurídicos ao devedor em processo de insolvência.

A par destas inovações na legislação, será demonstrado como deve ser levado a cabo o "*modos operandi*" frente aos princípios consuetudinários e constitucionais.

Forte neste foco e nestas premissas, o trabalho avançará para a fase de demonstração dos mecanismos utilizados nos procedimentos de uma recuperação judicial de empresas, analisando não só a evolução da lei, como também da doutrina que a respalda e os sujeitos da relação processual e procedimental, trazendo à baila e por via de consequência o papel dos atores nela envolvidos e de seus auxiliares, tudo mediante a fiscalização do Ministério Público.

Por serem partícipes e essenciais à higidez da utilização desta ferramenta colocada à disposição das empresas, estes personagens devem atuar em conjunto ou separadamente, de forma independente na fiscalização do real cumprimento do processado, visando tutelar os direitos coletivos difusos, em virtude de que seu resultado interfere diretamente nos anseios da sociedade como um todo.

1 LEGISLAÇÃO QUE RESPALDA A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, JUDICIAL E A FALÊNCIA

Neste capítulo em linhas gerais discorreremos sobre a evolução histórica da legislação empresarial e das empresas, desde seu envolvimento no mundo dos negócios, na busca pela sua perpetuação, de sua segurança jurídica, e por último a sua preservação, utilizando-se da ferramenta denominada Recuperação Judicial, que lhe proporciona e assegura durante razoável espaço de tempo um folego para preservação e proteção do seu patrimônio econômico-financeiro. Não sendo demais asseverar e destacar que houve um avanço considerável na doutrina, na legislação e na jurisprudência atinente a viabilidade da situação econômico-financeira das empresas.

1.1 Antecedentes Históricos da Lei de Falência

Originária do Direito Romano, a falência se confundia com o conceito de obrigação.

Neste diapasão, o devedor pagava suas obrigações com a perda da liberdade ou de sua vida.

Surgindo como forma de solvência a utilização do Direito Quiritário, que transferia os préstimos do devedor ao credor, por um período de 60 (sessenta) dias,

devendo pessoalmente prestar ao credor. Não solucionado o débito nesse intervalo de tempo, o credor podia vendê-lo como escravo, ou até mesmo matá-lo e esquartejá-lo repartindo-lhe o corpo com o número de credores.

Vindo desde então, com a promulgação da Lex Poetelia Papira, execução patrimonial dos bens do devedor, em detrimento da sua responsabilidade pessoal.

Em seguida veio a Lex Julia Bonorum, com a *cessio bonorum*, ou seja, o devedor entregava seus bens ao credor, que com a sua venda solveria seu débito, assemelhado ao Direito Falimentar. (ARÊAS, 2015; FIGUEIREDO, 2015; MAMEDE, 2008; VERTELO 2010)

Prevalendo já na Idade Média a tutela estatal, com submissão dos credores à disciplina judiciária, rigidamente disciplinado, com a obrigatoriedade dos credores habilitarem seus crédito em juízo.

Destaca-se que foi justamente neste período que o comércio, principalmente o marítimo, atinge vertiginoso crescimento nas cidades italianas.

O termo falência, vem do verbo latino “fallere”, com a definição de enganar, falsear, sentido pejorativo, faltar com a palavra, com a confiança, incorrer em culpa, cometer falha.

Neste período a falência não tinha destinação certa, tanto era destinada ao devedor, comerciante ou não. Uma espécie de insolvência generalizada.

Destinado somente ao comerciante, somente com a introdução do Código Napoleônico, Código Comercial francês, de 1807, com inúmeras restrições ao falido.

Desde então a legislação, passou a ter caráter meramente econômico-social.

O Brasil, por ser colônia de Portugal, adotou suas regras jurídicas desde então.

A princípio o Brasil seguiu as regras das Ordenações Afonsianas, que não cuidava especificamente da quebra do comerciante, vindo a ocorrer somente mais tarde com a Lei de 8 de março de 1595, instituída por Filipe II, que foi alterada em 1603, que se tornou o Título LXVI do Livro V das Ordenações Filipinas. (ARÊAS, 2015; FIGUEIREDO, 2015; MAMEDE, 2008; VERTELO 2010)

Sendo importante destacar e registrar que nesse intervalo de tempo, em 1521 vigia as Ordenações Manuelinas, que culminava com a prisão do devedor, em caso de falência, enquanto permanecesse insolvente com credor. Que para se ver livre da prisão, tinha como opção transferir seus bens ao credor para não ser levado ao cárcere.

Da mesma forma evoluiu, para em lugar da prisão, impingir o concurso de credores, priorizando o credor que tivesse a iniciativa da execução, no entanto permaneceu a pena de reclusão em caso de inexistência de bens para fazer face ao pagamento de seus débitos.

De outra sorte, as Ordenações Filipinas de 1603, institui a quebra dos comerciantes, fazendo distinção entre mercadores “que se levantavam com fazenda alheia” e os que cáissem “em pobreza sem culpa sua”, comparando os primeiros aos ladrões públicos, tirando-os definitivamente do comércio e imputando-lhes penas, enquanto que os comerciantes podiam se entender com os credores, fazendo verdadeira distinção entre a falência culposa e a sem culpa. (ARÊAS, 2015; FIGUEIREDO, 2015; MAMEDE, 2008; VERTELO 2010)

As referidas Ordenações Filipinas disciplinavam o concurso de credores, tendo prioridade o credor que tomasse a iniciativa da execução e na inexistência de bens pelo devedor era prevista sua prisão.

Os que sofriam a pena de degredo (exílio) eram apenados no Brasil, e se a coisa de valia de dez mil réis até vinte mil réis, era degradado para sempre; sendo de maior valia de vinte mil réis para cima, eram apenados com a morte.

Desde o surgimento em 1756, do Alvará instituído pelo Marquês de Pombal, marco decisivo no Direito Falimentar brasileiro, pela introdução do processo de falência mercantil, através do juízo comercial, passou a ser aplicado exclusivamente aos comerciantes, mercadores ou homens de negócio.

Impondo ao falido a apresentação à Junta do Comércio, devendo prestar juramento, quanto a verdadeira causa da falência. Devendo ainda, entregar a chave dos estabelecimentos, e declarar todos seus bens, efetuar a entrega de seu Livro Diário, com o lançamento de todos os assentos de todas as mercadorias, contendo as despesas efetuadas.

Cumprida as exigências era feita a convocação dos credores através de publicação de edital. Da arrecadação de seus bens, dez por cento eram destinados ao próprio falido, para que esse pudesse sustentar a si mesmo bem como a sua família. O restante era repartido entre os credores. E caso a falência fosse fraudulenta, a prisão do comerciante era decretada, seguindo o devido processo penal.

A partir da Independência do Brasil, por mandamento da Lei de 1850 (Lei da Boa Razão), adotou-se o Código Comercial francês. (ARÊAS, 2015; FIGUEIREDO, 2015; MAMEDE, 2008; VERTELO 2010)

Brasil República, principais Leis: Decreto 917/1890, introduz no Direito Falimentar brasileiro, meios preventivos à decretação da falência, como a concordata

preventiva, a moratória, e a cessão de bens e o acordo extrajudicial, a legislação não teve grandes méritos. O decreto possuía defeitos, apesar de ter contribuído imensamente ao ordenamento com: a moratória, cessão de bens e o acordo preventivo. Tais instituições foram responsáveis pela entrada das fraudes.

Isso porque o devedor tinha certa facilidade em afastar a decretação da falência, pelo emprego de meios preventivos, a autonomia excessiva dos credores, e, sobretudo o afastamento do sistema na aplicação da lei, pelo cancelamento dos princípios que a inspiram, concorreram para o descrédito desse decreto.

A Lei n 859/1902 surgiu com o importante intuito de acabar com a fraude existente no período do Dec. n 917/1890.

Buscou vedar os abusos decorrentes da impunidade cujos beneficiários eram os devedores bem como as vantagens tidas pelos credores. Não resultou no êxito esperado.

Com a vinda da Lei n 2.024/1908, bem mais sistematizada e que permaneceu vigente por 21 anos, até a vinda do Dec. n 5.746/1929, que tratou da Lei de falência.

Valendo destacar:

- a) Submissão das sociedades anônimas à falência; b) Introdução do rito breve para as chamadas falências sumárias de pequeno passivo; c) Regulamentação da falência das concessionárias de obras ou de serviços públicos; d) Introdução do Ministério Público como curador das massas falidas, determinando sua notificação de todos os autos quando sua assistência se tornasse útil em bem da ordem pública; e) Proibição do Ministério Público requerer a falência; f) Fixação do critério da impontualidade e de alguns atos indicativos de falência como caracterizadores da quebra, tal como ocorre no sistema atual; g) Estabelecimento da nulidade de certos atos do devedor anteriores à falência.

O Decreto reelaborou poucos pontos da Lei, mas ainda que não significativos, atendeu à demanda de exigências das condições ambientais, causadas pela Primeira Guerra Mundial.

Por outro lado, reduziu substancialmente a quantidade de síndicos, passando de 3 (três) para somente 1 (um) e ao mesmo tempo determinou a % (porcentagem) incidentes em relação ao créditos, necessários para concessão de concordata preventiva.

Já com a implementação do Decreto-Lei 7.661/1945, significativas alterações foram apresentadas, assim delineadas: supressão das Assembleias dos Credores, reduzindo drasticamente sua influência, adequando e normatizando os poderes dos magistrados na concordata (preventiva e suspensiva), que deixou de ser um contrato escrito, para em seu lugar ser um benefício concedido pelo Estado, mediante a intervenção de Juiz, como forma de ajustar as finanças do devedor infeliz e honesto.

Neste aspecto o processo de falência deveria atender a 2 (duas) etapas: 1) detalhar e passar por análise acurada pela vida econômica do falido e da sua conduta na atividade profissional; 2) qual seria a forma utilizada para resolver a questão patrimonial da falência.

Assim, da mesma forma que nas legislações anteriores, o Decreto-Lei 7.661//1945, passou por amplas reformas e bastante significativas, como: reorganização econômica e financeira da empresa e a sua nova função social com a sua manutenção, de modo a adequar aos princípios da nova Constituição e organização social.

No tocante a Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e de Falências) em vigor, destaca-se como princípios:

- 1) Em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do país.
- 2) A empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se confundindo com a pessoa natural ou jurídica que a controla.
- 3) Sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações o Estado deve dar instrumentos e condições para que empresa se recupere, estimulando, assim a atividade empresarial.
- 4) Caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.

5) Os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos.

6) É necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.

7) É preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que atravancava seu curso.

8) Deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídicas aos institutos.

9) Participação ativa dos credores: é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito.

10) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte, não podendo ser inviabilizada a recuperação pela excessiva onerosidade do procedimento.

11) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial, visando coibir as falências fraudulentas. (BRASIL, 2005)

Aspectos inovadores:

- 1) Extinção da concordata preventiva e suspensiva;
- 2) Alteração da denominação síndico para administrador;
- 3) Criação do comitê de credores (zelar pelo bom andamento do processo de recuperação judicial e da falência);

- 4) Criação da assembleia geral de credores (aprovar, modificar, o plano de recuperação judicial apresentados pelo devedor e, na falência constitui o comitê;
- 5) Ampliação das formas de realização do ativo, e a possibilidade de modalidades não expressa na lei;
- 6) Limitação da preferência do crédito trabalhista a cento e cinquenta salários mínimos por credor.

2 PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O estudo dos efeitos decorrentes da concessão da recuperação judicial de uma empresa exige a adequada compreensão de seu procedimento, tendo em vista se tratar de um processo complexo e dotado de diversos atos de natureza econômica. Apesar de tais procedimentos encontrarem-se previstos na Lei nº 11.101/05, imprescindível se faz a análise e diferenciação de duas etapas importantes desse processo: o deferimento de seu processamento e a concessão da recuperação judicial. (BRASIL, 2005)

A partir desse ponto, tem-se o início de um processo voltado para a reestruturação econômica de uma empresa em crise, através da atuação do Poder Judiciário, quem irá gerir e supervisionar todo o procedimento recuperatório, tendo em vista ter sido este o meio escolhido pelo devedor para efetuar o pagamento de seus credores e garantir a sobrevivência de sua empresa.

Em síntese, o processo de recuperação judicial divide-se em 3 (três fases) distintas a saber: 1 - fase postulatória; 2 - fase deliberativa; e 3 - fase de execução.

Neste aspecto, Fábio Ulhoa Coelho nos esclarece de como categórico, em seus Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, como elas devem acontecer em todas as suas fases:

Na primeira, que se pode chamar de fase postulatória, o empresário individual ou a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento do benefício. Ela se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido (art. 52). Na segunda fase, a que se pode referir como deliberativa, após a verificação de crédito (arts. 7º a 20), discute-se e aprova-se um plano de reorganização (art. 53). Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício (art. 58). A derradeira etapa do processo, chamada de fase de execução, compreende a

fiscalização do cumprimento do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo (art. 63). (COELHO, 2011)

Múltiplas são as formas que podem ser utilizados para a recuperação judicial da empresa, bastando haver concordância entre o devedor (empresário ou sociedade empresária) e a maioria de seus credores, na forma que se estudará. Não há limitação ao abatimento no valor das dívidas e/ou dilação do prazo para pagamento, embora seja possível prever essa solução.

A recuperação judicial é uma medida para evitar, a quebra, a falência de uma empresa. Ela é requerida quando a empresa não tem mais condições de pagar suas dívidas.

O processo de recuperação judicial se desenvolve em 3 (três) etapas:

- 1) fase postulatória (ingresso da ação em juízo);
- 2) fase deliberativa (votação do plano de recuperação)
- 3) fase executória (executa o plano de recuperação aprovado pelos credores).

2.1 Fase Postulatória ao Benefício

É a primeira fase, a do requerimento do processo referente ao benefício da Recuperação Judicial. Nessa fase, será protocolada a petição inicial com todos os documentos apontados pela lei 11.101/05. (BRASIL, 2005)

No conteúdo do pedido deverão ser expostas as causas da situação do devedor e os motivos da crise, para que sejam avaliadas as possibilidades de recuperação da empresa. Junto com essas informações será necessária a apresentação das demonstrações contábeis relativa aos três últimos exercícios sociais, extratos atualizados.

Nessa fase, segundo Mamede, o advogado deverá pedir os seguintes documentos:

- a) Exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;
- b) Demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, composta necessariamente de:

I – Balanço patrimonial:

Como o balanço é documento contábil de produção obrigatória, o empresário ou sociedade empresária apresentará os balanços relativos aos últimos três exercícios, tenham sido publicados ou não; se a sociedade produz balanços em períodos inferiores a um ano civil, deverá juntar todos aqueles que foram produzidos nos últimos três anos e não apenas os três últimos balanços, sob pena de não atender à mens legis.

II - Demonstração de resultados acumulados:

A demonstração do resultado desde o último exercício social, exigida pelo artigo 51, II, c, da Lei 11.101/05, é relatório contábil produzido especificamente para instruir o pedido.

III – Demonstração do resultado desde o último exercício social:

Exigida pelo artigo 51, II, c, da Lei 11.101/05, é relatório contábil produzido especificamente para instruir o pedido; ainda assim, deve ser elaborada e assinada por contabilista registrado no Conselho Regional de Contabilidade.

IV – Relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção:

Deve indicar as alterações ocorridas, durante o exercício, no saldo de caixa e equivalentes de caixa, segregando-se essas alterações em, no mínimo, três fluxos:

(1) operações, (2) financiamentos e (3) investimentos.

c) Relação nominal completa de credores;

d) Relação nominal de empregados:

A relação dos empregados, a exemplo da relação de credores, será nominal, devendo informar, além do nome completo do trabalhador, a respectiva função, o salário e valores pendentes de pagamento. Não se exige, também aqui, qualificação (nacionalidade, estado civil), nem documentos de identificação (número no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou número da Carteira de Identidade).

e) e) Documento do registro no comércio;

f) f) Relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

- g) g) Extrato de contas bancárias e transações financeiras;
- h) h) Relações de ações judiciais;
- i) i) Certidões de cartório e protestos.

O pedido de recuperação judicial suspende a tramitação de eventuais pedidos de falência e ações de execução contra o devedor, mas pedidos de falência ainda podem ser deferidos caso haja descumprimento das condições estabelecidas no plano de recuperação.

Recebendo a petição inicial de recuperação judicial da empresa, o juiz poderá indeferir-la nas hipóteses listadas pelo Código de Processo Civil, como inépcia da inicial, ilegitimidade de parte, carência de interesse processual, impossibilidade jurídica do pedido. Também deveria ser indeferida a petição que não estivesse instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, remetendo ao artigo 51 da Lei 11.101/05, há pouco estudado.

Ainda, para que o recorrente possa entrar com o pedido, são necessários quatro requisitos:

- j) a) A sociedade empresarial não pode estar falida;
- k) b) A sociedade deve ter suas atividades econômicas fornecidas no mínimo há dois anos;
- l) c) A próxima exigência para recuperação judicial, consiste em a sociedade não tenha feito o processo há menos de cinco anos, pois se isso ocorrer, discorre da certeza de que a empresa não tem capacidade para o exercício da atividade empresarial;
- m) d) E por último, não menos importante, não pode nenhum um dos sócios terem sido condenados por crime falimentar, somente no caso de terem sido já reabilitado. (MAMEDE, 2008)

Da mesma forma estas formalidades devem ser cumpridos para a concessão do pedido de recuperação judicial por previsão dos arts. 51 a 53 da LRE.

2.2 Legitimidade Exclusiva Ativa e Impedimentos

Aspectos relevantes da lei de recuperação judicial é a de assegurar, que a legitimidade ativa é exclusiva do devedor. No escólio de Negrão (2011), ao devedor

lhes são impostos três requisitos a saber: 1) regularidade de registro; 2) a regularidade de exercício; 3) o exercício da atividade empresarial há mais de 2 anos.

Portanto atendem o primeiro requisito, os empresários devidamente inscritos junto a Junta Comercial, e desde que atendem as especificações do Código Civil de 2002.

Estar regular com as atividades empresariais, pelo período de 2 (dois) anos, sob pena de ser indeferido sua solicitação de recuperação.

Exercício da atividade regular de empresário, nos termos do art. 982 do Código Civil/2002, salvo melhor entendimento, são as exceções ali previstas, tendo por objetivo o exercício de atividade própria de empresário sujeito à registro. Portanto, é aquela com estrutura empresarial com o fim de exercer atividade econômica de produção e circulação de bens e serviços. A empresa tem que estar ativa, até mesmo na recuperação para que possa iniciar e concluir o processo. (BRASIL, 2002)

Nos casos de falecimento da pessoa natural que exerce a atividade empresarial, são legítimos para requerer a recuperação judicial também o cônjuge sobrevivente, os herdeiros e nos casos de falecimento da pessoa natural que exerce a atividade empresarial, são o inventariante, nos termos do artigo 48 da Lei 11.101/2005.

Mesmo com a ausência do devedor por motivo de falecimento cabe a seus familiares diretos a responsabilidade de responder pela empresa em atividade econômica, ativa e regular, durante o processo de recuperação.

O processo de recuperação judicial, pode ser negado se o devedor se enquadrar dentro das três classes a seguir: "não ser falido, não ter se submetido anteriormente a regime de recuperação e não ter sido condenado por crimes previstos na lei."

Ainda que se vislumbre ao atendimento dos requisitos formais do pedido de recuperação judicial, por estar a empresa em crise econômica e financeira, se o solicitante já tiver recorrido a esse expediente a menos de 5 anos, e estar já na situação de falência ou ter antecedentes criminais, nada poderá ser feito nos casos mencionados acima, pois estão amparados pela lei. No mesmo sentido na situação das empresas públicas e sociedades economistas, que também lhes são vetados o direito de recuperação judicial.

2.3 Processamento da Recuperação Judicial

Por previsão do artigo 3º da Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005:

É competente para homologar o plano de extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar falência o juízo do local principal estabelecimento do devedor ou da empresa que tenha sede fora do Brasil.

Neste sentido, o empresário poderá acionar ou ser acionado na matriz da empresa onde exerce suas atividades empresariais, tomando por base as determinações elencadas no artigo 3º. Portanto é eleito o fórum da matriz para que seja processado todos os aspectos procedimentais, das situações que podem abranger as atividades empresariais.

2.4 Formalidade do Pedido

O processo de recuperação judicial de empresa principia com uma petição formulada pelo empresário ou pela sociedade empresária. Essa petição indicará o juízo a que é dirigida, o nome do autor do pedido (empresário ou sociedade empresária) e sua qualificação, o fato (a alegação de que a empresa enfrenta uma crise econômico-financeira), o pedido de recuperação judicial e o valor da causa.

Se o empresário ou sociedade empresária, que quer requerer a recuperação judicial, seguir todos os procedimentos corretamente, o processo terá apenas dois atos judiciais, a petição inicial e o despacho judicial. Ocorrendo algum imprevisto, o juiz poderá determinar a apresentação de documentos ou emenda da petição inicial.

Neste aspecto, o artigo 319 do Código de Processo Civil diz:

- I - o juízo a que é dirigida;
- II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;
- III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
- IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa;
- VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
- VII- a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça. (BRASIL, 2015)

No pedido inicial será requerido todas as medidas previstas na lei como próprias da recuperação judicial, como relata o art. 52 da Lei 11.101, estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterà:

- I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;
- II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;
- III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembleia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do caput deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembleia-geral de credores. (BRASIL, 2005)

Não sendo demais deixar registrado que a ausência de tais pedidos não prejudica em nada a pretensão, na medida em que decorrem diretamente de previsão legal; via de consequência, basta o pedido genérico de concessão da recuperação judicial para que o próprio juiz, recebendo a exordial e verificando estarem presentes as condições da ação, adote tais medidas, no que apenas atenderá ao comando inscrito no artigo 52 da Lei 11.101/05.

Também deverão ser juntadas, com a inicial, as demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: (a) os balanços patrimoniais dos últimos três anos; (b) as demonstrações de resultados acumulados dos últimos três anos; (c) a demonstração do resultado desde o último exercício social; e (d) um relatório gerencial do fluxo de caixa nos últimos três anos e de sua projeção. Tais documentos deverão ser elaborados e assinados por contador ou técnico em contabilidade devidamente registrado junto ao Conselho Regional de Contabilidade.

2.5 Fase de Processamento ou Deliberativa

Estando a documentação exigida em ordem, o juiz determinará o processamento da recuperação judicial.

Segundo Peixoto (2020), estando a documentação toda certa, o magistrado tomará as seguintes medidas:

- a) Nomeará o Administrador Judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei, que diz:

Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.

Peixoto, ainda continua:

- b) Determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios;
- c) ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, com as ressalvas da Lei;
- d) determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais, enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;
- e) ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

Passado pelos procedimentos afetos à tramitação processual e efetuada sua publicação, será submetido à deliberação do processo da recuperação judicial.

2.6 Habilitação e Impugnação dos Credores

Com o deferimento do pedido de recuperação judicial, começa a análise da sociedade devedora, de todos os débitos junto a seus credores, para que possa ser iniciado o processo.

Essa verificação é feita pela administrador judicial, que classificará todos os credores, para verificar se não existem divergências nos débitos, passando depois essas informações para o juiz para que o mesmo possa decidir baseado nos dados apresentados.

O administrador poderá ser auxiliado, com membros especializados para verificação dos créditos em questão, verificando documentação contábil, comercial e fiscal da empresa que está em recuperação. Levantamento este que será apresentado ao juiz. Havendo conflito entre administrador judicial e credores acerca dos créditos, cabe ao juiz decidir.

Esse levantamento que será feito, é praticamente como se fosse uma auditoria, para se saber se a empresa está dentro da legalidade e se não possui ações de fraude. Após a verificação dos créditos, será expedito edital para publicação no órgão oficial.

No entender de Martins (2020):

- a) o resumo do pedido do devedor e da decisão de deferir o processamento da recuperação judicial; b) a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito; e c) a advertência acerca dos prazos para a habilitação dos créditos, bem como para que os credores apresentem objeção ao Plano de Recuperação Judicial apresentado pela devedora.

Após a conferência pela parte credora, os mesmos terão 15 dias para apresentar seus créditos ao administrador judicial. Caso haja divergências, deverá ser apresentado também nesse prazo.

O artigo 9º da Lei 11.101/2005, menciona os seguintes pontos que devem ser apresentados ao administrador judicial caso haja divergência na apresentação dos créditos:

- I – o nome, o endereço do credor e o endereço em que receberá comunicação de qualquer ato judicial do processo;

- II – o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação;
- III - os documentos comprobatórios do crédito e a indicação das demais provas a serem produzidas;
- IV – a indicação da garantia prestada pelo devedor, se houver, e o respectivo instrumento e;
- V – a especificação do objeto da garantia que estiver na posse do credor.

O administrador analisará todas as informações, podendo se prevalecer do direito de não se convencer da veracidade dos dados. Caso seja constatado, algum indício de mostre fato que impeça o credor de alguma maneira, o prazo poderá ser reaberto. Caso esteja tudo em perfeita ordem, os prazos se cumpriram.

Feito isto, o prazo para apresentação de habilitação de créditos ou de divergência, o administrador judicial publicará em 45 dias, pela terceira vez, a relação de credores da empresa devedora, contendo ou não as correções apresentadas pelos credores e, iniciará a contagem do prazo para apresentação de eventuais impugnações da relação feita pelo administrador judicial.

O credor pode discordar das informações apresentadas, sendo passível recurso de impugnação. Sendo que o mesmo recurso cabe ao comitê de credores e ao Ministério Público.

Os credores que após os 15 dias contados da publicação do edital não apresentarem a habilitação de seu crédito, sem motivo justificável, terão seus créditos recebidos como retardatários, e por isso sofrerão algumas restrições.

Com todos esses prazos cumpridos e publicados, o juiz deve homologar o quadro geral, o credor retardatário tem direito a votar das deliberações da Assembleia de Credores, como cita o artigo 10, §2º da Lei de Recuperação Judicial.

2.7 O Plano de Recuperação

O plano de recuperação não deve ser confundido com o pedido, tem em seu teor no artigo 53 da LRE, em que ordena a sua apresentação, 60 dias depois de deferido o processamento. Outrossim, caso haja descumprimento do plano de recuperação, poderá ser decretada a falência da empresa. Evitando assim, que o devedor utilize subterfúgios protelatários em seu benefício.

É necessária a menção, no plano, dos meios a serem empregados de forma pormenorizada, conforme dispõe a Lei, no caso, a viabilidade econômica, o laudo econômico e financeiro e de avaliação dos bens do ativo do devedor, que deverá ser subscrito por um profissional devidamente habilitado ou por uma empresa especializada.

Trata-se aqui, do núcleo da recuperação da empresa, que não depende apenas dos esforços dos juristas, mas sim de um conjunto de fatores como a notabilidade do profissional da área econômico-financeira e administrativa e também do profissional de Direito, pois convencer os credores dependerá de uma boa argumentação. O sucesso do pedido de recuperação dependerá principalmente, da performance técnica da área econômico-financeira.

Um plano de recuperação de empresas, mesmo que não seja necessário a sua apresentação juntamente com o pedido de recuperação, deve ser levado em conta todas as suas variáveis, e embora precise de tempo para ser elaborado, o mais correto seria já ter pelo menos um esboço do plano, quando apresentar o pedido de recuperação, o qual será ajustado no decorrer do prazo, de maneira que melhor atenda às expectativas dos credores.

Após a apresentação do plano de recuperação judicial, a esse plano é publicado em edital para que os credores tomem conhecimento, e no prazo determinado pelo juiz, apresentem suas objeções ou habilitem seus créditos. No caso de haver qualquer objeção, o magistrado deverá convocar a Assembleia de Credores. Se aprovado, depois de juntada a ata da Assembleia dos credores, que deverá ocorrer no prazo de cinco dias, a empresa, ou sociedade devedora apresentará certidões negativas de créditos tributários, depois da análise do juiz, o mesmo determinará se concede o pedido de recuperação ou não. Se não conceder, as ações e execuções continuarão em andamento normalmente. Se conceder, passa-se para a fase de execução do plano. Caberá o recurso de agravo contra a decisão concessiva.

2.8 Auxiliar do Juiz

Na recuperação judicial é designado como auxiliar do juiz e que fica sob sua direta supervisão, administrador judicial, ele é o braço direito do juiz, por ele nomeado que manda processar o pedido de recuperação judicial.

O administrador judicial deve ser pessoa idônea, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada, Estão, porém, impedidos de exercer a função os que anteriormente não a desempenharam a contento. Quem, nos 5 anos anteriores, exerceu a função de administrador judicial ou membro de comitê em processo de falência ou recuperação judicial e dela foi destituído, deixou de prestar contas ou teve reprovadas as que

prestou, está impedido de ser nomeado para a função. Também há impedimento que veda a nomeação de pessoas com vínculo de parentesco ou afinidade até terceiro grau com qualquer dos representantes legais da sociedade empresária requerente da recuperação judicial, amigo, inimigo ou dependente destes.

O administrador judicial ainda, se for necessário, poderá ser destituído, caso ocorra algum procedimento indevido que comprometa suas ações civis, legais ou criminalmente. Esse pedido pode ser feito pela parte credora, que será decidido pelo juiz no prazo de 25 horas.

O papel do administrador judicial varia de acordo com duas vertentes: caso o comitê, exista ou não e no caso tenha sido ou não decretado o afastamento dos administradores da empresa em recuperação.

O administrador irá analisar cada situação para saber qual o melhor caminho a ser executado na recuperação judicial.

As funções do administrador judicial, expressas na lei são:

- a) Deve o administrador judicial enviar correspondências aos credores contidos na relação de credores, a fim de comunicá-los da data do pedido de recuperação judicial, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;
- b) Também deve fornecer, com clareza, todas as informações pedidas pelos credores;
- c) Dar extratos dos livros do devedor, que deverão possuir fé de ofício, para servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;
- d) Exigir informações dos credores, do devedor ou seus administradores;
- e) Elaborar a relação de credores;
- f) Consolidar o quadro geral de credores;
- g) Requerer ao juiz convocação da assembleia geral de credores nos casos previstos na Lei da Recuperação de Empresa e Falência ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;
- h) Contratar, com a autorização do juiz, profissionais ou empresas

especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;

- i) Se manifestar nos casos em que a lei exige;
- j) Fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;
- k) Requerer a falência, caso haja descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;
- l) Apresentar relatório mensal das atividades praticadas pelo devedor ao juiz, para que sejam juntados aos autos de recuperação; e
- m) Apresentar relatório sobre a execução do plano de recuperação. O valor estipulado ao administrador judicial é de 5% do valor devido aos credores. Onde o administrador judicial tem a incumbência de auxiliar o juiz nesse processo e ter seu papel mantido com a maior idoneidade. (BRASIL, 2005)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Instituída no Brasil pela Lei nº. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, a recuperação judicial foi implementada em substituição à antiga Lei das Concordatas, de 1945, que concedia alongamento de prazo e/ou perdão de dívidas das organizações sem, contudo, contar com a participação de credores. Nesse contexto, a Lei da Recuperação Judicial foi elaborada para um contexto mais moderno, contemplando o momento histórico, político e econômico pelo qual o País passava.

O debate em relação à reforma da lei falimentar brasileira permitiu a elaboração do Projeto de Lei nº. 4.376/93 que resultou na Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Lei 11.101/05. Nota-se que o texto normativo de 2005, seguindo a orientação de outros países, estimulava a recuperação da empresa em crise, mantendo-a comunidade produtiva.

Para que o objetivo da lei fosse alcançado o legislador pôs a disposição do organismo empresarial os instrumentos da recuperação judicial e extrajudicial, destacando o surgimento da recuperação judicial na Lei nº. 11.101/05 como uma série de atos praticados sob a supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômico-financeiras temporárias.

As atividades empresariais são responsáveis pela produção, distribuição de bens e/ou serviços, geração de empregos diretos e indiretos, além do recolhimento de

tributos ao Estado. Nesse contexto, percebe-se que as empresas ocupam um relevante papel na sociedade.

A par desta relevância do papel social da empresa cabe ressaltar que o empresário não pode ser negligente, mas deve estar atento aos primeiros sinais de crise em seu negócio e considerar o quanto antes a possibilidade de ajuizar a ação de recuperação judicial, pois somente assim poderá evitar sua falência.

Viabilizado o processo de recuperação judicial o empresário em situação de crise econômico-financeira pode buscar a recuperação de sua empresa ou impedir que sua falência seja decretada por qualquer credor. Neste contexto é possível perceber que o requerimento de falência tem sido utilizado como um meio forçoso de cobrança do credor sobre o devedor. Assim nos momentos críticos e volúvel da economia os números de requerimentos de recuperação judicial tenderão a aumentar e, no momento econômico mais equilibrado e estável a quantidade de pedidos de recuperação a diminuir.

Neste quadrante e diante das análises até aqui encetadas, cabe destacar o instituto da recuperação judicial como um instrumento capaz de reestruturar uma empresa em crise, permitindo sua sobrevivência. No entanto, deve-se considerar a necessidade de redução dos custos do processo de recuperação judicial como um meio de torná-lo mais acessível e menos onerosa ao devedor.

Assim conclui-se, que a Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Lei nº. 11.101/05 – vem cumprindo seu papel social de preservação da atividade econômica e financeira empresarial. Com a implementação deste mecanismo da recuperação judicial, é possível dar mais fôlego à empresa em dificuldades permitindo sua existência por mais tempo, garantindo os postos de trabalho, geração de impostos e ampliação do mercado de crédito. (BRASIL, 2005)

REFERÊNCIAS

ARÊAS, Ana Clara Marcondes de Mattos. **Recuperação Judicial de Empresas: Aspectos Processuais e a responsabilidade do administrador judicial**. Monografia - Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Florianópolis, 2015. Disponível em: < Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/130314/monografia%20-%20final%20REV.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. **Código comercial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM556compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890. **Reforma o código comercial na parte III.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-917-24-outubro-1890-518109-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 7.661 de 21 de junho de 1945. **Lei de falência revogada.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **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: 20 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial:** direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1745047/mod_resource/content/1/Manual%20de%20Direito%20Comercial%20-%20Fabio%20Ulhoa%20Coelho.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial.** 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Disponível em: <<https://georgenunes.files.wordpress.com/2018/11/Direito-Empresarial-Andre%CC%81-Santa-Cruz-2018.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

FIGUEIREDO, Maiara Caliman Campos. **O Código Criminal do Império do Brasil de 1830: Combinando tradição com inovação.** Dissertação apresentada ao Programa de Pósgraduação em História do Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2015. Disponível em: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_7648_Disserta%E7%E3o%20Maiara%20Caliman.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial:** empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio. 35. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: FORENSE, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial & de empresa.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação da empresa.** São Paulo: Saraiva, 2010

PEIXOTO, Marcelo Benevides. **Como funciona o processo de recuperação de judicial.** São Paulo: Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=18639>. Acesso em: 20 nov. 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência- lei nº 11.101/2005.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:** falência e recuperação de empresas. 5. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2017.

VERTELO, Miriam de Menezes. **A Recuperação Judicial como mecanismo de efetivação do princípio de preservação da empresa.** Monografia - Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito - Faculdade de Direito, UPIS, Brasília, 2010. Disponível em: Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=18639>. Acesso em: 20 nov. 2020.

A SUCESSÃO DOS BENS DIGITAIS E O PROJETO DE LEI 5.820/2019

BRUNA SILVA ALENCAR:

Bacharelanda em Direito na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA)

THIAGO VALE PESTANA¹⁷⁴

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade a discussão acerca da inclusão da Herança Digital no ordenamento jurídico pátrio dentro do conjunto de regras que disciplinam o direito sucessório no Código Civil brasileiro. Transcorrendo pela atualidade do mundo digital e sua relevância ao Direito, busca-se a explanação sobre a herança digital – conceito e caracterização, como forma de patrimônio diante das relações pessoais que uma pessoa, que ao usufruir da rede acaba por criando uma personalidade virtual. Decorrente dessa nova relação, entre pessoa e mundo virtual, os arquivos que são armazenados nesta podem ser objeto de sucessão patrimonial após a morte do usuário. Quanto a metodologia, o tipo de pesquisa abordado foi o de cunho exploratório através de pesquisas bibliográficas, no qual decorre uma coleta de dados secundários ocasional. Para a análise dos dados obtidos, o procedimento adotado foi o qualitativo. Ademais, analisa-se que apesar de não haver disciplina jurídica específica, o patrimônio digital pode se tornar parte de heranças, oportunizando aos sucessores do falecido ter acesso e controle sobre eles através de testamentos validos ou por sucessão legítima.

Palavras-Chave: Internet. Armazenamento. Sucessão. Bens. Herança Digital.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the inclusion of Digital Heritage in the national legal system within the set of rules that govern succession law in the Brazilian Civil Code. Going through the current digital world and its relevance to law, we seek to explain the digital heritage - concept and characterization, as a form of heritage before the personal relationships that a person, who when using the network ends up creating a virtual personality. As a result of this new relationship, between person and virtual world, the files that are stored in it can be the object of inheritance after the user's death. As for the methodology, the type of research approached was exploratory through bibliographic research, in which occasional secondary data collection takes place. For the analysis of the data obtained, the procedure adopted was qualitative. In addition, it is analyzed that although there is no specific legal

¹⁷⁴Professor do Curso de Direito na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA. Doutor em Direito.

discipline, digital heritage can become part of inheritances, giving the deceased's successors access and control over them through valid wills or by legitimate succession.

Keywords: Internet. Hoarding. Succession. Assets. Digital Heritage.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1 O Direito e a Era Digital; 2.2 A personalidade digital e o *post mortem*; 2.3 Herança digital e a sua caracterização; 3. Metodologia; 3.1 Tipo de pesquisa; 3.2 Instrumento de coleta de dados; 3.3 Análise dos dados; 3.3.1 Resultados; 3.3.2 Discussão; 3.3.2.1 Verificação de conflito normativo entre os termos de usuário e o Código Civil; 3.3.2.2 O PL 5.820/2019 e suas inovações quanto as propostas antecedentes; 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Tem-se a adaptação a era digital como uma das principais mudanças da contemporaneidade, que dentre as inovações trouxe a possibilidade de armazenamento em meios digitais, com por exemplo o armazenamento em nuvem de arquivos do tipo fotos, livros, músicas, dados bancários e tudo o que for possível ser transformado em arquivos digitais.

A partir desse entendimento surgem questionamentos quanto a destinação que essa mídia terá caso ocorra o falecimento do detentor desse acerto digital. Em contrapartida, a questão inicialmente debatida gira em torno da possibilidade de transmissão desse patrimônio aos herdeiros do *de cujus*, tendo por referência as regras do direito sucessório brasileiro, por ser uma matéria de pouca visibilidade no mundo jurídico devido à falta de legislação acerca do tema.

Conforme o exposto, busca-se expressar as ideias pertinentes a temática utilizando-se de uma metodologia baseada no estudo por pesquisas bibliográficas e coleta de dados secundários, ou seja, os dados coletados foram utilizados apenas para o desenvolvimento deste arquivo. E buscando analisar os dados pelo procedimento qualitativo, observar-se-á que os resultados obtidos são de grande importância e relevância.

Assim, ante os destaques que se oportunizaram pelos avanços da tecnologia na contemporaneidade, inicialmente o artigo irá dispor sobre o Direito Digital e a regulamentação da organização e fiscalização das relações jurídicas na rede. Assim, caso haja algum dano ou crime, no qual o Direito pode ser usado para melhorar e harmonizar a convivência no plano digital, deve-se fazer uso deste.

Desse modo, em virtude do crescente uso da rede de internet, observa-se a criação dessa nova realidade oportunizando até mesmo a possibilidade de formação de uma identidade para se fazer uso no *cyberespaço* – tema discorrido no tópico

segunda do desenvolvimento, o que é identificada como personalidade digital, tema explanado no tópico dois do desenvolvimento.

E essa personalidade é tida como a imagem que a pessoa passa a ter na internet, uma personificação digital que em muito tem a ver como a possibilidade da sucessão dos bens digitais, pois ao fornecer dados ou utilizar da rede para guardar arquivos e informações há a construção de um patrimônio. Porém, como ocorre na vida comum, com a morte a pessoa perde a sua personalidade e assim deixa de estar em convivência com a sociedade, seja ela a física ou ante a sociedade virtual.

Nesse sentido, o tópico terceiro do desenvolvimento, abordará sobre o acúmulo de acervo armazenado virtualmente e a sua caracterização como herança digital, bem como a conceituação dessa terminologia adotada para se fazer uso quanto a transmissibilidade dos arquivos acumulados na rede após a morte do usuário.

Quantos aos resultados, é debatido a análise dos termos de uso das principais plataformas de acesso em massa conhecidas atualmente e como a morte do usuário e os bens armazenados, ou seja, o patrimônio digital é tratado perante estas.

Por fim, para as discussões finais, baseado nesse novo instituto, analisar-se se há possível conflito normativo entre o Código Civil e os termos de uso, pois na legislação civil, ou até mesmo na legislação esparsa, não há suporte para este direito, e visando solucionar este contratempo, se faz necessário a aprovação de uma lei, nesse caso, o Projeto de Lei nº 5.820/19 que está em tramitação na Câmara dos Deputados, para que o respectivo tema quanto a herança digital seja regulamentado.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O Direito e a Era Digital

A contemporaneidade expressa uma época na qual a popularização dos meios tecnológicos se faz cada vez mais habitual e comum no cotidiano das pessoas. O acesso facilitado a informações das mais diversas origens e as novas formas de comunicação social evidenciam um padrão de comportamento inevitável o qual, em prospecção futura, tende à irreversibilidade do que já se experimenta.

Este período de mudanças e adaptações ao mundo digital dita as formas e conceitos a qual molda a convivência social aos novos ambientes de oportunidades e aceitações.

De acordo com informações da pesquisa TIC Domicílios 2019, realizada pelo Centro Regional para Desenvolvimento de Estudos sobre a Sociedade da Informação, três a cada quatro brasileiros acessam a internet, o que equivale a 134 milhões de

peças e com frequência de uso de 90% de acesso todos os dias¹⁷⁵, que expressamente é um número considerável de pessoas em busca de conteúdo ou produzindo conteúdo para liberar na rede.

De igual modo o Direito se apresenta como uma importante ferramenta para a sociedade, sendo influenciado por todas as áreas e setores, o que lhe exige contribuir com soluções para as mais diversas situações e, justamente por isso, está o Direito em constante mutação, sendo assim considerado como um organismo vivo que evolui para se adequar ao ambiente ao qual se aplica.

Assim é a adaptação do Direito à era digital, que não apenas gerou um novo ramo do Direito, mas ensejou a evolução deste mormente a interação da virtualidade com o universo jurídico e gerando uma relação com todos os institutos legais já existentes e, desde modo, a presente época de hiperconectividade traduz em todos os sentidos, a estética contemporânea do próprio Direito.

Nessa perspectiva, de acordo com Lima (2016), a Ciência Jurídica em busca de colaborar com as novas pretensões da comunidade da forma mais coesa possível, vem adotando novas posturas, viabilizando uma mudança significativa com o advento das novas tecnologias.

Referindo-se o Direito Digital ou Direito Eletrônico¹⁷⁶, no qual tem por objeto de estudo todos os acontecimentos que ensejem fatos jurídico relevante entre a relação do homem com a tecnologia, sobretudo no que concerne aos efeitos que seu uso frequente.

A respeito disso, esclarece Filho (2016, p.3)

O Direito Digital é caracterizado pela aplicação de interpretação extensiva, pelo uso da analogia e por sua base legal na prática costumeira, uma vez que a produção legislativa nem sempre é capaz de acompanhar as constantes mudanças tecnológicas. Consequentemente, ao tratar-se da matéria, optar por uma interpretação restritiva do Código Civil seria deixar a sociedade desprotegida em face de uma nova realidade.

¹⁷⁵Informação retirada do site: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa>. Acesso em 02 set. 2020

¹⁷⁶De acordo com Lima apud Teixeira (2014, p 22), "Alega-se que a comunicação de dados via computador é feita por meio de impulsos elétricos, tornando-a uma comunicação eletrônica, cujo estudo é atribuído ao ramo da física que trata dos circuitos elétricos. A opção também se justifica pelo fato de que o termo "eletrônico" é bastante utilizado para nomear ferramentas tecnológicas da atualidade, a exemplo do comércio e do correio eletrônico."

Assim, com relação ao uso da internet e suas funcionalidades, o próximo tópico será tratado sobre a possibilidade de criação de uma identidade virtual, no viés da caracterização da personalidade das pessoas naturais e seus efeitos no *post mortem*.

2.2 A personalidade digital e o *post mortem*

Quando ocorre o fornecimento de dados aos servidores na internet, há de forma direta a criação de uma possível identidade. Essa identidade se dá por diversas formas, como fotos em um perfil, *logins* nas redes sociais, contas de e-mail ou qualquer outro meio que disponibilize características de quem está a usar a conta para fazer uso da internet.

Com relação aos dados pessoais, o Decreto nº 8.771/2016 assim o define em seu artigo 14

Art. 14. Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - dado pessoal - dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa;

Os dados são importantes ferramentas para o auxílio da forma de como deve-se agir e comportar-se nas redes, transmitindo uma personalidade que por muitas vezes retratam e caracterizam o ambiente virtual, permitindo-se a imaginação de um corpo eletrônico, cujo na concepção do jurista e professor Stefano Rodotà se tem da seguinte forma:

Embora pareça excessivo e até perigoso dizer que “nós somos os nossos dados”, é, contudo, verdade que nossa representação social é cada vez mais confiada a informações espalhadas numa multiplicidade de bancos de dados, e aos “perfis” assim construídos, sendo simulações que eles permitem. Somos cada vez mais conhecidos por sujeitos públicos e privados por meio dos dados que nos dizem respeito [...] Tornando-se entidades desencarnadas, as pessoas têm sempre mais a necessidade de uma tutela do seu “corpo eletrônico”.¹⁷⁷

Nesse contexto, o direito a proteção da personalidade acaba sendo moldado novamente, uma vez que são “direitos inerentes e inseparáveis do próprio conceito de

¹⁷⁷Informação fornecida pelo professor e jurista Stefano Rodotà em palestra proferida em 2003, no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoeoDireito.pdf>. Acesso em 04 set. 2020

personalidade humana, independentemente de qualquer 'reconhecimento' ou 'sistematização' pela ordem ou sistema jurídico" (Marighetto, 2019).

Considerando que os dados pessoais fazem parte de uma enorme rede interconectada de informações, garantir tal proteção da personalidade e dos dados colhidos se constitui em evidente necessidade sobretudo em uma sociedade de alta litigância.

De acordo com Leal (2018), a internet também é responsável por significar nova interpretação ao conceito de espaço e tempo, quando nela, independentemente da localização espacial são condensados diversos lugares e momentos dos usuários em uma única interface. É a partir desse entendimento que até mesmo a morte de um usuário passa a ser ressignificada.

Simbolicamente o estado de inércia do corpo de quem morre – que no teor do art. 6º do Código Civil é apontado com o encerramento da personalidade da pessoa natural, se compara ao estado de armazenamento estanque dos dados anteriormente compartilhados na internet e redes sociais.

Dessa forma passando a integrar o liame morte-internet-dados-personalidade, e assim tem-se a criação de uma identidade digital, que é uma extensão da vida compartilhada da pessoa, essa permanência *post mortem* que remete a um memorial do usuário e seu comportamento registrado ainda quando vivo.

O Código Civil de 2002 em seu art. 6º afirma que, "a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva". Dessa forma, com a morte automaticamente ocorre o direito a transmissão da herança para os herdeiros, como dispõe o art. 1.784 da legislação referida.

Nesse cenário, quanto ao luto na internet

a experiência do luto também passa por um processo de ressignificação, na medida em que os amigos e familiares acabam por conviver com o conteúdo que a pessoa falecida inseriu na internet ao longo de sua vida. Além disso, a internet passa a corresponder a um espaço de ritualização *post mortem* [...] (LEAL, 2018, p. 183)

Resultante da opção em manter conteúdo ou dados disponíveis na rede, existe a possibilidade de uma manifestação de vontade ainda em vida de como serão manuseadas estas informações após sua morte, como a possibilidade de designo em testamentos escritos, desde que válidos, para a concordância em manuseio das informações/dados postos na rede.

Portanto, após o falecimento do usuário e o encerramento da sua personalidade virtual, os bens armazenados na internet ficam inertes até que conduzidos a uma destinação específica. O acervo virtual, a partir de então passa a ser caracterizado como herança – e nesse caso, digital, visto que o usuário já não existe em termos virtual, assunto que será explanado no próximo tópico.

2.3 Herança digital e sua caracterização

A princípio é importante esclarecer o conceito da sucessão enquanto fenômeno jurídico antes de ser elucidar o conceito de herança digital, vez que Menezes, “a palavra sucessão significa substituir uma pessoa por outra, que vai assumir suas obrigações e adquirir seus direitos.”¹⁷⁸. O direito sucessório é expresso no texto constitucional em seu art. 5º, inciso XXX, sendo consagrando como um direito fundamental, afirmando que “é garantido o direito de herança.” (BRASIL, 1988).

Destarte, fica evidente que tal direito consagrado no texto constitucional deve atingir a sua finalidade de garantir e prosseguir o patrimônio e, em alguns casos, as atividades que o *de cuius* instituiu quando vivo. Assim, a atuação do direito sucessório perante a morte do usuário na rede, deve fundamentar a regulamentação das relações patrimoniais e sucessórias, obtendo maior segurança jurídica aos herdeiros.

Assim sendo ao se abordar, por exemplo, o conteúdo que o usuário deixa armazenado em uma dada rede social após sua morte, tem-se ali um patrimônio intelectual cujo tratamento jurídico descamba para o aspecto sucessório desse tipo de herança e sua respectiva transmissibilidade, para que haja consecução de sua finalidade precípua. Nesse contexto, pode-se conceituar genericamente a herança como

O conjunto de bens materiais, direitos e obrigações, transmitidos do falecido para um ou mais beneficiários, intitulados herdeiros, por meio da vontade daquele (sucessão testamentária) ou em razão de lei, respeitada uma ordem de vocação hereditária (sucessão legítima) (LIMA, 2016, p. 30).

No panorama do patrimônio digital, a constituição desde acervo patrimonial que se encontra no meio digital pode ser constituído por todas as informações ou arquivos salvos, armazenados ou gravados em meios digitais, compondo-se por fotos, *sites*, músicas, filmes, *e-mails*, documentos, contas em mídias ou bancos digitais e livros. Ou seja, trata-se de um conjunto de bens que é transformado em acervo digital

¹⁷⁸Informação retirada do site <http://rafaeldemenezes.adv.br/aula/direito-das-sucessoes/aula-1-7/>. Acesso em 07 set. 2020.

ou qualquer tipo de arquivo armazenado do qual podem compor o patrimônio do *de cuius*.

Por conseguinte, a herança digital é conceituada por Lima (2016) como a expressa possibilidade de transferência desse acerto patrimonial em formato digital do falecido para seus herdeiros, logo ao momento de sua morte, respeitando todos os tramites legais quanto a sucessão de uma herança não-digital.

Observa-se que assim como a destinação da herança tradicional aplicada pelo direito sucessório brasileiro, ele também abrange a destinação da herança digital, porém:

[...] a ausência de disposição acerca da herança digital acarretará análises casuísticas, que podem colocar em risco o direito fundamental da pessoa humana à herança, bem como o direito da intimidade e privacidade do morto. [...] desse modo, que, diante da lacuna jurídica atual, a solução mais rápida e eficiente é o incentivo ao pleno exercício da autonomia privada da pessoa humana, devendo os usuários conceder destino aos seus bens digitais, de valor econômico ou existencial, por meio de testamentos digitais ou codicilo, a fim de que sua intimidade, privacidade e imagem sejam preservadas e respeitadas pelos familiares, terceiros e provedores. (SILVEIRA; VIEGAS, 2018)

Portanto, tendo em consideração os apontamentos feitos acerca da herança digital perante sua importância ao ordenamento jurídico pátrio, é essencial que se estabeleçam vias adequadas para a administração desse patrimônio, visto que, com a legislação atual, esta demanda de natureza autenticamente complexa, porém necessária, não há proteção os bens e informações armazenadas digitalmente e sua subsequente destinação adequada após a morte do seu outrora titular.

Diante destes fatos, em observância as normas da sucessão comum presente no ordenamento civil, não muito diferente, para a sucessão da herança digital também é aconselhável o uso de instrumentos jurídicos para futura postulação em juízo por tais direitos - como o testamento, pois como pontuado ainda não há legislação específica regulamentadora para que haja sucessão legítima plena.

3 METODOLOGIA

3.1 Tipo de pesquisa

Quanto a metodologia relacionada ao tipo de pesquisa abordada para o desenvolvimento deste artigo, tem-se uma análise de objetivos de cunho exploratório e de procedimentos realizados por meio de pesquisa bibliográfica pois possui o

objetivo de proporcionar um maior conhecimento do que foi explanado através de material já publicado, dentre eles principalmente, publicações em periódicos e artigos científicos.

3.2 Instrumento de coleta de dados

Para a instrumentalização da coleta de dados utilizou-se dados secundários de coleta ocasional, já que apenas foram pesquisados e apanhados para realização do presente estudo em forma de artigo.

3.3 Análise dos dados

O procedimento utilizado para a análise dos dados foi o qualitativo, pois visando lidar com uma interpretação da realidade social, pois de forma subjetivo procurou-se estabelecer um limbo entre o sujeito e a realidade que se retrata quanto ao estudo realizado sobre a herança digital e suas características, visando retratar sua postura diante do Direito Brasileiro e sua falta de legislação específica o que demandou a análise da regulamentação das plataformas com notório acesso massificado.

3.3.1 Resultados

Neste tópico são apresentados os resultados obtidos através dos levantamentos bibliográficos, que conduziram a análise de alguns termos de serviços do Facebook, Instagram, iCloud (Apple) e Google, principais plataformas digitais de acesso massificado, para averiguar quais os destinos os bens de patrimônio digital após a morte do usuário recebem.

Muitas plataformas digitais já estabeleceram políticas para este tipo de situação, o falecimento do usuário, como é o caso do Facebook ou do Instagram, que motivou a criação de ferramentas para que o usuário indique quem poderá ter acesso a sua conta após a morte ou até mesmo a opção de deletar sua conta, quando for constatado a morte do dono da conta, ou que esta seja transformada em, um memorial, ademais, há também a opção de denúncia, caso seja descoberto um perfil de alguém que já tenha falecido.

Consta no item 5 dos termos de uso do Facebook que

Você pode designar uma pessoa (chamado "contato herdeiro") para administrar sua conta caso ela seja transformada em memorial. Somente seu contato herdeiro ou uma pessoa que você tenha identificado em um testamento válido ou documento semelhante que expresse consentimento claro para divulgar seu conteúdo em caso de morte ou incapacidade poderá buscar

a divulgação de sua conta depois que ela for transformada em memorial.¹⁷⁹

Assim, observa-se que o Facebook, trata a morte do usuário dentro do padrão normativo testamentário brasileiro, pois é preciso um testamento válido ou algum documento que se assemelhe em que esteja contido de forma expressa e clara o devido consentimento. Isso fica mais evidente quando, no item 4 dos termos de uso, tem-se de forma expressa que o usuário não poderá transferir qualquer de seus direitos ou obrigações que estiverem previstos nos termos para outra pessoa sem o consentimento da equipe Facebook.

Decorrente do que estes itens estabelecem e sobre a transmissão da herança digital, em 2018 ocorreu na Alemanha um julgamento no qual o BGH – que é o Tribunal Federal de Justiça alemão, *Bundesgerichtshof*, foi instado a se manifestar acerca da possibilidade ou não da transmissibilidade do patrimônio digital aos pais de uma adolescente de 15 anos que morreu em um acidente de metrô em Berlim.

De forma sucinta de acordo com a matéria obtida no site Migalhas180, os fatos foram a julgamento após os pais da adolescente postularem em juízo contra a empresa Facebook por terem acesso a conta da filha negado, após ser transformada em memorial, depois que alguém informou a empresa do óbito da adolescente. A causa da morte não estava esclarecida, havendo hipótese de suicídio, por isso os pais queriam o acesso a conta, pois queriam se defender em outro processo movido pelo condutor do metrô, que requisitava danos morais pelo abalo emocional que sofreu.

Porém, como já explanado os termos de uso do Facebook, quando uma conta é transformada em memorial, apenas o Facebook e outra pessoa que for indicada para ser herdeira desses dados tem acesso ao conteúdo da conta. De acordo com a plataforma, desta forma, negando o acesso visa-se “tutelar o direito à privacidade do usuário falecido e de seus contatos e interlocutores, que “confiam” que as mensagens trocadas permanecerão em sigilo mesmo após a morte.”¹⁸¹

A decisão do *Bundesgerichtshof*, que foi obtida em sede de recuso, reconheceu a pretensão dos pais – únicos herdeiros da menor, lhes concedendo o direito a sucessão da conta da filha, dando-lhes o acesso e por consequência a todo o conteúdo

¹⁷⁹Informação retirada do site: <https://www.facebook.com/terms>. Acesso em: 16 set. 2020.

¹⁸⁰Para mais informações acessar o site: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/308578/leading-case-bgh-reconhece-a-transmissibilidade-da-heranca-digital>. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁸¹Para mais informações acessar o site: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/308578/leading-case-bgh-reconhece-a-transmissibilidade-da-heranca-digital>. Acesso em: 17 set. 2020.

que estava armazenado. Para encerrar o caso, a Corte afirmou que o julgamento se baseou em decorrência de um contrato de consumo firmado em a adolescente e o Facebook e que por decorrência do princípio da sucessão universal – que pode também ser aplicado na esfera digital, é transmissível aos herdeiros.

Partindo para a análise dos termos de uso do Instagram

[...] no Instagram, uma conta transformada em memorial não se difere em nada das demais. No entanto, a rede social não permite o acesso por parte de nenhuma outra pessoa, nem que o perfil sofra qualquer tipo de alteração. Ou seja, são mantidas inalteradas as curtidas, seguidores, marcações, publicações e comentários. O usuário também deixará de ser exibido em espaços públicos, como, por exemplo, a seção “Explorar”.¹⁸²

Como o serviço prestado pelo Instagram faz parte dos produtos do Facebook, isto posto, os termos de uso são “aproximadamente” os mesmos, porém, no *site* indicado pelo Instagram para a leitura dos termos de uso ou política de dados, encontra-se a aba “informações sobre aplicação da lei” que de forma geral disserta as informações de como as autoridades deve proceder para obter acesso aos registros de conta, dados, na plataforma.¹⁸³

Para a plataforma iCloud, que é um sistema de armazenamento em nuvem criado pela Apple Inc., em seus termos de uso é descrito de forma explícita que não há possibilidade de transmissão ou existência de sucessão dos dados armazenados, assim, não deixando alternativa senão por via judicial para a obter acesso ao patrimônio digital do *de cujus*.

No item IV, que trata a respeito da utilização do serviço tem-se o seguinte

D. Não Existência de Direito de Sucessão

A menos que exigido por lei, você concorda que a sua Conta não é passível de transferência e que quaisquer direitos a seu ID Apple ou Conteúdo dentro da sua Conta terminam com a sua morte. Após o recebimento de cópia de uma certidão de óbito a sua Conta poderá ser encerrada e todo o Conteúdo dentro da mesma será apagado.

¹⁸²Informação retirada do site: <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2018/03/instagram-o-que-fazer-com-o-perfil-de-uma-pessoa-falecida.ghtml>. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁸³Informação retirada do site: [https://help.instagram.com/494561080557017/?helpref=hc_fnav&bc\[0\]=Ajuda%20do%20Instagram&bc\[1\]=Central%20de%20Privacidade%20e%20Seguran%C3%A7a](https://help.instagram.com/494561080557017/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Ajuda%20do%20Instagram&bc[1]=Central%20de%20Privacidade%20e%20Seguran%C3%A7a). Acesso em: 17 set. 2020.

Contate o Suporte iCloud através de <https://support.apple.com/pt-br/icloud> para mais assistência.¹⁸⁴

Desse modo, observa-se que a Apple, igualmente ao Instagram, apenas fornece acesso a conta de armazenamento por meio de documentos dotados de cunho judicial, para que assim obtenha-se maior segurança e privacidade quando ao acesso de qualquer pessoa, mas, que de forma equivocada aborta a opção de transmissibilidade por via da sucessão direta.

A plataforma do Google, em seus termos não contempla de forma clara e objetiva a indicação do destino dos dados armazenados nela. Mas, devido ao grande número de informações que os usuários possuem em contas de e-mail e outros produtos do serviço Google, a empresa criou a opção “gerenciador de contas inativas”, que pode excluir todos os dados em caso de morte ou quando houver a impossibilidade de acesso a conta.

Porém, este gerenciador se assemelha a uma autorização quanto a transmissão dos bens armazenados na plataforma, pois

o Gerenciador de Contas Inativas é uma forma de os usuários compartilharem partes dos dados das contas deles ou notificarem alguém caso as contas fiquem inativas por um determinado período de tempo. Observamos diversos sinais para saber se você ainda está usando sua Conta do Google. Dentre eles estão seus últimos logins, sua atividade recente na página [Minha atividade](#), o uso do Gmail (por exemplo, o app Gmail no seu smartphone) e check-ins no Android. ¹⁸⁵

Assim, para a operação deste serviço faz-se a configuração do perfil podendo escolher as maneiras da qual haverá ou não o compartilhamento, como por exemplo avisas os contatos de confiança, definir resposta automática e como última opção, a exclusão dos dados. Quando o Google considerar que houve inatividade da conta ele avivará aos contatos de confiança escolhidos pelo usuário e, dentro do prazo definido será acionada a resposta automática, após transcorrido este prazo todos os dados poderão ser apagados automaticamente.¹⁸⁶

¹⁸⁴Informação retirada do site: <https://www.apple.com/br/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>. Acesso em: 19 set. 2020.

¹⁸⁵Informação retirada do site: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>. Acesso em: 19 set. 2020.

¹⁸⁶Informação retirada do site: <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/noticia/2016/10/como-deletar-ou-compartilhar-sua-conta-do-google-apos-sua-morte.html>. Acesso em: 19 set. 2020.

Em suma, pode-se observar que quanto aos termos de uso, privacidade e de destinação dos dados tem-se uma variação entre as cláusulas, ademais dentre as que serviram como base para a busca dos resultados desde artigo pode-se constatar que o uso de testamentos válidos é a melhor forma de obter acesso aos dados de forma rápida sem que seja preciso acionar a via judicial, mas caso ocorra a falta desde ou não possa se resolver apenas com o testamento, a busca por um tutela jurisdicional tende a ser uma opção viável.

3.3.2 Discussão

De acordo com os resultados obtidos sobre os termos de aceite (condições contratuais gerais) para o uso das plataformas acima analisados tem-se que a maioria delas se trata de contratos de adesão eletrônicos. Ao analisar o conteúdo disposto no contrato, considera-se que algumas cláusulas são abusivas, e por consequência, nulas pois fere diretamente o Direito Contratual Brasileiro, o que adiante será mais bem retratado.

3.3.2.1 Verificação de conflito normativo entre os termos de usuário e o Código Civil.

Com o advento da era digital se tornou comum a modalidade de contrato feita de forma eletrônica, sendo que cada vez são realizados menos contratos pessoalmente, pois no caso dos contratos eletrônicos, estes são de fácil manuseio por serem tratados virtualmente. Segundo Almeida (2017, p. 87) o contrato eletrônico pode ser definido como aquela modalidade contratual que se utiliza de meios eletrônicos para a sua realização ou tem por objeto bens ou serviços disponibilizados em meio digital.

Como já disposto, a maior parte destes contratos são de adesão, pois se tornou uma necessidade cultural desse novo mundo digital que busca sempre a facilidade de comunicação. Uma das principais característica do contrato de adesão é a forma como é fixado pois é elaborado unilateralmente, não cabendo a outra parte, no presente contexto, o usuário da plataforma, conhecimento prévio.

Nesse sentido, ao dispor sobre uma unificação contratual para o grande número de usuário na rede, sobre os termos de uso

[...] a padronização contratual passa a ser a regra da sociedade massificada. E como principal resultado desta mudança destaca-se a redução ou a mitigação da liberdade de contratar o conteúdo, o tipo e o efeito do contrato: princípios como o da autonomia da vontade, da obrigatoriedade e da relatividade dos efeitos contratuais, assim como os pressupostos da personalidade das relações, da capacidade das partes e da manifestação de

vontade das partes, que outrora fundamentaram os contratos clássicos, têm reduzido ou mitigado seu espaço no contexto da sociedade de massa. Para muitos, esse processo crescente de intervenção representou a descaracterização do próprio instituto jurídico do contrato. (ALBUQUERQUE, 2003)

Posto isto, vale salientar que o contrato de adesão não é uma modalidade ilegal de contratação, sendo expressamente admitido no Direito Pátrio quando disposto no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, no qual afirma que o

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (BRASIL, 1990)

Diante deste preceito, considera-se que é preciso uma apreciação hermenêutica sobre o que é estipulados entre os contratos, não deixando de se averiguar quando houver renúncia de direitos que não seja a de interpretação mais favorável a parte mais fraca da relação.

Portanto, tendo por exemplo as cláusulas dispostas no contrato de uso da plataforma iCloud da Apple Inc., que de forma expressa impede que ocorra a transmissão dos arquivos ali armazenados, adquirindo forma de herança digital em caso de óbito do usuário, há a incidência de um alteração unilateral no contrato principal ou seja, cláusula passível de averiguação judicial em um contrato de adesão tornando-se nula, pois a à renúncia de um direito pessoalíssimo, o que é vedado no Direito Brasileiro.

Ademais, além de estar em desacordo com o princípio da sucessão universal, proibindo o acesso a conta, viola preceitos determinados pela Constituição Federal e o Código Civil Brasileiro, cabendo pleitear na justiça pelos direitos que lhe foram usurpados quanto a relação de morte do usuário e a transmissão dos dados armazenados em qualquer plataforma digital. Apesar da falta de legislação específica sobre o assunto, adiante são analisadas algumas propostas de lei que objetivam disciplinar este tema.

3.3.2.2 O PL 5.820/2019 e suas inovações quanto às propostas antecedentes.

Como já anteriormente citado não há lei aprovada que regulamente as questões relacionadas a herança digital e sua transmissão aos herdeiros do *de cuius* após encerrar sua “vida digital”, contudo, há alguns projetos de lei ao qual vale ressaltar sua

relevância e trajetória para que futuramente haja no ordenamento jurídico brasileiro leis que disponham sobre o assunto.

Alguns dos projetos de lei de maior relevância são os de n. 4.099/2012 e n. 4.847/2012 que deram início a ideia central de adicionar a herança digital ao Código Civil. O projeto de lei 4.099/2012 visava a alteração do artigo 1.788 do Código Civil, inserindo o parágrafo único com os seguintes termos

Art. 2.º. O art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.

Sendo este o primeiro projeto de lei que tratou especificamente do assunto, pois logo após, houve a inserção de um novo projeto de lei, o PL 4.847/2012, para análise sobre questões relacionadas a herança digital que pleiteava pela inclusão do Capítulo II-A e dos artigos 1.797-A a 1.797-C, *in verbis*

[...] Art. 2º Fica acrescido o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte redação: Capítulo II-A Da Herança Digital “Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro: I - definir o destino das contas do falecido; a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) - apagar todos os dados do usuário ou; c) - remover a conta do antigo usuário.”

Visando a aprovação deste projeto, o Deputado Marçal Gonçalves, autor do projeto apresentou justificativa no sentido de que tudo o que pode ser arquivado em espaço virtual pode fazer parte do patrimônio pessoal das pessoas.

Assim, em busca de uma expectativa de amparo pelo ordenamento novamente quanto a questão relacionada aos bens virtuais armazenados se tornarem parte

herança digital, mais recentemente criou-se o Projeto de Lei n. 5.820/2019187, proposta pelo Deputado Federal Elias Vaz, que visa alterar a redação do artigo 1.881 do CC. Este artigo atualmente regula o codicilo.

A alteração legislativa dentre todas as já apresentadas traz inovações quando a opção de se fazer um “pequeno testamento” para dispor da última vontade após a morte do usuário de forma na forma tradicional, escrita, ou de forma eletrônica como dispõe a seguir

“Art. 1.881.

[...]

§1º A disposição de vontade pode ser escrita com subscrição ao final, ou ainda assinada por meio eletrônico, valendo-se de certificação digital, dispensando-se a presença de testemunhas e sempre registrando a data de efetivação do ato.

§2º A disposição de vontade também pode ser gravada em sistema digital de som e imagem, devendo haver nitidez e clareza nas imagens e nos sons, existir a declaração da data de realização do ato, bem como registrar a presença de duas testemunhas, exigidas caso exista cunho patrimonial na declaração.

Outra inovação relevante é o conceito de herança digital disposta no projeto, este é mais abrangente quanto aos antecedentes

§4º Para a herança digital, entendendo-se essa como vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem, o codicilo em vídeo dispensa a presença das testemunhas para sua validade. (BRASIL, 2019)

Para justificar o projeto o Deputado Elias Vaz afirmou que “O Direito da personalidade, como é sabido, é vitalício. Todavia, com a morte do seu titular,

atualmente, a maioria desse acervo virtual se perde em decorrência da ausência de um meio eficaz e simples para dispor sobre o mesmo.”¹⁸⁸

Dessa forma sucinta, pode-se verificar que desde 2012, quando houve o primeiro projeto de lei para se debater sobre o assunto já havia uma necessidade da formalização da herança digital, e que adiante só tente a ser mais evidente.

Destarte é de se esperar que um projeto com um assunto de suma importância e atualidade seja aprovado no Brasil, e que assim passe a ter legislação competente sobre para acompanhar as inovações tecnológicas.

4 CONCLUSÃO

Conforme o exposto, entende-se que com o avanço da internet e seu uso para diversas funcionalidades, as necessidades impostas demandam uma adequação jurídica a nova realidade. Dessa forma, como a utilização de espaço na rede para o armazenamento de arquivos de cunho patrimonial em formato digital está cada vez mais nitidamente interligado com a ideia central da herança digital, está por sua vez expressa o aprimoramento do mundo jurídico as possibilidades de transmissão de patrimônio.

Ressalta-se que para o mundo digital, ao ingressar na rede o indivíduo adquire uma nova identidade, pois a personalidade digital é uma importante ferramenta quanto a ressignificação da pessoa digital, assim, formatos e linguagens mudam para se adaptar a essa realidade virtual que já é comumente usada para diversas ferramentas e que se ocorrer a morte da pessoa, ocorre a morte virtual também, fundamento da herança digital.

No atual momento, não há no ordenamento jurídico pátrio disposições legislativas referente a temática, mas por outro viés não há qualquer outro elemento ao contrário, ou seja, que impeça a inclusão deste tipo de sucessão no Direito brasileiro.

Porém, salienta-se que como analisado, os termos de uso de algumas plataformas inviabilizam o reconhecimento da transmissão deste patrimônio impondo cláusulas abusivas, pois como não há regulamentação específica ou jurisprudência consolidada, não há como tutelar por uma segurança jurídica relativo à incerteza da destinação dos bens digitais.

Dessa forma, a questão incidental sobre a herança digital é a de que não deve haver lesão aos direitos dos herdeiros sobre a sucessão dos bens armazenados

¹⁸⁸Informação retirada do site: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228037>. Acesso em: set. 2020.

virtualmente, quanto aos arquivos tidos como patrimônio do usuário, na herança digital, devendo-se analisar de forma específica já que o direito brasileiro garante ao herdeiro legítimo ou testamentário a possibilidade de herdar de forma plena.

Portanto, conclui-se que se é inescusável a inclusão da herança digital ao Direito sucessório brasileiro, havendo a transmissão dos bens digitais aos herdeiros já que se trata de um direito constitucional.

Por fim, destaca-se a importância que a inclusão dessa modalidade de herança deve-se dar pela aprovação do projeto de lei nº 5.820/2019, que irá instituir e regulamentar a herança digital no Brasil, para que haja segurança jurídica as pessoas que buscam por esse direito, preenchendo assim uma lacuna atribuída as mudanças que ocorrem na sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Contrato de adesão no novo Código Civil**. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3914/contrato-de-adesao-no-novo-codigo-civil>. Acesso em: 20 set. 2020.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital**. 2017. 171 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

APPLE, iCloud -. **Legal: internet services**. Internet Services. Disponível em: <https://www.apple.com/br/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de Lei nº 4.099, de 2012**. Altera o art. 1.788 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o código civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>

_____. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de Lei nº 4.847, de 2012**. Acrescenta o capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>

_____. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de lei nº 5.820/2019, de 2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da lei nº 10.406,

de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228037>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: set. 2020.

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

_____. **Lei n. 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: set. 2020.

FACEBOOK. **Termos de Serviço**. Disponível em: <https://www.facebook.com/terms>. Acesso em: 16 set. 2020.

FRITZ, Karina Nunes. **Leading case**: BGH reconhece a transmissibilidade da herança digital. BGH reconhece a transmissibilidade da herança digital. 2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/german-report/308578/leading-case-bgh-reconhece-a-transmissibilidade-da-heranca-digital>. Acesso em: 17 set. 2020.

GOOGLE. **Ajuda do Conta do Google**: sobre o gerenciador de contas inativas. Disponível em: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>. Acesso em: 19 set. 2020.

INSTAGRAM. **Central de Ajuda - Central de Privacidade e Segurança**: informações sobre aplicação da lei. Disponível em: [https://help.instagram.com/494561080557017/?helpref=hc_fnav&bc\[0\]=Ajuda%20do%20Instagram&bc\[1\]=Central%20de%20Privacidade%20e%20Seguran%C3%A7a](https://help.instagram.com/494561080557017/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Ajuda%20do%20Instagram&bc[1]=Central%20de%20Privacidade%20e%20Seguran%C3%A7a). Acesso em: 17 set. 2020.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil**: RBDCivil, Belo Horizonte, v. 2018, n. 16, p. 181-197, abr. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>. Acesso em: 04 set. 2020.

LIMA, Marcos Aurélio Mendes. **Herança Digital**: transmissão post mortem de bens armazenados em ambiente virtual. 2016. 97 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito,

Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016. Disponível em: <https://monografias.ufma.br/jspui/handle/123456789/1703>. Acesso em: set. 2020.

MARIGHETTO, Andrea. **A dignidade humana e o limite dos direitos da personalidade**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana-limite-direitos-personalidade>. Acesso em: 04 set. 2020

MENEZES, Rafael de. **Aula 1 - Direito das Sucessões**. Disponível em: <http://rafaeldemenezes.adv.br/aula/direito-das-sucessoes/aula-1-7/>. Acesso em: 07 set. 2020.

RODOTÀ, Stefano. **Globalização e o direito**. 2003. Palestra proferida em 2003, no Rio de Janeiro. Tradução Myriam de Filippis. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoeoDireito.pdf>. Acesso em: 04 set. 2020.

SILVEIRA, Thais Menezes da; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A destinação dos bens digitais post mortem**. 2018. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/700728316/a-destinacao-dos-bens-digitais-post-mortem>. Acesso em: 07 set. 2020.

SUGAI, André. **Aprenda a escolher o que o Google vai fazer com sua conta após sua morte**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/noticia/2016/10/como-deletar-ou-compartilhar-sua-conta-do-google-apos-sua-morte.html>. Acesso em: 19 set. 2020.

VALENTE, Jonas. **Brasil tem 134 milhões de usuários de internet, aponta pesquisa: a maioria acessa a internet pelo celular**. A maioria acessa a internet pelo celular. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa>. Acesso em: 02 set. 2020.

JULGAMENTO DO PEDIDO DE APOSENTADORIA POR IDADE RURAL POR FALTA DE PROVAS: PROTEÇÃO SOCIAL DO TRABALHADOR E MITIGAÇÃO DA COISA JULGADA

JOÃO PAULO MONTEIRO DE LIMA:

Mestre em Ciências Jurídicas. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público. Oficial de Justiça Federal (TRF1). Pós-graduando em Direito Constitucional e em Direito da Seguridade Social.

Para concessão da aposentadoria por idade do trabalhador rural deverá o segurado preencher os seguintes requisitos: 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, mais carência de 180 (cento e oitenta) meses (trabalhados na atividade rural).

Logo, para que o trabalhador rural alcance o direito ao recebimento da aposentadoria por idade deve preencher as condições estabelecidas na legislação, sob pena de rejeição do seu pedido em sentença proferida com julgamento de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil. O julgamento do mérito conduz à formação plena da coisa julgada material.

Entende-se por coisa julgada a decisão judicial imutável, não passível de alteração ou rediscussão, com previsão constitucional no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Maior, e infraconstitucional no art. 502 do CPC. Seus efeitos podem ser limitados ao processo em que a decisão foi proferida (coisa julgada formal) ou ao processo em que proferida e a qualquer outro (coisa julgada material).

Por outro lado, há casos em que o trabalhador rural não é capaz de levar ao processo documentação hábil a comprovar o exercício da atividade rural pelo período mínimo exigido para concessão do benefício. Nesses casos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sustenta que o processo não deve ser julgado improcedente, isto é, não pode o magistrado resolver o mérito da ação, mas sim proferir sentença sem resolução de mérito, em razão da carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, com arrimo no art. 485, inciso IV, do CPC, cuja decisão conduz a coisa julgada formal, quer dizer, limitada ao processo em que a decisão foi proferida.

Referido entendimento foi firmado no Tema 629 do STJ, a seguir destacado:

A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do

processo, impondo sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa¹⁸⁹.

Portanto, ao afastar o julgamento do mérito da ação lastreada em um conjunto probatório incapaz de comprovar o exercício da atividade rural, pretende do Superior Tribunal de Justiça proteger o trabalhador rurícola da coisa julgada material, o que o impediria de ajuizar uma nova ação pleiteando o mesmo direito.

É importante acentuar que, havendo provas suficientes de que o autor da ação não exercia atividade rural pelo período mínimo exigido pela lei, deve o magistrado julgá-la improcedente, logo, com resolução de mérito (art. 487, inciso I, do CPC).

Em contrapartida, se ausente conteúdo probatório válido a demonstrar o período de carência necessário para concessão da aposentadoria por idade rural, compete ao magistrado a extinção do processo sem análise de mérito (art. 485, IV, do CPC), cuja sentença, por gerar coisa julgada formal, permite que o segurado ajuíze nova ação, caso obtidas provas novas que lhe permitam demonstrar o exercício da atividade rural pelo período necessário.

Hipoteticamente, contudo, caso o magistrado, embora entenda inexistir prova material apta a comprovar o exercício da atividade rural, julgue a demanda improcedente, resolvendo o mérito, e, mais, ainda que tal sentença transite em julgado, o Superior Tribunal de Justiça admite a repropositura da ação objetivando o mesmo pedido: concessão da aposentadoria por idade rural. Há, de acordo com a jurisprudência do STJ, mitigação da coisa julgada na presente hipótese.

A Corte Superior, ao julgar o REsp 1.840.369/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, em 12/11/2019, justificou que: a) Devem ser consideradas as dificuldades enfrentadas pelo segurado para comprovar documentalmente que preenche os requisitos para a concessão do benefício, em razão do considerável transcurso de tempo; b) As normas de Direito Processual Civil devem ser aplicadas ao Processo Judicial Previdenciário, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social; c) Em matéria previdenciária, por seu pronunciado cunho social, há espaço para a excepcional flexibilização de institutos processuais, até mesmo da coisa julgada.

189

Disponível

em

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=1&i=629&tt=T. Acesso em 10 mar. 2021.

Em resumo do tema, pode-se afirmar que, se o magistrado entender que o segurado especial não reuniu início de prova material da atividade rural (julgamento por falta de provas), levando-se em conta a proteção do trabalhador garantida pela norma, deve julgá-la sem resolução de mérito, como asseverado, por falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, permitindo o ajuizamento de uma nova ação, dessa vez com melhor instrução das provas materiais (Tema 629 do STJ). Caso a demanda anterior tenha sido julgada improcedente, resolvendo-se, por consequência, o mérito, mesmo em decorrência da ausência de prova material do trabalho rural, permite-se ao segurado o ajuizamento de uma nova ação judicial, mitigando o instituto da coisa julgada (STJ, REsp 1.840.369/RS).

Destarte, as normas previdenciárias devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal, admitindo-se, como dito, até mesmo o afastamento da coisa julgada na hipótese em comento, visando à proteção social do trabalhador.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Portal de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito previdenciário**. 4 ed. Salvador: *JusPodivm*, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Vol. Único. 13 ed. Salvador: *JusPodivm*, 2021.

A FALTA DE ESTRUTURA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO COMO FATOR DE VIOLÊNCIA AOS DIREITOS HUMANOS

TAYARA HATIMONJI CANDEIA:

Bacharelada do curso de Direito pela
Universidade Brasil - Fernandópolis-SP

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: Neste trabalho de conclusão de curso foram realizadas pesquisas baseadas no sistema prisional brasileiro. Nele é abordado diversos tópicos dispostos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal 7210/84, que mostram desde os direitos dos presos aos deveres do mesmo. Sendo assim, através das pesquisas pode ser observado que nem os direitos quanto os deveres são respeitados e cumpridos da forma em que a lei propõe por falta de estrutura e organização em todo esse sistema. A Constituição Federal em seu art. 5º inciso XLIX garante a esse preso direito a dignidade física e moral, não sendo permitido que eles sejam humilhados ou maltratados, um direito que deveria ser cumprido devido as consequências que poderão ser acarretadas. Ainda dentro da Lei de Execução Penal é notado que um dos deveres do sistema prisional é a reeducação do presidiário, para que após o cumprimento de sua pena ele possa ser reintegrado novamente a sociedade e não volte a cometer novos delitos. No entanto, a reintegração deste se torna algo praticamente impossível no momento em que toda a sociedade fecha as portas para ele, pois por carregar em seu passado o nome de ex-presidiário ninguém acredita que realmente tenha mudado. Com isso, as pesquisas realizadas apontam que 70% desses ex-presidiários voltam a cometer novos crimes e retornam aos presídios por muitas das vezes não terem encontrado um emprego digno que lhe aceite.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Lei de Execução Penal. Ressocialização.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE SISTEMA PRISIONAL; 3. Tratamento Dos Detentos E Os Direitos Humanos; 3.1 A Falha Do Sistema Na Ressocialização; 4. Dispositivos Legais; 5. Preconceito Da Sociedade Perante Os Egressos; 6. Piores Presídios Do Mundo; 6.1 Melhores Presídios Do Mundo; 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

No presente assunto irá examinar a veracidade das penitenciárias que são estabelecimentos destinados a reeducar presos em condenação a pena privativa de liberdade ao regime fechado, que privam a locomoção do indivíduo que cometeu

algum delito, se condenado ao cumprimento de pena em regime fechado, ou seja, com total privação de liberdade sendo transferido a uma penitenciária.

Desse modo, o presente trabalho vai abordar a importância de como deveria partir a aplicação dessas medidas, sendo aplicadas medidas mais leves para crimes mais leves. Não podemos falar da retirada da prisão no sistema penal, mesmo diante de tantos problemas de superlotação nas penitenciárias e inúmeros problemas decorrentes da violência cometida dentro destas, mas sim buscar meios onde a permanência do indivíduo neste local seja adequado a esta reabilitação.

O grande problema está nas más condições de estabelecimentos penais pelo país, o governo não demonstra interesse na hora da aplicação da Lei que assegura os direitos dos detentos. É de conhecimento de poucos que os presidiários também possuem direitos e obrigações, tais regramentos estão previstos na Lei nº 7210/1984 de Execução Penal, mesmo privado de liberdade, o preso deve manter seus direitos de cidadão como educação, saúde, assistência jurídica e entre outros.

A superlotação carcerária e as violações sofridas nos direitos fundamentais dos detidos será um dos fatores significativo que dificultará a ressocialização e reforçará a necessidade de penas alternativas. A falta de infraestrutura e o total descaso do nosso governo tem contribuído de forma considerável para a transformação das penitenciárias brasileiras em verdadeiras "escolas do crime".

Em vista disso, o trabalho tem como objetivo transmitir para a sociedade como é a realidade dentro das penitenciárias brasileiras, que os ex-presidiários continuam sendo dignos de convívio social e tem direito ao retorno no mercado de trabalho; bem como levar ao conhecimento dos familiares dos detentos quais são seus direitos previstos em leis, a fim de possibilitar a efetivação dessas garantias, principalmente ao que se refere aos direitos humanos.

Nesse contexto, vale destacar o importante papel dos Direitos Humanos, buscando a dignidade da pessoa humana, seriam os direitos individuais e coletivos reconhecidos a esses indivíduos para que, em face da sua liberdade, satisfaçam suas necessidades compreendidas como as condições de existência que permitiriam a formação econômico-social.

A metodologia essencial utilizada neste trabalho foram doutrinas, legislações, em destaque, Constituição Federal e Lei das Execuções Penais. Juntamente será analisado texto legais e artigos de opiniões por meio eletrônico com relevância no assunto.

2 CONCEITO DE SISTEMA PRISIONAL

O sistema prisional é um conjunto de instalações e medidas administrativas, sendo uma dessas a execução e cumprimento de pena, que é dependente de leis que os disciplinem, não podendo ser desumanas e cruéis, tendo a finalidade de privar a liberdade daqueles indivíduos que cometeram crimes.

Além disso, as penitenciárias tem o papel de reabilitar os presos para seu retorno a sociedade, uma vez que ainda são seres humanos dignos de direito, estando alguns deles, inclusive, previstos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XLIX, e na Lei de Execução Penal nº7.210/84

3. Tratamento Dos Detentos E Os Direitos Humanos

Um dos primeiros direitos a serem garantidos foram os direitos humanos, também chamados de direito fundamentais, consideradas como as garantias básicas de todo ser humano, independente em que situação se encontra. São direitos que submetem a sociedade a uma ordem jurídica.

Art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...) (BRASIL, 1988).

Deste modo, como versa a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, cabe aos detentos os mesmos princípios constitucionais das pessoas livres, pois já estão respondendo perante o direito penal.

Sabemos que os infratores devem cumprir a pena a eles estipulada e que, de fato devem ser tratados de uma forma mais rigorosa, mas não brutal, pois, se assim fosse, estaríamos infringindo a Carte Magna, uma vez que esses indivíduos já estão privados de sua liberdade, pois este é o caráter da pena.

O Brasil está no ranking das maiores populações carcerárias, o que gera uma superlotação nos presídios, deixando seus presos revoltados, acontecendo as chamadas rebeliões, sendo colocadas em risco a vida dos detentos, das pessoas que trabalham naquele lugar e, ainda, podendo atingir a sociedade.

Não é esperado que deixemos impunes aqueles que cometeram crimes; o que se espera, na verdade, é o estrito cumprimento da Lei. Assim como existem as normas para aplicar as sanções devidas, também existem aquelas que são para regulamentar a execução da pena.

A declaração universal dos Direitos Humanos, deixa claro que os direitos ali presentes devem ser uniformes e assegurados de forma igualitária, mas quando o assunto está relacionado aos detentos, o próprio Estado viola esta norma, atentando

contra a integridade física e moral dos encarcerados, o que também é um crime grave.

A Organização das Nações Unidas (ONU), tomando como base uma pesquisa feita pelo relator Juan Mendez em diversos presídios brasileiros, evidência que as práticas de tortura nas penitenciárias são constantes e que ocorrem em maior número com os detentos recentes.

Assim diz Mendez (2015, apud Richard, 2015)

Não estou dizendo que todos os presos são submetidos a tortura mas o número de testemunhas e a contundência dos relatos que recebemos me levam a crer que não seja um fenômeno isolado. Não creio que qualquer pessoa no governo defenda esse método, mas em termos estruturais, a tortura ocorre, e o torturador fica impune.

O que se deve levar em consideração é que, desta forma, as penitenciárias nunca cumpriram seu verdadeiro papel. Ainda que aqueles indivíduos tenham cometido crimes bárbaros, continua sendo seres humanos dignos de garantias fundamentais, devendo ter o Estado o encargo de reabilitar estes presos.

O nosso país é um Estado democrático de direito desde o surgimento da Lei Suprema. Desta maneira, às garantias fundamentais devem, primeiramente, respeitar o princípio da universalidade, sem excluir o princípio da isonomia, ou seja, os iguais como iguais e os diferentes como os diferentes. Assim, os detentos estão em condições desiguais aquela do ser humano livre, mas, nem por esse motivo, devem receber tratamento cruel e desumano.

É dever do Estado Cuidar da dignidade da pessoa humana, não adiantando impor a pena se não observar se o condenado está sendo tratado dignamente e não fazê-lo entender que pode ser capaz de conviver em sociedade novamente. Os tratamentos dentro das penitenciárias provocaram revoltas, fazendo com que o indivíduo, ao invés de recuperar a sua forma pacífica, se torna cada vez mais agressivo e apto a cometer outros crimes.

A sociedade tem um sentimento de justiça ao ver noticiários mostrando a vida desumana dos detentos, mas, a única maneira de justiça que se pode ter é o devido cumprimento da lei, qual o meu caso da LEP.

A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta os nossos espíritos a ideia da força do poder confirma em vez da justiça: É que se atiram, na mesma masmorra, Sem distinção alguma, ou inocente suspeito e o criminoso convicto,

é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado (BECCARIA, 2014, apud MELO, 2011).

Existem cinco opções de medidas que podem ser tomadas antes de levar um adolescente a fundação casa, que são: advertência, obrigação de reparar o dano prestação de serviços à comunidade liberdade assistida e regime de semi liberdade, variando de acordo com o crime cometido. No entanto, ou mais comum que se vê é a privação de sua liberdade.

Esse processo deveria servir como ressocialização para que eles pudessem ingressar novamente em uma sociedade como pessoas pacíficas, mas seria necessário infraestrutura adequada a esses locais em que são levados.

Nos presídios são muito comuns as denúncias de humilhações, tortura, falta de ventilação e insalubridade. Por lei isso não deveria acontecer, pois é um ambiente em que deve ter condições necessárias para priorizar a recuperação e a educação desses detentos.

A lei prevê que o indivíduo que cometer crime hediondo, ou seja, homicídio qualificado, tráfico de entorpecentes, latrocínio, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, entre outros, só deverá ter direito de pedir a liberdade antecipada depois de ter cumprido 2/3 da pena, mas isso não quer dizer que ele terá o direito de extinguir ou cumprimento de sua condenação.

Todos os condenados que não cometem crimes hediondos tem o direito de passar de um regime mais rigoroso de cumprimento de pena para um regime menos rigoroso, podendo ser, no caso, do regime fechado para o regime semiaberto, chamando se isso de progressão.

Para ter alguns benefícios dentro das prisões não basta ter cumprido parte da pena e ter bom comportamento. A lei exige que o preso mostre e prove o merecimento, que são analisados por exames feitos dentro dos presídios e é por meio desses exames que o juiz vai analisar se ele realmente merece o benefício.

Contudo, não se espera a impunidade, mas, sim, a punição correta, acontecendo de acordo com a lei, pois nenhum ser humano merece viver em condições de falta de higiene, alimentações inadequadas, falta de assistência médica, não havendo como retornar a sua forma pacífica, tornando-se um indivíduo com caráter agressivo e rebelde.

Antes de tudo devem ser respeitados, pelo menos, os direitos humanos, para, depois cobrar a mudança ou melhora dos detentos. Observa-se, portanto, que a Lei de Execução Penais, a fim de regulamentar o cumprimento da pena, também traz em seus artigos alguns direitos básicos dos presos.

3.1 A Falha Do Sistema Na Ressocialização

Art. 10 – A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade (BRASIL, 1984).

Em razão desse artigo da Lei de Execução Penal, afirma-se que é função do Estado a prevenção de crimes na sociedade e a ressocialização do detido, tornando-o apto para retornar ao convívio social, já que este transgrediu a lei. Para isso, é fundamental a aplicação de penas privativas de liberdade, composta por pena de reclusão e de detenção. Essas tem por finalidade ressocializar e punir o indivíduo que agiu fora da lei.

As penas de reclusão são aplicadas quando o crime praticado for grave, com o cumprimento inicial em regime fechado, semiaberto ou aberto, sendo o agente criminoso conhecido por recluso, Já as penas de detenção são aplicadas quando o crime for de caráter leve, com o cumprimento inicial em regime semiaberto ou aberto, sendo o agente conhecido por detido.

É imprescindível insistir no fato de que essas restrições de liberdade atuam na reeducação dos presidiários e na prevenção de crimes e delitos na sociedade, sendo consideradas educativas, pois privam o sujeito de sua liberdade, dando a ideia de que a ação realizada foi ilícita e infringiu o Estado, devendo ser priorizada a sua recuperação. Tem, também, caráter preventivo, pois impede a pratica de novos crimes dentro da sociedade, através da punição, realçando o grau de criminalidade do acusado.

A sanção imposta pelo Estado, através de ação penal ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal, c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não tome a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a pratica de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada (SOUZA, 2011, apud MARCIANO, 2014).

Atualmente, o crime e a violência tem expandido em nossa sociedade, resultando em superlotação de presos nas cadeias, falta de vagas em presídios, rebeliões e, também, no grande índice de reincidência de presos nos cárceres. Esses fatos indicam que os sistemas prisionais brasileiros, em algumas regiões, não está cumprindo seus objetivos, uma vez que há a punição do criminoso, mas, infelizmente, não há um preparo disciplinar para a ressocialização deste.

Nesse sentido, há alguns presídios que não fornecem nenhum incentivo para que o detento seja, de fato, reabilitado, pois os ambiente são propícios para contaminações, não há investimento na estrutura do prédio, os alimentos não são de boa qualidade, os responsáveis pelo local não tem harmonia com os presos, isso faz com que a contribuição para uma possível rebelião entre os presidiários aconteça.

De acordo com os artigos 12 e 13 da Lei de Execução Penal, é dever do Estado garantir e preparar um ambiente adequado para o recebimento dos presos, para que, assim, possa cumprir sua função.

Art. 12 – A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (BRASIL, 1984).

Art. 13 – O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração (BRASIL, 1984).

É de suma importância que o Brasil invista nas penitenciárias, destinando uma porcentagem de seus recursos para os presídios. O estado poderia criar projetos que fossem amparados por leis federais, inserindo em todas as cadeias e penitenciárias, blocos ou salas que seriam utilizadas para cursos de capacitação, aulas de música, palestras de motivação que transmitissem aos presidiários a importância da família e de ser cidadão, incentivo à leitura, com implantação de bibliotecas e inclusão do detento em cursos.

Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização (incluído pela Lei nº 13.163, de 2015) (BRASIL, 1984).

Pode-se afirmar que temos leis que permitem introduzir novos projetos em todos os presídios. O que nos resta é a motivação, interesse e uma boa administração para iniciar.

Um dos problemas que impedem o encarcerado de ser reabilitado é a superlotação nas penitenciárias. Antes de acusar e sentenciar um sujeito, é necessário ter vagas nas cadeias e ser um ambiente agradável para cumprir sua pena.

Definitivamente, o sistema prisional brasileiro deve punir o infrator, com o objetivo de ressocializá-lo para retorno à sociedade. Este deve participar das atividades do cárcere diariamente, contribuindo para sua formação integral e resgate de sua cidadania.

4. Dispositivos Legais

Dentro da Legislação brasileira, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, traz que todos são iguais perante a lei, trazendo, nos incisos, as garantias e direitos fundamentais dos cidadãos como direito à dignidade, igualdade e direito de ser tratado com respeito. No inciso XLIX, especifica um direito que é assegurado aos presidiários, estabelecendo que os mesmos devem ser tratados respeitando sua integridade física e moral.

Através somente desses direitos garantidos pela Constituição Federal, observa-se que, por mais que um cidadão esteja cumprindo pena restritiva à liberdade em função de algum crime cometido, ainda lhe são assegurados direitos e garantias fundamentais, uma vez que a restrição de liberdade não deve influenciar na integridade e dignidade desses presidiários.

Segundo a Lei de Execução Penal (1984, art. 1º), "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

Ou seja, o Estado procura inibir a sociedade para que novos delitos não ocorram, através do seu poder de punir e castigar aquele que infringe a lei, buscando reeducar e readaptar aqueles presos na sociedade.

De acordo com o artigo 11 da Lei de Execução Penal, todo preso deverá ter acesso à assistência material, sendo alimentação, vestuário e instalações higiênicas; à saúde, com atendimento médico, farmacêutico e odontológico; à assistência jurídica, ou seja, direto a advogado; educacional, obtendo uma formação profissional e social, com o objetivo de ampará-lo e prepará-lo para o retorno à liberdade; e religiosa, tendo eles liberdade de culto. Todos esses itens deveriam ser uma obrigação do Estado para os detentos, mas há muitas falhas no sistema prisional brasileiro e, através destas, os presidiários são tratados com descaso.

No Brasil existe três tipos de penas: as privativas de liberdade, as restritivas de direito e as penas pecuniárias. As penas privativas de liberdade subdividem-se em três: reclusão, detenção e prisão simples, onde, a reclusão é cumprida em regime

fechado, semiaberto e aberto e não cabe pagamento de fiança. A detenção tem seu regime em aberto ou semiaberto. E, por fim, as prisões simples, que não podem ser cumpridas em regime fechado.

O artigo 43 do Código Penal diz que as penas restritivas de direito dividem-se em cinco modalidades, sendo elas a prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou à entidades públicas e interdição temporária de direitos. Esse tipo de pena visa restringir alguns direitos das pessoas que cometeram delitos. Por fim, as penas pecuniárias.

No Brasil, o tempo máximo que uma pessoa pode ficar presa é 30 anos. No entanto, pode-se calcular a pena de acordo com a quantidade de crimes que a pessoa cometeu. É o que diz o artigo 75 do Código Penal.

Devemos lembrar, também, que a Lei de Execução Penal, em seu artigo 50, nos mostra que as faltas disciplinares dos condenados, como expostos em seus incisos I, II, VII e X (fugir; incentivar ou participar de movimento para subverter a ordem; descumprir as condições expostas; ter em sua posse aparelho telefônico, rádio ou algo similar que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo), prejudicam a sua progressão.

Os condenados possuem deveres que são encontrados no artigo 39 da Lei de Execução Penal, incisos II, III, X e IX, como obedecer aos seus servidores e tratar com respeito as pessoas com quem se relacionarem; respeito com os demais condenados, execução de trabalhos e ordens recebidas; conservação dos objetos de seu uso pessoal, dentre outros.

Caso o condenado respeite todos estes deveres, poderá ser beneficiado com a progressão de pena (artigo 112 da Lei de Execução Penal), que será concedida por um juiz, após analisar seu mérito. Já no caso de falta disciplinar ou descumprimento de alguma norma por parte daquele que já havia conseguido a progressão, este poderá retroagir de regime.

Vale ressaltar que, como disposto no artigo 36 da Lei de Execução Penal, é aceitável, em regime fechado, o trabalho externo do preso em serviços e obras públicas realizadas por órgãos da Administração ou em entidades privadas, desde que tomem as devidas cautelas contra a fuga do condenado. De acordo com o artigo 26, o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

5. Preconceito Da Sociedade Perante Os Egressos

A cada dia que passa, detentos ganham sua liberdade, deixando os presídios após cumprirem sua pena. Mas a questão é, o que farão a partir daí para reconstruir suas vidas, carregando o nome de “ex-presidiário”?

O que foge dos princípios da lei é mal visto pela sociedade. Isso por um lado é bom, mas por outro não, pois rotulamos tudo e todos.

Aqueles que cometeram delitos e estão disposto a mudar o rumo de suas vidas e, deveriam poder contar com o apoio de seus familiares e da sociedade, para reintegra-los novamente no mercado de trabalho. Porém, nem sempre estes egressos recebem a estrutura que precisam após deixar a prisão.

Há um preconceito visível de toda a sociedade em relação aquele que cometeu um delito, pois, além de carregar a estigma de criminoso, a maioria deles não possui o ensino fundamental completo, nem sempre tendo experiência profissional, tornando praticamente impossível sua admissão em um emprego com carteira assinada, fazendo com que este volte à criminalidade por falta de opção.

Vale lembrar que o ex-presidiário não se torna inocente após deixar o presídio, mas devemos fazer com que ele consiga diferenciar o ambiente de injustiças e violência onde esteve presente durante dias, meses ou anos com o novo ambiente que lhe espera fora dali.

Existem soluções para reinserir este ex-presidiário no mercado de trabalho, porém é necessário o apoio de toda a sociedade, também, do governo.

O primeiro passo é a sociedade entender que tentar reinserir aquele que cometeu um delito só irá ter resultados positivos, ainda mais se essa prática tiver início logo nos primeiros dias em que o egresso deixar o presídio.

Já existem em nosso país alguns programas que ajudam na reintegração do preso no mercado de trabalho, sendo um deles o “Começar de Novo”.

Este programa teve a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o apoio da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), com a finalidade de reintegra-los a sociedade por meio de trabalho, tendo como consequência a diminuição da criminalidade no país. O programa oferece, dentro dos presídios, cursos de capacitação profissional para os presos.

Contudo, apenas estes programas não são suficientes para beneficiar a quantidade de ex-presidiários existentes em nosso país, havendo muito ainda para se fazer.

6. Piores Presídios Do Mundo

Os presídios brasileiros não estão entre os melhores do mundo. Comparado com outros países, as condições dos cárceres são ainda mais desumanas e insalubres.

Considera uma das piores prisões do mundo, Bang Kwang, na Tailândia, é exemplo do descaso com o detento. No local são aprisionados criminosos com pena de morte ou perpétua, que vivem acorrentados pelas pernas, em cubículos chamados de celas, sem garantia de água e comida, gerando, assim, uma luta por sobrevivência, provocando loucura em alguns presos.

Assim, diz Farinaccio (2015):

...essa prisão é famosa pela tortura regular sofrida pelos presidiários. Nos primeiros três meses lá dentro, o condenado é obrigado a usar grilhões nas pernas e espremido em celas minúsculas com muito mais gente do que o humanamente aceitável.

Na Tailândia, a maioria penal se dá aos 7 anos, contudo, se uma criança cometer um crime e for condenada, poderá viver a sua vida adulta sob severas torturas e pressão, havendo a possibilidade de não resistir e adquirir uma doença mental. Se for aprisionada no referido presídio, sua pena mínima é de 25 anos, ou seja, sua vida adulta será constantemente uma luta por sobrevivência.

Segundo Miranda (2015):

Todos os presos por ali estão condenados no mínimo há 25 anos de cadeia. Cerca de 10% deles estão no corredor da morte. E, para quem gosta de números, todos são obrigados a usar bolas de ferros amarradas aos pés. Além disso, água e comida não são suficientes para todos, o que impõe uma lei de sobrevivência aos detentos.

Uma penitenciária, conhecida por ADX, localizada em Florence, Colorado, Estados Unidos, em uma área deserta do país, com aproximadamente quinhentos presidiários. É uma penitenciária de segurança máxima que aprisiona indivíduos terroristas, perigosos agressores ou detentos transferidos por outras penitenciárias pelo comportamento violento.

Os detentos ficam em celas menores, com proteção de vidro e barra antes da porta de metal. Além das grades, mesa, bancos, cama, banheiro, feitos de cimento; não há luz natural no quarto, permanecendo os presos, o tempo todo isolados, inclusive no momento da refeição. Eles podem ficar até nove horas por semana ao sol, não havendo interação com os outros condenados. O edifício possui sensores de

movimento para os presos não fugirem, câmeras espalhadas em todos os lugares, cerca elétrica e guardas armados.

Nos Estados Unidos, cada estado tem autonomia para decidir a idade melhor para a maioria penal. Há estados em que meninos de doze aos podem ser sujeitos às mesmas penas que adultos, como pena de morte ou perpétua, não observando os direitos fundamentais da criança e dos adolescentes. Em Colorado, a pena de morte é legalizada e vigora desde 1976.

A situação no cárcere é degradante, os presos não tem seus direitos assegurados, geralmente ficando mais agitados, ansiosos, depressivos e nervosos, chegando, muitos deles, a cometer suicídio. Os responsáveis pelos detentos ignoram esse tipo de comportamento, pois, para eles, os presidiários estão sendo castigados pelo crime que cometeram. Sem dúvida, é um tratamento desumano e sem perspectiva de reabilitação.

Os presidiários devem passar, no mínimo, um ano em isolamento para que suas penas sejam diminuídas. Já houve casos, entretanto, de presos isolados há oito anos, ou seja, a tortura psicológica é a principal forma de estimular a recuperação do condenado.

6.1 Melhores Presídios Do Mundo

Na Noruega, há uma penitenciária exemplo de que, para a ressocialização não é necessário torturas, maus tratos, condições insalubres, detentos sem nenhuma assistência, sendo esta Halden Fengsel, composta por duzentos e cinquenta e dois presidiários. O edifício foi construído para uma quantidade ideal de presos, com blocos de oito celas. Há trezentos e cinquenta funcionários, na maioria mulheres, que trabalham em favor dos detentos.

Os guardas são treinados por dois anos em um curso superior sobre direitos humanos. São preparados para interagir com os presidiários, respeitando os indivíduos que estão detidos, e, dessa forma, sendo respeitados, alimentando-se e até praticando esportes juntos.

As celas são individuais, com cama, mesa, cadeira, janelas sem grade, banheiro, armário, geladeira e televisão. Há uma biblioteca disponível para os presidiários, uma área reservada para os religiosos, área de lazer, ginásio de esportes, campo de futebol, trabalho com pequena remuneração, aulas de música, cursos educacionais, profissionais e uma cozinha, onde os presos preparam a refeição.

O tempo máximo de cumprimento de pena dos crimes praticados na Noruega é de vinte e um anos. O sistema penal norueguês fundamenta-se na ressocialização do presidiário, onde o efeito da pena é a restrição da liberdade, sendo o condenado

obrigado a reabilitar-se, caso contrário, terá prorrogada por mais cinco anos sua sentença. Há projetos com atividades culturais, educacionais e trabalho com tempo controlado.

As taxas de reincidência dos presos são de vinte por cento, ou seja, oitenta por cento são reabilitados para reingressar na sociedade. É o oitavo país com menor índice de homicídios no mundo. Portanto, conclui-se que existem diferentes formas de reabilitação do detento, seguindo cada país a sua filosofia.

Há países como a Noruega, onde seus investimentos são voltados educação e instalações modernas dentro da penitenciária, com intuito de preparar o preso para retornar à sociedade. As pesquisas relatam que o índice de reincidência em Halden (Noruega) é um dos menores do mundo, prova de que o sistema é compensado. É necessário frisar, também, que o mesmo sistema leva em conta os direitos do condenado, similar, à Lei de Execução Penal do Brasil, que prevê garantias aos detentos, sem nenhuma discriminação.

No Brasil, o sistema penitenciário visa a ressocialização do detento, uma vez que a sociedade o enxerga com preconceito, mesmo com todos os artigos da Lei de Execução Penal que se resumem em cumprimento de pena de caráter humano e privação de liberdade, além de impor às autoridades o respeito ao presidiário, o dever de fornecer assistência médica, alimentação, educação à distância e projetos que, de fato, recuperem o indivíduo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, foi destacada principalmente, a lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal, a qual regulariza o cumprimento da pena no Brasil.

Para se chegar a um sistema prisional como está atualmente, nosso país passou por vários períodos dentro do Direito, evoluindo até essa estrutura, que tem por função reabilitar aqueles indivíduos que cometeram crimes, a fim de retorna-lo ao convívio social.

Diante disso, com base em legislações e pesquisas, ficou claro que o Brasil não tem em vigência um sistema que cumpre seu papel, que respeita os direitos humanos e que dá incentivo ao detento para se tornar uma pessoa melhor, apta de conviver livremente.

Logo, surgiram as deficiências que alguns sistemas carcerários enfrentam, por não observar ou garantir as assistências previstas na legislação. É certo que uma das obrigações do Estado é dar segurança aos seus cidadãos e cuida-los, lembrando ainda, que a condição de presidiário não exclui a condição de ser humano.

O que se espera, de fato, é que, se há lei sobre o assunto, que ela seja estritamente cumprida. Não se fomenta o desejo da impunidade dos criminosos, mas, sim, o seguimento da norma jurídica vigente.

Vale ressaltar, também, que uma das maiores dificuldade e, talvez, o principal motivo de existir um número significativo de detentos reincidentes, sejam as portas fechadas para o mercado de trabalho.

Outra preocupação constante é o preconceito da sociedade com relação ao ex-presidiário, enxergado como uma aberração. É fato que ninguém irá olhar com os mesmos olhos alguém que cometeu crimes bárbaros, mas, ainda assim, que ele está pagando pelos delitos que cometeu. O problema se encontra no meio social e penitenciário. Como já dizia Pitágoras, "Educai as crianças, e não será preciso punir os homens".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Wesley. **A ressocialização do preso brasileiro**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/ressocializa%C3%A7%C3%A3o-do-preso-brasileiro-1>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ANDRADE, Maria Cristina de. **Presidiários**. Disponível em: <http://hottopos.com/seminario/sem2/cris2.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BACELAR, Carina. **Relatórios apontam condições precárias em sete cadeias do Rio**. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,relatorios-apontam-condicoes-precarias-em-cadeias---imp-,1710858>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. **Art. 75 do Código Penal – Decreto Lei 2848/40**. Estabelece o tempo de cumprimento das penas restritivas à liberdade. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10631203/artigo-75-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disposto em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 22 out. 2020

DIREITOS EM GERAL. **Direito dos Presidiários**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/presos/parte1.htm#:~:text=Quais%20s%C3%A3o%20os%20direitos%20b%C3%A1sicos,visita%20da%20fam%C3%ADlia%20e%20amigos>. Acesso em: 04 nov. de 2020

FARINACCIO, Rafael. **As dez piores prisões do Brasil**. Disponível em: <<https://www.megacurioso.com.br/lugares-surpreendentes/70241-as-10-piores-prisoas-do-mundo.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2020

FIESP. **Programa começar de novo**. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2020

G1. Estado de SP precisa construir 101 presídios para acabar com superlotação, aponta TCE. G1, São Paulo, 23 de julho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/07/23/estado-de-sp-precisaria-construir-101-presidios-para-acabar-com-superlotacao-aponta-tce.ghtml>. Acesso em: 01 nov. 2020.

MARCONDES, Sérgio. **Conceito de Sistema Carcerário**. Disponível em: <https://gestaodesegurancaprivada.com.br/sistema-prisional-o-que-e-como-funciona-regimes-prisionais/#:~:text=Sistema%20prisional%20%C3%A9%20o%20conjunto,unidades%20chamadas%20de%20estabelecimento%20penal>. Acesso em: 01 nov. 2020.

NEWS, Bbc. **Por dentro da 'prisão de luxo' da Noruega, que divide opiniões por tratamento a detentos**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43515908>. Acesso em: 01 nov. de 2020

NOTÍCIAS, Senado. **Projetos fortalece ressocialização de presos para reduzir reincidência**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/13/projeto-fortalece-ressocializacao-de-presos-para-reduzir-reincidencia>. Acesso em: 10 out. 2020

ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. **O Sistema Penitenciário Brasileiro e as dificuldades de ressocialização dos presos**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8784/O-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-presos>>. Acesso em 10 out. 2020.

SILVA, Juliana. **Concursos e empregos**. Disponível em <<http://www.usp.br/cje/saoremo/noticia.php?n=320>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

VASCONCELOS, E.D.S; QUEIROZ, R.F.F; CALIXTO, G.A.M. **A precariedade no sistema penitenciário brasileiro – violação dos direitos humanos**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-precariedade-no-sistema-penitenciario-brasileiro-violacao-dos-direitos-humanos/#:~:text=A%20precariedade%20no%20sistema%20penitenc%C3%A1rio%20brasileiro%20%E2%80%93%20viola%C3%A7%C3%A3o%20dos%20direitos%20humanos,->

[01%2F09%2F2011&text=Resumo%3A%20Percebe%2Dse%20que%20o, reintegrar%20o%20apenado%20%C3%A0%20sociedade](#). Acesso em: 15 out. 2020.

XAVIER, Arnaldo. **A construção do conceito de criminoso na sociedade capitalista: um debate para o Serviço Social**. Disponível em: <

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802008000200013>.

Acesso em: 04 nov. 2020.

AS INELEGIBILIDADES POR DEMISSÕES DO SERVIÇO DO SERVIÇO PÚBLICO E O ESTÁGIO PROBATÓRIO

TADEU LIMA FIGUEIREDO PAIM

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a decisão do Tribunal Superior Eleitoral sobre a inelegibilidade prevista no ar. 1º, I, "o" da Lei Complementar 64/90, a quem afastou a inelegibilidade de servidor reprovado no estágio probatório.

Palavras Chave: Inelegibilidade. Tribunal Superior Eleitoral. Estágio Probatório. Art. 1º, L, "o" Lei Complementar 64/90

Introdução

A Lei Complementar 64, criada em 18 de maio de 1990, veio para regulamentar e preencher as lacunas existentes no artigo 14, §9º da Constituição da República. Prevê em seu corpo diversos casos de inelegibilidade, dentre elas, no seu art. 1, I, "o", aonde expressa que são inelegíveis por 8 (oito) anos os demitidos do Serviço Público em decorrência de processo administrativo ou judicial, contados da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário.

A inelegibilidade do artigo 1º, I, "o" da LC 64/90

Prevê o artigo 1º da lei Complementar 64/90:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Numa rápida leitura do artigo, vemos que a inteligência da norma estudada atinge todos que foram demitidos do serviço público, através de processo administrativo ou judicial.

Conforme jurisprudência do TSE, as causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, a fim de que não alcancem situações não contempladas pela norma e para que se evite "a criação de restrição de direitos políticos sob fundamentos frágeis e inseguros, como a possibilidade de dispensar determinado requisito da causa de inelegibilidade, ofensiva a dogmática de proteção dos direitos

fundamentais. (RO 448-53 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, *PSESS* de 27.11.2014).

Ademais destacamos o que expressa a súmula 41 do TSE, que não cabe a Justiça Eleitoral decidir sobre acerto e desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do judiciário, ou dos tribunais de conta que configurem causa de inelegibilidade. Ou seja, não compete a corte analisar a decisão proferida e apontar eventuais equívocos no afastamento da irregularidade.

Deste modo, a capacidade eleitoral passiva deve ser protegida, por ser um direito fundamental, não podendo ser afastado, caso efetivamente, não seja identificada a hipótese elencada na inelegibilidade ora levantada.

Estágio Probatório

Leciona Marçal Justen Filho que o estágio probatório destina-se a verificar se o servidor é titular das condições necessárias a permanecer como servidor público titular do cargo de provimento efetivo (Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 9ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 959)

O art. 20,§ 2º da lei 8.112/90 descreve que o servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado.

Conforme Jurisprudência o STJ, o ato de exoneração não tem caráter punitivo, mas se baseia no interesse da Administração na dispensa de servidor que, durante estágio probatório, não realiza um bom desempenho do cargo. (RMS 32.257/SP, 2ª T. rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.05.2011, Dje 16.05.2011).

Em recente julgado, o TSE entendeu não incidir inelegibilidade com fundamento no art. 1º, I, "o" da LC 64/90 no caso de candidato reprovado em estágio probatório, pois o que se apura nessa condição é a aptidão do servidor para o cargo em que ocupa. (Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 0600269-98, Caxambu do Sul/SC, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado na sessão virtual de 5 a 11.2.2021.)

Entenderam os Ministros, não haver a incidência da restrição eleitoral, uma vez que não há demissão do serviço público, há, sim, uma exoneração em virtude da falta de aptidão para o cargo, sendo reprovado no estágio probatório.

Conclusão

Vimos que a LC 64/90 em seu artigo 1º, I, "o", prevê a inelegibilidade aos demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial.

Que as normas referentes as inelegibilidades devem ser interpretadas de maneira restritiva, para não alcançarem situação não contempladas na Lei Complementar 64/90.

O estágio probatório tem o condão de verificar se o servidor público é apto para permanecer no cargo de provimento efetivo, não possuindo, portanto, um caráter punitivo.

Por fim, considerando as restrições das normas que se referem as inelegibilidades, bem como a natureza da exoneração por falta de aptidão no estágio probatório ser distinta da sanção de demissão, entendeu-se de maneira assertiva o TSE em não haver a incidência da inelegibilidade prevista na alínea "o" por candidato reprovado no estágio probatório.

Referências Bibliográficas:

JUTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 9ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Rodrigo Bezerra. *Estágio probatório, demissão e exoneração de servidor público* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 abr 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/41480/estagio-probatorio-demissao-e-exoneracao-de-servidor-publico>. Acesso em: 08 abr 2021.

COMBATE À PRÁTICA DE ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

MELISSA TELLES BARUFI: Advogada,
Presidente da Comissão Nacional da
Infância e Juventude do IBDFAM e do
Instituto Proteger.

O mês de abril é dedicado para intensificar a conscientização de que a Alienação Parental é uma forma de abuso que prejudica a saúde emocional e psíquica de uma criança, de um adolescente e, até mesmo, de um idoso quando privados de expressar, nutrir ou desenvolver laços de afeto e até conviver com pessoas que naturalmente deveriam amar.

O conceito de Alienação Parental está previsto no art. 2º da Lei nº 12.318/2010 – lei que aborda a alienação parental no país: *“considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”*.

A Lei, de forma didática, também exemplifica o que vem a ser ato de alienação parental, o que - de fato - facilita o entendimento prático deste tipo de violência, visando o caráter preventivo. Por exemplo: realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; dificultar o exercício da autoridade parental; tolher o contato da criança ou adolescente com genitor; inibir o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; omitir ao genitor, deliberadamente, informações pessoais relevantes sobre a criança ou o adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço (artigo 2º da lei 12.318/2010), entre outras condutas, que, infelizmente, podem ser identificadas.

Qualquer ato de alienação parental é abuso de poder parental, fere o princípio da igualdade de direitos e deveres entre os genitores em razão dos filhos, o que significa que, mesmo após a ruptura conjugal, a relação parental não se esgota.

A Lei 12.318/2010 trouxe maior segurança jurídica às partes e para o julgador que, diante da norma, tem subsídios técnicos para efetivar sua aplicação, promovendo a colheita das provas necessárias à demonstração da ocorrência da alienação parental, com consequente aplicação da solução mais adequada ao caso concreto.

Sabemos que a lei não consegue, sozinha, eliminar condutas que violam direitos, assegurar acesso à proteção integral que os vulneráveis necessitam alcançar. É preciso a conscientização. Continuamos destacando a importância de conscientização,

educação e disseminação do conhecimento sobre o tema, ou seja, a necessidade de educação parental.

Crianças e adolescentes precisam ser preservados dos conflitos dos adultos. É necessário que eles sejam protegidos, amparados para que possam se desenvolver de forma saudável, tornando-se adultos equilibrados emocionalmente, livres de culpas e de dores que não são as suas.

ESCOLAS DO CAMPO E A PANDEMIA: ASPECTOS LEGAIS

VANESSA ANDRIANI MARIA: Advogada (ULBRA), pós-graduada em Advocacia Cível (UNA) e Direito do Trabalho (UNA). Membro da Comissão de Direitos Humanos e do Grupo de Violência de Gênero da OAB Santa Maria-RS. Engenheira Agrônoma (UFSM), Mestre em Ciência e Tecnologia Agroindustrial (UFPeI). Graduanda em Formação Pedagógica em Geografia (UNIASSELVI).

RESUMO: Este trabalho aborda um tema atual que é o uso eficiente das tecnologias a favor do ensino. Avaliam-se, nesse sentido, as ações escolares, neste período de isolamento social em função da pandemia e a utilização mais apropriada dos meios digitais, métodos e metodologias, considerando as necessidades e recursos reais dos educandos das escolas do campo, em especial. Os métodos utilizados foram o dialético e o observacional, bem como através da pesquisa bibliográfica e documental. Os dados revelaram que, apesar das dificuldades em adaptar o ensino presencial para a modalidade remota e pelo uso das tecnologias digitais, o cenário pandêmico é desafiador e enriquecedor para a prática pedagógica. Generalizando, as problematizações levantadas no panorama atual exigirão ponderações sobre o lugar das Tecnologias de Informação no diagrama educativo escolar das escolas do campo e na Educação do Campo, como direito, propriamente dita.

Palavras-chave: Ensino Remoto, Aprendizagem, Covid-19.

ABSTRACT: This paper addresses a current theme that is the efficient use of technologies in favor of teaching. In this sense, school actions are evaluated in this period of social isolation due to the pandemic and the more appropriate use of digital media, methods and methodologies, considering the real needs and resources of school students in the field, in particular. The methods used were dialectical and observational, as well as through bibliographic and documentary research. The data revealed that, despite the difficulties in adapting face-to-face teaching to the remote modality and the use of digital technologies, the pandemic scenario is challenging and enriching for pedagogical practice. Generalizing, the problematizations raised in the current panorama will require considerations about the place of Information Technologies in the school educational diagram of the schools of the field and in the Education of the Field as a right.

Keywords: COVID-19, Learning, Educational Policies

Sumário: 1. Introdução – 2. Metodologia 3. Mudança de Rotina: Tecnologias em Sala de Aula 4. Organização Das Atividades Pedagógicas 5. Aspectos Legais Relevantes para a Educação do Campo 6. Considerações finais. 7. Referências

1. Introdução

O Brasil e o mundo estão enfrentando a mais grave crise sanitária e econômica dos últimos anos com a pandemia da Covid-19, que descontinuou o curso da vida das pessoas e está desafiando a existência da sociedade mundial. Estão sendo tomadas medidas de distanciamento social para a defesa da vida e cabe reconhecer a relevância do uso das tecnologias, como instrumentos de informação e comunicação para todos.

O Ministério da Educação juntamente com Secretarias e Conselhos de Educação uniram-se para indicar soluções e unificá-las com o ensejo de não deixar a educação parar. Nessa seara, passam a fazer com que os professores acreditem que a Educação à Distância (EaD), através das tecnologias digitais de **informação**, por meio de aulas televisivas, plataformas digitais, outras mídias e comunicação, podem dar prosseguimento às atividades escolares, que foram interrompidas em função da necessidade de medidas de distanciamento social.

Por muito tempo, a educação na escola foi determinada por uma metodologia pedagógica baseada na reprodução de informações de modo uniforme, muitas vezes, automática, sem analisar a individualidade de cada estudante. Essa forma de ensinar, denominada “tradicional”, perdeu um pouco de relevância, em um tempo em que a informação está ao alcance de quase todos através de um ou dois toques.

Por se tratar de um País de dimensões continentais, inviável qualquer solução que não considere que a educação brasileira é constituída de uma pluralidade de conjunturas socioculturais, definidas pelas diversidades econômicas, geográficas, climáticas e culturais.

Ressalta-se que professores do campo principalmente, enfrentam vários desafios para sustentar um formato de educação emergencial à distância que não é arazoado para a realidade de quem vive no campo.

O ensino na pandemia deve ser conexo ao processo histórico brasileiro que através do capitalismo, sempre foi vítima de uma política de concentração de propriedade e de riqueza e vasta produção de pobreza e miséria.

Apesar da Lei, o descaso com as escolas do campo ainda é muito arraigado no Brasil, porque há lacunas de políticas públicas, há o fechamento de escolas, falta estrutura física e pedagógica, há professores com formação insuficiente, o que resulta no deslocamento das escolas do campo para as cidades.

Este artigo teve como objetivos: acompanhar e pesquisar o processo de adaptação à nova realidade imposta aos educadores das escolas do campo em tempo de pandemia; analisar os impactos no cotidiano escolar pelo contexto da pandemia do Covid-19; e reconhecer os limites e os desafios atribuídos aos educadores para ampliar o processo de ensino e aprendizagem através do uso das tecnologias da informação e comunicação (TICs).

A questão não se resume somente no “como se ensina remotamente”, existem questões imbricadas nesse debate, que suplantam o âmbito da técnica do ensinar remoto. Afora as desigualdades de acesso ao remoto, existem as desigualdades vivenciadas fora do ambiente escolar, a questão é que temos uma política pública que equaliza condições, em época de pandemia.

Observa-se que as pessoas que residem em áreas rurais destinam maior parte do seu tempo às atividades agrícolas e pecuárias, desse modo, possuem menor tempo para dedicarem-se aos estudos, pois não podem “deixar de lado” as atividades laborais, por ser seu único elemento de subsistência.

A escola é um dos ambientes de aprendizagem de basilar importância para que os sujeitos sejam incluídos desde a sua origem. Em nosso País, nesta última década vem sendo discutida a diversidade sociocultural, onde esse relevante tema começou a ser ventilado a partir das lutas sociais e políticas de diversos movimentos sociais do campo e da sociedade.

Devido à pandemia do Coronavírus afloraram os problemas relacionados à Educação do Campo e muitas crianças ficaram sem estudar, tendo em vista a suspensão das aulas presenciais. Muitas escolas passaram a empregar os sistemas remotos como formato de educação durante este período pandêmico, residindo aí outro problema: o acesso à internet. Nas áreas rurais, este acesso é baixíssimo ou zero, seja pela indisponibilidade do serviço, ou pela situação de vulnerabilidade econômica das famílias que ali vivem.

As atividades impressas, na maioria dos casos, carecem de elucidação dos professores, para que as crianças obtenham êxito em resolvê-las. Diante desse impasse, muitos pais acabam por desistir do processo educativo do filho.

Professores e alunos, de uma hora para outra, tiveram que adaptar-se a um novo formato de aulas. Coube aos professores, inicialmente, o desafio de adotarem novas metodologias pedagógicas para lecionar de forma remota.

Queiroz (2004), argumenta que os espaços pedagógicos de formação não ocorrem apenas em sala de aula, mas também na família na convivência social, cultural, nos serviços de produção de conhecimento, entre outros.

Nesta perspectiva de aproximação do meio escolar e do meio familiar/produtivo organizasse o movimento de vai-e-vem entre a prática e a reflexão teórica, movimento este que constitui um dos fundamentos da alternância que, assume sentido de estratégia de escolarização, possibilitando aos jovens que vivem no campo, conjugar a formação escolar com as atividades tarefas da unidade produtiva familiar, sem desvincular-se da família e da cultura do meio rural (QUEIROZ, 2004, p.35).

É salutar desenvolver no aluno do campo a aprendizagem através de sua história, colaborando para sua maior autonomia, a fim de que possa viver em sociedade de modo crítico. Além disso, a educação trabalhada de acordo com a realidade dos alunos que vivem no campo faz com que estes sigam trabalhando no próprio campo.

Compete à União, conforme fundado no artigo 3º da Lei 7.352/10, a responsabilidade pelas políticas relativas à Educação do Campo.

A Educação do Campo não surge “do nada” e nem é iniciativa das políticas públicas, mas provém de um movimento social e da mobilização dos trabalhadores do campo, através da sua organização coletiva, diante do desemprego, da precariedade do trabalho e da carência de condições materiais de sobrevivência dessa população.

Essas novas formas de fazer com que o aluno “vá até à escola”, estão sendo desafiadoras para todos os envolvidos, pois com o isolamento, algumas escolas instituíram meios de dar continuidade à rotina de estudos, utilizando o “ciberespaço”.

Harashim (2005) observa que a internet e suas tecnologias para algumas instituições de ensino nascem como resposta, um novo ritmo de se alcançar a informação

(...) Todos aprendem juntos, não em um local no sentido comum da palavra, mas num espaço compartilhado, um “ciberespaço”, através de sistemas que conectam em uma rede as pessoas ao redor do globo. Na aprendizagem em rede, a sala de aula fica em qualquer lugar onde haja um computador, um “modem” e uma linha de telefone, um satélite ou um “link” de rádio. Quando um aluno se conecta à rede, a tela do computador se transforma numa janela para o mundo do saber. (HARASIM et al., 2005, p.19).

Na maioria das vezes, a localidade em que os alunos residem fica a uma distância muito grande da cidade e os educandos querem e precisam estudar. Assim,

as famílias desta comunidade se conectam e coletivamente instalam uma escola, através do apoio e licença do poder público, com educadores da própria comunidade entre os que possuem maior nível de escolaridade, compondo o cotidiano escolar destas pessoas, sejam elas crianças, adolescentes, jovens e adultos.

Salienta-se que essas Escolas seguem os preceitos das Secretarias de Educação, mas apresentam as particularidades de cada região, de acordo com o território que estão inseridas.

A infraestrutura no setor rural não é como a da cidade: as salas são precárias, sem conforto algum, mas o envolvimento de educadores é grande e o mais importante acontece, que é o processo de aprendizagem, o qual independe das condições de infraestrutura presentes.

Desse modo, a Educação do Campo geralmente caracteriza-se como um espaço de precariedade por descasos especialmente pela falta de políticas públicas que atendam às populações que lá habitam.

É uma complexa tarefa a de falar dos impactos da pandemia no campo, justamente pela presença de sua multiplicidade. No campo, alguns dos diversos territórios onde o contato com a natureza pertence à cultura da comunidade: assentamentos, quilombos, áreas indígenas, ocupações de terras entre outros contextos, a Educação Escolar do Campo surge como um modelo contra-hegemônico, com a finalidade de minimizar as discrepâncias existentes entre o ensino e aprendizagem das escolas rurais brasileiras.

Nesse compasso, como um recorte da política de valorização do campo, a educação também deve ser percebida pelo governo, como uma ação que visa a emancipação e cidadania de todos os sujeitos ali presentes.

Importante frisar, neste conjunto, como as novas tecnologias educativas não estão disponíveis para todos, privilegiando apenas algumas realidades e regiões do país.

Assim, o modelo educacional também sustenta a tarefa de se contrapor aos que advogam o fim do rural como tendência de homogeneização com o espaço urbano. O processo de urbanização do rural é proveniente de transformações econômicas e ambientais, que vêm se estabelecendo de forma impositiva.

2. Metodologia

A pesquisa aqui exposta possui caráter exploratório, traz uma primeira aproximação à temática suscitada, instituindo alguns questionamentos e considerando discussões teóricas sobre os assuntos explicitados, proporcionando recomendações

para futuras pesquisas na seara da Educação do Campo, em tempos de pandemia (GIL, 2009).

Os métodos utilizados foram o dialético e o observacional, bem como através da pesquisa bibliográfica e documental.

3. Mudança de Rotina: Tecnologias em Sala de Aula

Durante o período de isolamento e distanciamento social em tempos de pandemia, os educadores sofreram transformações em sua rotina de trabalho e no cotidiano escolar. Ao dia-a-dia escolar, foram incorporados o trabalho remoto, as plataformas e reuniões virtuais com a finalidade de amenizar os prejuízos para os estudantes, no processo de ensino e aprendizagem, sem o auxílio docente presencial. Realizou-se diversas gravações de vídeo—aulas, interatividade de alunos e professores através do WhatsApp, entre outros meios...

Tal suporte foi essencial para que as famílias estabelecessem para os educandos uma rotina mínima de estudos com o intuito de não perderem o compasso e nem o interesse pelas atividades propostas.

Nesse sentido, a pandemia reforçou que a sociedade, a escola e as famílias precisam reinventar-se a cada dia. Vivemos num momento de muitas incertezas, em que escola e família precisam mais do que nunca estar afinadas e alinhadas no processo educativo, formativo e emocional de todos os envolvidos (BORSTEL; FIORENTIN, MAYER, 2020).

A aprendizagem, segundo Moran (2017), advém formal e informalmente, seja sozinha ou com outras pessoas, em grupos presenciais ou on-line. Logo, é certo que a inserção dos meios tecnológicos oferece subsídios ao acesso à informação e à construção de conhecimentos coletivos. Ainda de acordo com o autor, "a escola parece um museu, um outro mundo, um espaço de confinamento, quadrado, com tempos marcados para cada área de conhecimento, para cada atividade, para cada avaliação"(Moran, 2017, p.66), ou seja, encontra-se retrógrada e ultrapassada, fora do contexto em mundo conectado.

Santos e Souza (2020, p. 41), representam preocupação com as Escolas do Campo/roça:

[...] Desse modo, queremos não apenas escolas abertas no campo/roça, mas com condições necessárias e políticas que assegurem uma prática pedagógica que vá além das paredes, dialogando com a realidade local, sendo um espaço que se constrói cidadania e reconhecimento de direitos, dando visibilidade aos sujeitos destes lugares

De acordo com Souza et al (2016), a Educação à Distância (EaD) não pode ser a única solução, pois tal metodologia tende a aumentar as desigualdades já existentes, que são relativamente equiparadas nos ambientes escolares, simplesmente, porque nem todos possuem o equipamento necessário.

A falta de aula presencial e as dificuldades de acessar à internet para ver os vídeos que explicam os afazeres e o assunto que estão estudando, levanta uma maior preocupação: Os alunos realmente entendem o que estão ouvindo?

Franco (2020), ao observar famílias e analisar essa ligação entre professores e alunos, após terem suas rotinas domiciliares sobremaneira impactadas pela quarentena, como “a escola em casa”, cita que:

[...] como professora, como tutora e como pesquisadora da Educação a Distância, vivo atualmente a posição de mãe de aluno da Educação Infantil, o que me levou –inevitavelmente –a refletir sobre como este nível educacional é afetado na Pandemia e como podemos, juntamente com a escola, minimizar os efeitos para as crianças. Infelizmente, a EaD não foi discutida antes no ciclo básico. [...] EaD parecia até fevereiro deste ano algo inatingível para a educação básica. [...] E hoje nos vemos em isolamento e tendo a [EaD] como única alternativa para dar prosseguimento ao semestre letivo. Concordando ou não, se identificando ou não, esta é a modalidade educacional que nos cabe neste momento e que, apesar de não [ser] pensada para crianças e adolescentes, nesta Pandemia vem gerando bons frutos com novas experiências. [...] na EaD sistematizada temos a figura dos tutores que fazem a ponte entre docente e discentes, a presença do polo que auxilia o aluno e do centro de educação a distância que auxilia o professor. E em uma, digamos, “emergencial EaD”, implantada pela contingência do isolamento, não temos estes recursos (pelo menos nem todos. Não é unânime a presença de estúdio de gravação de aulas, nem mesmo de um AVA). O que estamos vendo é um limitado uso de recursos virtuais em que muitas escolas fazem o mínimo, os professores se sentem desamparados e sobrecarregados, os alunos isolados e os pais perdidos.[...] Não podemos cobrar dos pais que se tornem pedagogos da noite pro dia. [...] Contudo, é essencial que os pais sejam como “tutores” das crianças em casa, incentivando a realização das atividades e, principalmente, cobrando das escolas (e não dos professores) que haja um plano de orientação para estes pais em casa. [...] Assim, não

é dever da escola apenas delegar, transferir responsabilidades. A escola tem que assumir para si a função de gestora deste momento de crise e orientar os pais sobre como ajudar seus filhos, oferecer condições de trabalho a seus professores e diminuir a distância transacional sentida pelos alunos, para que não pensem que estão isolados neste processo.

Salienta-se que as famílias das comunidades atendidas pelas Escolas do Campo, em sua maior parte, não possuem sinal telefônico ou este apresenta severas limitações. Ademais, muitos não têm acesso à internet, outros nem mesmo computadores possuem para que os estudantes possam seguir as aulas on-line, ou interagir virtualmente com os professores. O estudo na zona rural sempre foi e segue para àqueles que apresentam muita perseverança. As condições nunca são adequadas a quem busca e aprende. Além disso, as ferramentas de comunicação em meio digital são muitas, e cada escola adota estratégias, de acordo com seus objetivos educacionais.

Enormes são os desafios para implantar, ainda que de forma temporária, a educação à distância na educação básica no país. A realidade apresenta alunos e famílias que não conseguem utilizar plataformas online de ensino e professores que carecem de formação técnica para direcionar processos de aprendizagem em ambientes virtuais. (CNBB, 2020).

De uma hora para a outra, não se interage com um grupo de pessoas e sim, com uma câmera, um artefato inanimado. A pandemia, desse modo, através da mudança radical nas práticas pedagógicas influencia a vida de docentes e estudantes em diversas áreas de conhecimento.

4. Organização Das Atividades Pedagógicas

De acordo com o Parecer do CNe nº 5, de 28 de abril de 2020, a efetivação das atividades pedagógicas não presenciais, caracteriza-se por meio de tecnologias digitais ou não, podendo ocorrer através de programas de televisão, de rádio, material didático impresso com orientações pedagógicas distribuído aos alunos e seus pais ou responsáveis e pela orientação de leituras, pesquisas, atividades e exercícios recomendados nos materiais didáticos. O documento ainda versa sobre o desafio da reorganização dos calendários escolares devido às condições intrínsecas de cada rede, escola, professores, estudantes e suas famílias com a finalidade de alcançar padrões básicos de qualidade e minimizando a desigualdade educacional (BRASIL, 2020). Destarte, fala-se em certo descaso ao estabelecer as atividades pedagógicas remotas, sem sopesar a existência das comunidades camponesas, Escolas do Campo e de seus professores, os quais não dispõem de meios tecnológicos e de materiais para a concretização de tal diretriz.

Conforme com Santos, Molina e Hage (2020), no início da pandemia, algumas escolas tentaram entregar os trabalhos em casa para os estudantes, mas em poucas semanas este trabalho foi suspenso. Existem relatos de escolas do campo que imprimem os afazeres e marcam uma data para que os pais busquem tais atividades. Observa-se, no entanto, que desse modo há grandes dificuldades por parte dos pais, pois estes trabalham para garantir a sobrevivência da família, aliado às dificuldades de acompanhamento das tarefas escolares via “remota”, sem falar nas idas e vindas para buscar materiais na escola, ampliando o risco de contágio da Covid-19.

Muitas escolas, tanto públicas quanto privadas, possuem grandes expectativas acerca do que professores e familiares conseguem alcançar. Há distinção entre as famílias em confinamento. Algumas podem ajudar seus filhos a aprender mais do que outras: dispender maior quantidade de tempo disponível para se dedicar aos estudos dos filhos, (auxiliando-os com as aulas on-line), enquanto muitos pais estão em *home office* cumprindo horário laboral integral e outros tantos, precisam trabalhar externamente para garantir a renda mensal; as habilidades não cognitivas dos genitores; a possibilidade de acessar o material online; a quantidade de conhecimento inato dos pais – afinal, é difícil ajudar o filho se tiver de aprender algo estranho ao que se conheceu e aprendeu – , são questões a serem levadas em conta quanto ao papel dos pais na Educação dos filhos em tempos de pandemia. Toda essa conjuntura gerará um aumento da desigualdade na Educação e no progresso do educando (CIFUENTES-FAURA, 2020).

Frisa-se que o ensino remoto emergencial difere da modalidade de Educação à Distância (EaD), pois esta conta com recursos e uma equipe multiprofissional preparada para oferecer os conteúdos e atividades pedagógicas, por meio de diferentes mídias em plataformas on-line. O escopo do ensino remoto não é estruturar um ecossistema educacional robusto, mas ofertar acesso temporário aos conteúdos curriculares, que seriam desenvolvidos presencialmente. Assim, em decorrência da pandemia, o ensino remoto emergencial tornou-se a principal alternativa de instituições educacionais de todos os níveis de ensino, caracterizando-se como uma mudança temporária em circunstâncias de crise. (HODGES, 2020).

Para Freire (1996, p.36), é papel da escola rejeitar a qualquer forma de discriminação, pois “A prática preconceituosa de raça, de classe, de gênero ofende a substantividade do ser humano e nega radicalmente a democracia.”

Bourdieu (1998), denomina de “excluídos do interior”, numa menção aos alunos que são excluídos dentro do espaço escolar. Atualmente a distinção ocorre pelo tipo de estudo, pelo estabelecimento de ensino, pelas opções curriculares. Nesse contexto, cabem aos desprovidos os setores escolares mais desvalorizados e menos favorecidos até mesmo tecnologicamente, impossibilitando a incorporação da cultura, como lhes é devida.

Neste contexto, Perrenoud (2000) cita que “a transposição didática não é imediata, ou seja, o fato de o docente ser usuário de tecnologias digitais não garante que ele fará uso pedagógico dos seus conhecimentos com seus alunos”. (PERRENOUD, 2000, p. 14). É necessária uma formação docente que permita maior fluência digital, maior experiência, dando aos educadores condições de modificar suas práticas pedagógicas, criando alternativas de uso, em nível didático, destes recursos. Não basta que se tenham os recursos tecnológicos, é imprescindível saber fazer uso dos mesmos, como apoio ao estudo e à aprendizagem. Talvez seja esse mais um grande desafio do momento atual.

5. Aspectos Legais Relevantes para a Educação do Campo

A Educação do Campo deve ser vista não somente como modalidade de ensino, mas também como uma política pública que assegure à população camponesa os mesmos direitos educacionais garantidos à população urbana, pois se entende que no transcurso da história, tal modalidade educacional sempre foi deixada de lado, isto é, não houve um investimento expressivo pelos representantes governamentais, para que tivesse uma educação do campo condizente com a cultura e identidade do povo camponês. Também não houve legislações específicas que garantissem o direito à educação com qualidade, à população camponesa.

Importa dizer que esteve presente em nosso sistema educacional uma educação voltada para a cultura urbana, a qual era introduzida às práticas educacionais camponesas sem qualquer identificação.

Ressalta-se que a Educação do Campo possui tal designação não só por sua localização espacial e geográfica, como também pela cultura que a população camponesa possui que a distingue da cultura das pessoas, que vivem no meio urbano.

A Constituição de 1988 representou um grande marco em defesa da educação e dos direitos sociais, o texto vinculou recursos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino público. Mesmo que o texto não citasse diretamente a Educação do Campo, pode-se evidenciar um avanço na Educação como um todo. Após a Constituição Federal de 1988, há uma expansão de diretrizes, emendas constitucionais, pareceres e resoluções.

Dessa forma, como estabelecem as Diretrizes Curriculares da Educação do Campo do Estado do Paraná, a Educação do Campo configura-se “um conceito político ao considerar as particularidades dos sujeitos e não apenas sua localização espacial e geográfica” (BRASIL, 2006, p.24).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação é a Lei maior da educação e através dela se definem as linhas principais do ordenamento geral da educação brasileira,

possuindo como um dos seus principais princípios, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, decorrente da Constituição Federal de 1988, a qual preceitua que toda e qualquer pessoa tem o direito à educação, independentemente de cor, sexo, raça, idade, condição física, etc.

Salienta-se que com a LDB/96 houve um progresso com relação à Educação do Campo, já que esboçou os principais conceitos que orientam esse tipo de educação, determinando legalmente como deve ser a metodologia, o currículo, a organização das escolas situadas no campo, bem como questões envolvendo o calendário escolar que no campo diverge do calendário das escolas do meio urbano, por conta de situações climáticas e fases do ciclo agrícola.

O artigo 26 da LDB/96 possibilitou que a Educação do Campo fosse fornecida de acordo com as necessidades e especificidades da cultura camponesa, considerando-se as diferenças regionais presentes, as quais deverão ser observadas no momento do processo de ensino e aprendizagem dos alunos.

O Decreto nº 7352/2010 nasce em resposta às demandas sociais em nome de uma Educação do Campo que esteja ajustada à realidade do povo camponês. Ele dispõe sobre a política de Educação do Campo e o Programa Nacional de Educação da Reforma Agrária, o PRONERA.

O art. 2º do Decreto estabelece cinco princípios da Educação do Campo:

I - respeito à diversidade do campo em seus aspectos sociais, culturais, ambientais, políticos, econômicos, de gênero, geracional e de raça e etnia;

II - incentivo à formulação de projetos político-pedagógicos específicos para as escolas do campo, estimulando o desenvolvimento das unidades escolares como espaços públicos de investigação e articulação de experiências e estudos direcionados para o desenvolvimento social, economicamente justo e ambientalmente sustentável, em articulação com o mundo do trabalho;

III - desenvolvimento de políticas de formação de profissionais da educação para o atendimento da especificidade das escolas do campo, considerando-se as condições concretas da produção e reprodução social da vida no campo;

IV - valorização da identidade da escola do campo por meio de projetos pedagógicos com conteúdos curriculares e metodologias adequadas às reais necessidades dos alunos do

campo, bem como flexibilidade na organização escolar, incluindo adequação do calendário escolar às fases do ciclo agrícola e às condições climáticas;

V - controle social da qualidade da educação escolar, mediante a efetiva participação da comunidade e dos movimentos sociais do campo (BRASIL, 2010).

O art. 12 do Decreto delinea os objetivos do PRONERA, quais sejam:

I - oferecer educação formal aos jovens e adultos beneficiários do Plano Nacional de Reforma Agrária - PNRA, em todos os níveis de ensino;

II - melhorar as condições do acesso à educação do público do PNRA;

III - proporcionar melhorias no desenvolvimento dos assentamentos rurais por meio da qualificação do público do PNRA e dos profissionais que desenvolvem atividades educacionais e técnicas nos assentamentos (BRASIL, 2010).

Ademais, o referido programa possibilita aos indivíduos a participação da vida civil de forma independente, mas principalmente poder participar das decisões que envolvem as questões dos assentamentos e demais questões sociais, econômicas, políticas, as quais são importantes para exercerem a cidadania com dignidade, em uma sociedade democrática de direito.

6. Considerações Finais

Nessa esteira, pode-se articular que o ano de 2020 foi de grandes desafios em todas as esferas, principalmente para as que contribuem para o desenvolvimento da sociedade e com a divulgação de conhecimento científico de qualidade e acessível a todos.

Pode-se dizer que os educandos camponeses da Escola de Campo, em comparação com as escolas da zona urbana, em sua maioria, não apresentam os mesmos recursos físicos e materiais necessários para a execução do ensino remoto, logo, seria de grande importância a criação e a execução de políticas públicas educacionais voltadas para Educação do Campo.

Salienta-se a importância da infraestrutura e uma boa proposta político-pedagógica, que aborde a realidade de cada região. É preciso pensar na Escola do Campo como um sistema articulado, onde os sujeitos do campo não se tornam menos

camponeses por terem menos acesso à tecnologia e/ou acesso a instrumentos que cheguem à área rural, como jornais, filmes, revistas e livros atualizados, diminuindo a evasão escolar.

Também demonstra que uma formação ampla, que ofereça suporte aos professores tanto instrumental quanto pedagógico, é uma forma de manter a educação e, desse modo, a escola em um ambiente favorável às atividades não presenciais, objetivando-se o processo de aprendizagem com bons resultados.

Frisa-se que para trabalhar com os alunos do campo é necessário não somente conhecimentos científicos, como também é preciso conhecer a realidade local, bem como organizar projetos para trabalhar com as famílias, sem descaracterizar a identidade do homem do campo, entre outros. Urge o uso de metodologias de acordo com a realidade local, a fim de resgatar experiências vividas pelo povo e assim fazer da educação algo mais atrativo.

Fato é que professores, alunos e pais contornam a situação da falta de aulas presenciais como podem para desempenhar um calendário escolar que não foi suspenso, na maioria das regiões.

O atual período, marcado pela pandemia, expõe a precarização das Escolas do Campo, através das condições de trabalho dos educadores, acesso às tecnologias de informação e à carência de formação dos mesmos, para a utilização de tecnologias na educação, bem como os entraves relacionados à equipe pedagógica, a qual também confronta-se com as limitações do uso de tecnologias educacionais.

Após essa pandemia, não se sabe se todas as turmas de Educação do Campo existentes até então irão continuar. Compreende-se somente que o formato de educação a distância tem mostrado o caminho para dar atenção aos alunos e estes não perderem a oportunidade de aprendizagem neste ano escolar.

Observa-se através do já explanado que os parâmetros que disciplinam o trabalho à distância entre docentes, educandos, comunidades, em tempos de pandemia, não geram alívio, causam até mesmo certo desconforto e temores/receios para pais, alunos e até mesmo professores.

Coll e Monereo (2010, p. 11) salientam que apenas incorporar os recursos tecnológicos não transforma os processos educacionais, no entanto, “[...] modifica substancialmente o contexto no qual estes processos ocorrem e as relações entre seus atores e as tarefas e conteúdo de aprendizagem, abrindo, assim, o caminho para uma eventual transformação profunda desses processos”.

A educação deveria ser um processo que auxiliasse os professores, os estudantes e as famílias a atravessar esse momento, com menos estresse, sofrimento

e mais leveza, e não ao contrário. O fato de transformar a Educação do Campo em ensino remoto, significa desconhecer o papel da escola e o sentido e agregação que oportuniza as comunidades. É um espaço essencial para as comunidades, no/do campo.

Neste período de pandemia, sabe-se apenas que vão ficar muitos questionamentos, pois o desenvolvimento destas comunidades camponesas abrangem vários pontos, não só o conteúdo escolar, também o pensar de maneira crítica. Nesse aspecto, fica a pergunta em aberto: A educação realmente é para todos?

7. Referências

BORSTEL, V.V.; FIORENTIN, M. J.; MAYER, L. Educação em Tempos de Pandemia: Constatações da Coordenadoria Regional de Educação de Itapiranga. In: **Desafios da educação em tempos de pandemia**. Orgs: PALÚ, J.; SCHÜTZ, J.A., MAYER, L. Cruz Alta, 2020.324 p.

BOURDIEU, P. Os excluídos do interior. In: NOGUEIRA, M. A.; CATANI, A. (orgs). **Escritos da Educação**. Petrópolis, RS: Vozes, 1998.

BRASIL. **Diretrizes Curriculares da Educação do Campo**. Secretaria da Educação do Estado do Paraná. Disponível em:http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/diretrizes/diretriz_edcamp.o.pdf. Acesso em: 23 abril 2021.

BRASIL. PRONERA – **Educação na reforma agrária**. Disponível em: http://www.incra.gov.br/educacao_pronera. Acesso em: 16 abril 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Parecer nº 5 de 28 de abril de 2020. Reorganização do calendário escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da Pandemia da COVID-19**. Disponível em: <<https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Parecer-cne-cp-005-2020-04-28.pdf>> Acesso em: 20 mar 2021.

CIFUENTES-FAURA, J. Consecuencias en los niños del cierre de escuelas por Covid- 19: el papel del gobierno, profesores y padres. Revista Internacional de Educación para la Justicia Social, Madrid, v. 9, n. 3e, p. 1-12, 2020. Disponível em: <<https://revistas.uam.es/riejs/article/view/12216/12089>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

CNBB. **Desafios para Educação em Tempos de Pandemia**. Associação Nacional de Educação Católica do Brasil. 2020. Disponível em:<<https://anec.org.br/noticias/desafios-para-educacao-em-tempos-de-pandemia/>> Acesso em: 29 de mar de 2021.

COLL, C.; MONEREO, C. Educação e Aprendizagem no século XXI: novas ferramentas, novos cenários, novas finalidades. In: COLL, C.; MONEREO, C. (org.). **Psicologia da educação virtual: aprender e ensinar com as tecnologias da informação e da comunicação**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 15-46.

FRANCO, A. M. **Noção de pertencimento e diminuição da Distância Transacional: caminhos para a EaD**. Congresso Nacional Universidade EAD e Software Livre 2020.1 (UEADSL), UFMG, Belo Horizonte, 01/02, jun. de 2020. Palco das Conferências. Disponível em: <<https://eventos.textolivre.org/moodle/mod/forum/discuss.php?d=863>> Acesso em: 19 mar. 2021.

FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2009.

HARASIM, L., TELES, L.F., TUROFF, M., HILTZ, S.R. **Redes de aprendizagem: Um guia para ensino e aprendizagem online**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005.

HODGES, C.; MOORE, S.; LOCKEE, B., BOND, A. The Difference Between Emergency Remote Teaching and Online Learning. **EDUCAUSE Review**, 2020. Disponível em: <<https://er.educause.edu/articles/2020/3/the-difference-between-emergency-remote-teaching-and-online-learning#fn3>>. Acesso em: 30 mar 2021.

MACHADO, L. C. P.; MACHADO FILHO, L. C. P. **Dialética da agroecologia**. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

MORAN, J. M. Como transformar nossas escolas Novas formas de ensinar a alunos sempre conectados. In: Educação 3.0: Novas perspectivas para o Ensino. CARVALHO, M. (Org). **Como transformar nossas escolas Novas formas de ensinar a alunos sempre conectados**. Porto Alegre, Sinepe/RS/Unisinos. 2017. Disponível em: <http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2017/08/transformar_escolas.pdf> Acesso em: 18 jan. 2021.

PERRENOUD, P. **10 novas competências para ensinar**. Porto Alegre: Artmed, 2000. 192p.

QUEIROZ, L. R. S. Educação musical e cultura: singularidade e pluralidade cultural no ensino e aprendizagem da música. Revista da Abem, Porto Alegre, n. 10, p. 99-107, 2004.

SANTOS, M. J. S.; SOUZA, A. J. Formação docente na educação do campo/roça: o desafio da ocupação do espaço social e escolar "urbano-centrado". In: SOUZA, A. J.;

SOUZA, H. F. **Educação no/do Campo: entre o concebido, percebido e vivido.** Curitiba: Editora CRV, 2020. p.39-58.

SOUZA, S.; FRANCO, V. S.; COSTA, M. L. F. Educação a distância na ótica discente. Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 42, n. 1, p. 99-114, jan./mar. 2016.

SANTOS, C. A.; MOLINA M. C.; HAGE, S. A. M. **Ensino Remoto e à Distância aprofunda as Desigualdades e não garante o Direito à Educação dos Povos Tradicionais e Camponeses em Tempos de Pandemia.** Colaboração de texto. 2020. Disponível em: < <https://anped.org.br/news/ensino-remoto-e-distancia-aprofunda-desigualdades-e-nao-garante-o-direito-educacao-dos-povos> > Acesso em 31 mar. 2021.

RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

RODRIGO HETTSHEIMEIR: bacharelado do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO¹⁹⁰

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa deste artigo se debruça sobre a questão necessária da ressocialização. Assim, apresenta uma análise sobre ressocialização e reincidência e seus aspectos frente ao problema que se tornou o sistema penitenciário brasileiro, principalmente no que se refere às condições de desrespeito, degradantes e desumanas que contrariam o exposto na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal. O objetivo é procurar uma solução para o caos que se encontra o atual sistema Penal Brasileiro e buscar efetivar ressocialização para melhorar os índices de reincidência. Dessa forma, iremos abordar neste artigo sobre os problemas no sistema penitenciário brasileiro e como as medidas de ressocialização podem ser uma solução mais viável a curto prazo. O método utilizado foi descritivo e de revisão de autores para uma avaliação das atuais condições, sendo que ao final do mesmo, houve uma contribuição literária para o tema, e propostas de como o presente estudo deve ser utilizado como ferramenta a colaborar com mudanças.

Palavras-chave: Ressocialização. Sistema. Penitenciário. Penal. Fracasso.

ABSTRACT: The present research of this article focuses on the necessary issue of resocialization. Thus, it presents an analysis of resocialization and recidivism and their aspects in face of the problem that has become the Brazilian penitentiary system, especially with regard to the conditions of disrespect, degrading and inhuman that contradict the exposed in the Federal Constitution and the Law of Penal Execution. The goal is to find a solution to the chaos in the current Brazilian Penal system and seek to effect resocialization to improve recidivism rates. Thus, we will address in this article about the problems in the Brazilian penitentiary system and how resocialization measures can be a more viable solution in the short term. The method used was descriptive and author review for an evaluation of the current conditions, and at the end of it, there was a literary contribution to the theme, and proposals of how the present study should be used as a tool to collaborate with changes.

Keywords: Resocialization. System. Penitentiary. Criminal. Failure.

¹⁹⁰ Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

1 INTRODUÇÃO

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

O conceito de Reincidência “é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior” (NUCCI, 2008, p. 422).

Nucci (2007) explana duas formas de reincidência: A reincidência real que se verifica quando o agente comete um novo delito depois de já ter, efetivamente, cumprido pena por delito anterior e reincidência ficta, que ocorre quando o autor comete novo crime após ser condenado, porém, sem que tenha cumprido a pena.

Há quem diga que a exacerbação da pena se justifica para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando que a sanção anteriormente imposta foi insuficiente. No entanto, se a sanção imposta não foi suficiente para ressocializar o agente infrator, o Estado foi falho quanto a uma das finalidades principais da pena que é além de outras, a de ressocializar o indivíduo, devendo, portanto, considerar a reincidência não como uma circunstância agravante, pois o Estado não cumprira o seu papel ressocializador. Rogério Greco é enfático ao mencionar que a reincidência é a prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora. (GRECO, 2012).

1.2 QUESTÃO/PROBLEMA

1- O Estado está indiretamente ligado à reincidência do indivíduo já que o mesmo tem dever de ressocializá-lo?

2- Por qual motivo o indivíduo volta a cometer crime, se o papel do Estado é ressocializar o sentenciado dando oportunidade de estudo, emprego e conscientizá-lo que o crime não vale a pena?

3 - Se o Estado não cumpriu a sua função ressocializadora em face do indivíduo que está privado de sua liberdade e em seu poder, o mesmo teria responsabilidade sobre a reincidência do infrator? Se sim, porque o indivíduo deve ser punido pelo crime que cometeu e ainda ter este crime agravado por uma responsabilidade que era do Estado e que o mesmo não cumpriu?

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo Geral

Este trabalho tem como objetivo geral: analisar a ressocialização no sistema penitenciário, abordando todos os seus aspectos legais, doutrinários e sua aplicação,

discutindo a responsabilidade do Estado em face do indivíduo que reincide ao não ressocializar frente ao fracasso do sistema penitenciário apresentado.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Analisar a responsabilidade do Estado em face do indivíduo que reincide.
- Demonstrar o quão ineficiente é o modelo penitenciário na busca da reintegração do indivíduo à sociedade.
- Estudar como ressocializar através do trabalho e do estudo.

1.4 JUSTIFICATIVA

A utilização da reincidência como agravante de pena no processo penal viola os direitos humanos. Há uma concordância quase geral de que os delinquentes necessitam padecer dos males do Sistema, pois 'pensarão duas vezes antes de cometerem novos delitos'.

Hoje, a execução da pena privativa de liberdade parece não cumprir a dupla função de punir e recuperar para ressocializar, conforme estabelece a Lei de Execução Penal (LEP) em seu artigo primeiro, e ainda deixa uma marca na trajetória do egresso que se configura na exclusão social, estigmatizando-o de forma negativa para sempre.

As violações aos direitos humanos dos presos têm sido consequência do descaso dos governantes, legitimado pela sociedade, que vê no sofrimento do preso uma espécie de pena paralela. Ao ser sentenciado, o indivíduo passa à guarda ao Estado, o qual tem o dever de zelar pelos demais direitos do apenado, não atingidos pela sentença. Lamentavelmente, não é essa a realidade. (RANGEL, 2014)

1.5 METODOLOGIA

Este trabalho tem por objetivo analisar o instituto da ressocialização frente o problema da reincidência. Abordará todos os seus aspectos legais, doutrinários e sua aplicação pelos tribunais pátrios e discutirá a responsabilidade do Estado em face do indivíduo que reincide.

Assim, optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica. Segundo Gil (2007), "a pesquisa exploratória é aquela que tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito" e a pesquisa bibliográfica de acordo com Fonseca (2002), é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos e páginas de web sites.

Como técnicas de coleta de dados serão utilizados livros, artigos, legislações, jurisprudências e doutrinas que discorrem sobre o tema. A escolha dessas técnicas se fazem apropriadas, pois representam a maneira mais adequada de atingir o objetivo deste trabalho. O estudo se pauta pela abordagem qualitativa, pois se preocupa com os significados que os sujeitos atribuem às coisas. A pesquisa qualitativa preocupa-se com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais. Segundo Goldenberg (1997):

A pesquisa qualitativa não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, etc. Os pesquisadores que adotam a abordagem qualitativa opõem-se ao pressuposto que defende um modelo único de pesquisa para todas as ciências, já que as ciências sociais têm sua especificidade, o que pressupõe uma metodologia própria. O pesquisador não pode fazer julgamentos nem permitir que seus preconceitos e crenças contaminem a pesquisa. (GOLDENBERG, 1997),

2 PENA

A prisão propriamente dita, segundo Goffmann (2007), surgiu no fim do Século XVIII e princípio do Século XIX com o intuito de castigar e punir o criminoso.

A partir do momento que a sociedade decidiu viver em grupo, surgiu a necessidade da pena, como forma de reprimir, uma forma de castigo, de punir o semelhante pelos crimes cometidos, ou seja, vingança privada àquele que transgredisse as regras estabelecidas na época, direito este que vêm sofrendo modificações ao longo dos tempos.

Atualmente a pena é tida como consequência de uma conduta ilícita, como forma de punição ao mal causado. A pena de prisão no Brasil é a medida prevista no ordenamento jurídico brasileiro aplicável ao autor de uma infração penal, que consiste na perda de sua liberdade, cuja finalidade é preventiva, a fim de evitar a prática de novos delitos.

Pena a partir do vocábulo alemão *pein*, pelo latim *poena*, que se traduz dor, castigo, suplício. O termo latino, por sua vez, tem origem no grego *poiné*, com duplo significado: "retribuição destinada à compensação de um dano, ou ainda *ponos*, com sentido de punição, humilhação e sofrimento." (FRANZOLOSO 2013).

Existem vários conceitos doutrinários sobre o que é pena, e qual a sua finalidade, vejamos alguns: O jurista Rogério Greco traduz pena como:

Uma consequência natural e jurídica do delito, imposta pelo Estado, quando do cometimento de um fato típico, antijurídico e culpável, após a devida persecução criminal, devendo esta, num Estado Democrático de Direito, se dar de acordo com os Ditames da Constituição da República Federativa do Brasil. (GRECO, 2007, p. 11).

Por sua vez, o professor Mirabete salienta que "na pena deve existir várias características como: legalidade, personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade". (MIRABETE, 2004).

Mas o conceito mais aceito pelos doutrinadores, entre eles Frederico Marques, Damásio de Jesus, e Julio Fabrinni Mirabete é o elaborado por Sebastian Soler, que diz: Seguindo o entendimento de que a pena não deve ter caráter exclusivamente retributivo, mas também deve ser direcionada a uma finalidade utilitária e preventiva, Edilson Bonfim e Fernando Capez, definem pena como:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja a finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover sua reabilitação social e prevenir novas transgressões, pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ, 2003, p. 09).

Somente com a individualização, personalização e humanização da pena, que é possível assegurar ao encarcerado um tratamento mais justo, humano possível, direito este garantido constitucionalmente. A pena de prisão é considerada uma privação da liberdade, dessa forma a punição tem que estar prevista em lei, para que sejam evitados abusos e arbitrariedades do Poder Público. Desde o início, a pena teve caráter predominante de retribuição de castigo, com o fim intimidativo, a partir da reforma de 1984, passou a ter a finalidade de preventiva e retributiva.

2.1 FINALIDADE DA PENA DE PRISÃO

Conforme preleciona Thompson:

Propõe-se oficialmente como finalidade da pena de prisão, a obtenção não de um, mas de vários objetivos concomitantes, como: punição retributiva do mal causado pelo delinquente; prevenção da prática de novas infrações através da intimidação do condenado e de pessoas potencialmente criminosas e regeneração do preso, no sentido de transformá-lo de criminoso

em não criminoso. (THOMPSON, 2002, p. 25).

Podem ser encontrados outros dispositivos na LEP que visam a ressocialização do condenado, entre elas a progressão de regimes, a assistência ao egresso, todas com a finalidade de reintegrá-lo a sociedade.

A legislação tem por finalidade da pena a ressocialização do condenado, sendo necessária uma avaliação no contexto prisional, com a superlotação das unidades prisionais, falta de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena, com condições subumanas, precariedade dos estabelecimentos em termo de saúde, higiene, condições estas que o indivíduo é submetido diariamente, o crescimento de organizações criminosas e da corrupção dentro das prisões, falta de segurança, falta de funcionários especializados para o trato com os presos. Dessa forma o sistema carcerário torna-se uma escola do crime, onde criminosos de alta periculosidade dividem celas com sujeitos que praticaram delitos de menor potencial ofensivo, e esses são influenciados e obrigados a incorporar a cultura do meio social ao qual foi inserido.

Para que se tenha êxito, os estabelecimentos prisionais deveriam discriminar os presos de acordo com o exame criminológico, com a finalidade de conhecer a conduta e o melhor programa de tratamento para sua ressocialização e menor índice de reincidência.

A medida repressiva brasileira tem a finalidade de punir o sujeito através da retribuição pela prática delituosa e a prevenção, para o não cometimento de novos crimes. Nestes casos, a pena é apontada por ser "um castigo, uma intimidação ou reafirmação do Direito Penal e um recolhimento do indivíduo que a praticou para ressocialização".. (OLIVEIRA; LIMA, 2009, p. 66).

Nas palavras de Leal (2004):

Desde os primeiros momentos em que o homem começou a viver agrupado, em uma pré-conceituação de sociedade, as punições foram efetivamente drásticas para os indivíduos que conviviam e cometiam algo não aceitável pelo grupo. Em todas as classes étnicas que surgiam em diferentes épocas e em diversos locais, as punições tornavam-se semelhantes, a pena de morte para punir os delitos cometidos. A prática da pena capital tanto servia para punir criminosos, como estabeleciam a hegemonia política e religiosa. (LEAL, 2004, p. 134).

Importante ressaltar neste momento que a pena privativa de liberdade tem a finalidade de retribuição, de prevenção e de ressocialização. A finalidade de retribuição servi para demonstrar a autoridade do Estado aqueles que praticam crimes; a

finalidade de prevenção decorre do propósito de evitar novos crimes; a finalidade de ressocialização, pretende fazer com que o condenado entre no sistema prisional para cumprir sua pena e de lá saia melhor do que entrou, proporcionando a ele valores, ensinamentos e limites que lhe permita voltar a conviver em sociedade.

Contudo os altos índices de reincidência evidenciam que a pena privativa de liberdade não tem alcançado suas finalidades.

3 SISTEMA PENITENCIÁRIO

Entende Ibaixe Jr (2010) por sistema prisional, um conjunto de medidas administrativas e instalações, destinados à execução de penas privativas de liberdade. Sua existência está relacionada ao fato de que o indivíduo que praticou um determinado crime, devido à natureza deste, deve ser segregado do convívio social, sofrendo ao mesmo tempo uma punição e uma retribuição em face da infração. Deveria, também, ter pôr fim a ressocialização desse mesmo indivíduo.

O sistema prisional também conhecido como sistema carcerário age como executor de penas privativas de liberdade, tendo esta como função primordial a ressocialização do indivíduo, objetivando fornecer condições favoráveis para devolvê-lo à sociedade, enfatizando a arquitetura, segurança e respeito aos Direitos Humanos.

Existem normas no ordenamento jurídico brasileiro que tratam da organização do sistema penitenciário, a exemplo do Art. 5º inciso XLVIII da Constituição Federal, que divide as unidades penitenciárias em femininas e masculinas, por idade, pela natureza do delito e o inciso XLIX que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, podemos citar também a Lei de Execuções Penais (LEP) que prevê que os detentos sejam mantidos em celas com pelo menos seis metros quadrados para cada preso.

Assim percebemos que a Constituição Federal de 1988 traz normas que visam buscar a ressocialização do indivíduo, atribuindo normas gerais, que em regra devem ser respeitadas para que seja alcançado o principal objetivo das penas privativas de liberdade.

3.1 BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Segundo MTJR Penal (2009) existem relatos de prisões na bíblia, e muito antes dos registros cristãos. Os primeiros cativos datam de 1700 a.c e suas finalidades eram a de reclusão dos escravos angariados como espólios de guerra. Os principais crimes nos tempos antigos eram o endividamento, a desobediência, o desrespeito às autoridades, normalmente contra reis e faraós.

Estas prisões não estavam estritamente relacionadas à sanção

penal, pois não existiam códigos de regulamentação social. Por este motivo, o próximo estágio desta reclusão era a tortura e execução. Evidencia-se assim que a finalidade da prisão não era a recuperação social. Os locais usados para aprisionar essas pessoas não eram presídios ou cadeias, eram locais tais como, masmorras, torres, castelos, locais abandonados, entre outros. Durante a revolução industrial, já existiam relatos de prisão preventiva. Devido ao crescimento do estado de pobreza que se alastrou por diversos países europeus que contribuíram para o aumento da criminalidade, criou-se um grande movimento de racionalização do Direito, da Execução Penal e muito mais recentemente o reconhecimento dos direitos humanos e dos Jus Naturalismo, que veio agregar a exigência da ética e o respeito à moral e dignidade do indivíduo.

Segundo Santis e Engruch (2016), em 1828, as penitenciárias do Brasil eram muito precárias. Por isso, a Lei Imperial determinou que uma comissão visitasse as prisões civis, militares e eclesiásticas para avaliarem seu estado e apontarem melhoramentos necessários. Esse trabalho resultou em relatórios importantíssimos para a questão das penitenciárias do país, mostrando a realidade lastimável desses estabelecimentos. O primeiro relatório da cidade de São Paulo, datado em abril de 1829, tratava de problemas que ainda hoje existem, como falta de espaço para os presos e a convivência entre condenados e presos provisórios. Em 1830 o Código Criminal veio regulamentar a Pena de Prisão e individualização das penas. A pena de prisão no Brasil acontecia de duas formas: a prisão simples e a prisão com trabalho (que podia ser perpétua). O Código não estabeleceu nenhum sistema penitenciário específico, ficando a cargo dos governos provinciais escolherem o tipo de prisão e seus regulamentos.

Em 1841 foi feito novo relatório, e a comissão apresenta um olhar mais crítico, trazendo sugestões para a futura Casa de Correção de São Paulo, que viria a ser inaugurada em 1852. É nessa época, especialmente com a construção das casas de correção no Rio de Janeiro em 1850, e em São Paulo, que ocorrem as primeiras mudanças no sistema penitenciário brasileiro com a introdução de oficinas de trabalho, pátios e celas individuais, pela implantação de modelos estrangeiros como o Sistema da Filadélfia e o de Auburn. Em 1890, o novo Código Penal aboliu as penas de morte, penas perpétuas, açoite e as galés. Uma inovação desse Código foi estabelecer limite de 30 anos para as penas. Desde a promulgação do Código Criminal de 1830, já se percebia uma escassez de estabelecimentos para o cumprimento das penas previstas no Código.

A realidade no novo Código de 1890 não foi diferente, enquanto a maioria dos crimes previa pena de prisão, que envolvia trabalhos dentro do presídio, não existiam estabelecimentos prisionais suficientes para o cumprimento desses trabalhos. Novamente o legislador se vê obrigado a criar alternativas para o cumprimento dessas

penas. Existia um grande abismo entre o que era previsto em lei, com a realidade carcerária vivenciada naquela época.

O problema da falta de vagas nas prisões criava outro grave problema, a deterioração do ambiente dos presídios. Para agravar ainda mais esta situação, quando não havia uma prisão para o cumprimento da pena, uma prática comum das comarcas do interior, era a transferência dos presos para a capital.

3.2 REINCIDÊNCIA

Para Nucci (2008, p. 422) "reincidência é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior".

O instituto da reincidência está previsto nos artigos 63 e 64 do código penal brasileiro do qual constam que: "Art 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior." (BRASIL, 1940).

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (BRASIL, 1940).

Nucci (2007) explana duas formas de reincidência: A reincidência real que se verifica quando o agente comete um novo delito depois de já ter, efetivamente, cumprido pena por delito anterior e a reincidência ficta que ocorre quando o autor comete novo crime após ser condenado, porém, sem que tenha cumprido a pena.

3.3 FRACASSO NA RESSOCIALIZAÇÃO

De acordo com Souza (2008) fracasso refere-se ao estado ou condição de não atingir um objetivo desejado ou pretendido. Pode ser visto como o oposto de sucesso. Com isso, este trabalho busca demonstrar o quão ineficiente é o modelo penitenciário na busca da reintegração do indivíduo á sociedade, sendo um dos objetivos da pena, ressocializar.

A ressocialização é assunto de grande relevância atualmente, considerando-se

que o elevado índice de reincidência no país, parece consenso, está diretamente ligado à ineficiência da política adotada para que essa ressocialização se torne efetiva de fato.

Atualmente a situação das penitenciárias no Brasil é calamitosa, cadeias e presídios superlotados, em condições degradantes. Esse contexto afeta toda a sociedade que recebe os ex-apanados que saem desses locais da mesma forma como entraram em situação de revolta maior que antes da detenção. É direito de todos os cidadãos, ainda que tenha cometido algum delito, serem tratados com dignidade e respeito. (CALHAU, 2008).

Afirma-se consenso que a ressocialização está impedida de ser conseguida numa instituição estruturada como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior. A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação. (JESUS, 2007).

Todo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a promulgação da Constituição de 1988, exclui o preso da sociedade com o proposto de ressocializá-lo, porém a realidade é outra. Nesse mesmo sentido, preleciona Mirabete:

O sistema de penas de privativa de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daquele a que, em liberdade, deverá obedecer. Isso sem falar nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento, como a superlotação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados. (MIRABETE, 2003, p. 251-252)

De acordo com Zacarias:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Parece consenso que os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as graves contradições que existem no sistema social exterior. A pena privativa de liberdade não ressocializa o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da

estrutura social de denominação. (ZACARIAS, 2006, p. 74).

Concorda com Zacarias a afirmação de Zaffaroni:

A ressocialização está longe de ser objetivo da pena de prisão. Suas funções têm se pautado em objetivos antagônicos, punir e exemplar, ao ponto de se pensar que perdeu-se muito a bússola da ressocialização não sendo mais possível considerá-la utopia, algo irrealizável e sim algo absurdo, aquilo que jamais poderá ser feito porque está em oposição à lógica. (ZAFFARONI 2003, p. 114).

A ideia de ressocialização como a de um tratamento, é radicalmente alheios aos postulados e dogmas do direito penal clássico, que professa um retribucionismo incompatível com aquele. É de fato, sua legitimidade questionada desde as mais diversas orientações científicas, progressistas ou pseudoprogredistas, tais como a criminologia crítica, determinados setores da psicologia e da psicanálise, certas correntes funcionalistas, neomarxistas e interacionistas.

Depreende-se do cenário penitenciário atual vivenciado pela sociedade brasileira que muitos são os fatores negativos que conduzem e levam o apenado a voltar a criminalidade depois do cumprimento da pena e quando em liberdade, sem dúvida alguma nesse rol o ambiente penitenciário que desestrutura o estado emocional do apenado, é um fator que contribui para o seu desequilíbrio mental, notadamente frente a submissão do preso a uma mudança brusca, no que tange ao seu comportamento, o convívio social e familiar, além é claro das condições insalubres da instituições. (BITENCOURT, 2011).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2011):

Um dos grandes obstáculos à ideia ressocializadora é a dificuldade de colocá-la efetivamente em prática. Parte-se da suposição de que, por meio do tratamento penitenciário – entendido como conjunto de atividades dirigidas à reeducação e reinserção social dos apenados –, o terno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal. E, mais, por causa do tratamento, surgirão nele atitudes de respeito a si próprio e de responsabilidade individual e social em relação à sua família, ao próximo e à sociedade. Na verdade, a afirmação referida não passa de uma carta de intenções, pois não se pode pretender, em hipótese alguma, reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de não liberdade, constituindo isso verdadeiro paradoxo. (BITENCOURT, 2011, p. 139).

Na concepção de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 139) “[...] o objetivo da ressocialização é esperar do delinquente o respeito e a aceitação de tais normas com a finalidade de evitar a prática de novos delitos” e, sucumbindo a isso se percebe com clareza que o trabalho e a educação dos presos retiram os condenados do ócio, o qual é prejudicial a todo o sistema prisional e a sociedade,

Concorda-se com Bitencourt (2011), quando ressalta que a ressocialização não é o único e nem o principal objetivo da pena, mas sim, uma das finalidades que deve ser perseguida na medida do possível. Assim, não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade de conseguir a completa ressocialização do egresso do sistema prisional, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social através dos quais o Estado e a sociedade podem dispor para cumprir o objetivo socializador, como a família, a escola, a igreja.

3.4 CRITICA AO SISTEMA APRESENTADO

Gerivaldo Neiva entende primeiramente necessário ressaltar, que o Direito Penal como um todo, abarrotava as penitenciárias com delinquentes comuns, isso porque visam usá-lo em todos os âmbitos, banalizando-o assim, em consequência, não havendo mais vagas para os presos. Em segundo plano, temos um sistema idealizado perfeitamente na teoria mais corrompido na prática, chegando a uma defasagem no sistema penitenciário. (GERIVALDO, 2014).

Quanto os direitos fundamentais infelizmente, a maioria dos direitos não são respeitados, representando uma violação do ordenamento jurídico. Historicamente analisando, para entendermos as consequências atuais de um sistema perfeito nas entrelinhas e não executado. Vejamos as ponderações de Heleno Fragoso:

É antiga a idéia de que os presos não têm direito algum. O Condenado é maldito (*sacer esto*) e, sofrendo a pena, é objeto da máxima reprovação da coletividade, que o despoja de toda proteção do ordenamento jurídico que ousou violar. O criminoso é execrável e infame, servo da pena, perda a paz e está fora do direito. O outlaw no antigo direito inglês podia ser morto por qualquer pessoa, pois, como se dizia nos próprios textos, “pode ser morto meritoriamente sem a proteção da lei, o que não quer viver conforme a lei”. No direito primitivo impunha-se ao delinqüente a pena de expulsão do grupo (que virtualmente significa a morte). (FRAGOSO, 1980).

Como pontos extremos, existe uma demanda significativa de condenações e um número de vagas bem inferior ao necessário, sendo comum que presos condenados cumpram sua pena em cadeias públicas, como os condenados a regime

semi aberto ou mesmo regime aberto, cumpram pena no mesmo estabelecimento destinado ao condenados em regime fechado. Com isso, temos presos com características muito distintas, ou seja, presos por crime de pequeno ou médio potencial ofensivo em convívio com presos condenados por crimes de grande potencial ofensivo, sendo acomodados em uma única cela, não respeitando assim a individualização e colocando em risco a segurança jurídica por falta de uma estrutura já prevista em lei. Durante o cumprimento da pena, o condenado conserva todos os direitos. Dignidade, palavra que vem do latim "dignitas", que significa honra, virtude ou consideração, é uma qualidade moral inata, ou seja, nasce com a pessoa, além de ser considerada indisponível, porém como estamos cansados de assistir as mazelas, notamos que os presos são colocados em ambientes insalubres e totalmente desrespeitados ao mínimo de dignidade humana.

Ingo Wolfgang Sarlet considera que a dignidade humana é indisponível e garantida constitucionalmente, assim descreve:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2011, p. 73).

A dignidade da pessoa humana é um conjunto de direitos fundamentais, necessários a sua subsistência, tais como, acesso amplo aos serviços de saúde, educação, e demais outros, inseridos, porém não cumpridos quanto a destinação a esta parcela momentânea (condenados), na Constituição Federal do Brasil.

Feitas ponderações, e de acordo com Kaehne, são situações desumanas que levam ao aumento dos crimes, estando uma diretamente ligada a outra:

São situações como essas que fazem com que os seres humanos recolhidos aos cárceres, que única e exclusivamente, perderam a liberdade, mas não a dignidade, saiam dali embrutecidos, animalizados, bestializados, prontos a cometer não mais aquele crime que os levou aos cárceres, mas outros mais violentos [...]. (KAENE, 2001).

Novamente entrando nas tangentes de direitos sociais a Constituição Federal

traz em seu artigo 5º, e incisos, garantias fundamentais que asseguram ao encarcerado o direito a dignidade, mesmo estando preso este direito não pode ser ferido. Vejamos: "Art. 5º, III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante"; (CONSTITUIÇÃO FEDERAL art. 5).

A realidade dos presídios e delegacias encontram-se em conflito, ante a falta de estrutura, onde o que se encontra é a falta de recursos para oferecer o mínimo de dignidade ao condenado, celas superlotadas, falta de higiene, a violência dentro dos próprios presídios, garantias constitucionais totalmente violadas, que contribuem para agravar a crise que se encontra o sistema penitenciário no país e o aumento da criminalidade, não alcançando assim a finalidade que a esses órgãos é atribuída.

Entre os efeitos do aprisionamento, Fonseca (2006) destaca: a perda da identidade e a aquisição de uma nova, sentimento de inferioridade, regressão e empobrecimento psíquico, o que dificulta a elaboração de metas em longo prazo. Comenta ainda que após ressaltar os prejuízos psicológicos do aprisionamento, percebe-se a necessidade e a responsabilidade da sociedade em possibilitar a reintegração social da pessoa privada de liberdade.

4 MEDIDAS POSSÍVEIS

A LEP (Lei de Execuções Penais – Lei 7.210/1984) é a lei que regula os direitos e deveres dos detentos com o Estado e a sociedade, estabelecendo normas fundamentais a serem aplicadas durante o período de prisão. Por esta razão recebe a alcunha de Carta Magna dos detentos. É considerada, atualmente, como uma das leis mais avançadas, por estabelecer normas e direitos eficientes, principalmente, quanto à ressocialização do detento. (MIRABETE, 2004, p. 108).

Com efeito, a Lei em seu artigo 1º estabelece, como um dos principais objetivos da pena, a oferta de condições que propiciem harmônica integração social do apenado. Assim, se cumprida integralmente, grande parcela da população penitenciária atual alcançaria êxito em sua reeducação e ressocialização.

De acordo com Montoro (1999, p.55) afirma que o termo "ressocializar denota tornar o ser humano condenado novamente capaz de viver pacificamente no meio social, de forma que seu comportamento seja harmonioso com a conduta aceita socialmente".

Entretanto, é preciso que o Estado resguarde um mínimo de liberdade e personalidade do apenado para que este possua condição para assimilar o processo de ressocialização. Ainda neste sentido, prescreve a LEP, art.10º: "A assistência ao preso

e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno a convivência social."

O art.11 do mesmo instituto especifica a assistência devida pelo Estado, devendo esta ser material (alimentação, vestuário e instalações higiênicas), jurídica, educacional, social, religiosa e assistência à saúde.

De acordo com o art.22 a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. Atentando a tais considerações, Albergaria (2006), diz que se elencam como os principais problemas do sistema carcerário a violência física, psicológica e sexual entre presos e agentes custodiadores e entre os próprios presos; a superlotação penitenciária obrigando detentos primários a conviverem com reincidentes e praticantes de crimes hediondos; a falta de assistência médica efetiva.

Então, o que se pode fazer como medidas para mudar este panorama? Está demonstrado que o sistema penitenciário brasileiro está em crise, podendo ser apontado diversas situações, entre elas, falta de investimento público, condições desumanas que o encarcerado é submetido, falta de profissionais capacitados, corrupção, rebeliões. Renan Calheiros acredita ser necessário buscar um modelo de atendimento mais eficiente, dentro das regras do Estado de Direito, com princípios de humanização, assim considera:

O conteúdo retributivo do mal consequente do crime, sendo assim as entidades devem conceder ao cidadão privado da liberdade, como um reeducando, ou seja, alguém precisa ser submetido a um processo de reeducação onde ele tenha acesso a educação, trabalho, lazer e acima de tudo respeito a vida, para que amanhã ele possa ser um egresso, ou seja, alguém que volte a sociedade e todos os acolham como pessoa e não mais como marginal. (CALHEIROS, 1998).

O Estado é o responsável por estabelecer a ordem, a Lei e a segurança, mas o que encontramos são celas superlotadas, direitos e garantias individuais suprimidas, descumprindo sua função de garantir a integridade física e moral dos encarcerados, ferindo o artigo 5º e inciso XLIX da Constituição Federal:

Art: 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:

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e

O encarcerado tem todos os direitos não atingidos pela sentença, tem garantido a inviolabilidade do direito à vida e à segurança, além do respeito a integridade física e moral, e podemos observar que o Estado tem falhado em suas obrigações. O artigo 88 da Lei de Execução Penal ainda prevê como deve ser tratado o condenado: "O condenado será alojado em cela, individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório". (LEI 7210/84, art. 88).

O legislador procurou oferecer um ambiente condizente com as necessidades básicas do ser humano, mas o que temos é um amontoado de pessoas em condições desumanas, ou seja o Estado inerte.

4.1 REINTEGRAÇÃO SOCIAL E RESSOCIALIZAÇÃO POR MEIO DO TRABALHO

O trabalho tem muitos significados do nosso dia-a-dia.

Com isso, o trabalho pode contribuir para melhorar a crise do sistema prisional pois é a possibilidade do preso exercer atividade laborativa, e não é apenas o trabalho mero como passatempo, tendo em vista que não se trata de um mecanismo pedagógico. O trabalho tem a função de resguardar a dignidade da pessoa como agente capaz de prover sua própria subsistência com autonomia. O trabalho exerce papel essencial para que o preso tenha uma experiência construtiva que demonstra que é possível e, principalmente, viver com dignidade sem agredir os outros. (MOURA, 2009).

Dentro dessa perspectiva o trabalho é rico de sentido individual e social, é um meio de produção da vida de cada um ao prover subsistência, criar sentidos existenciais ou contribuir na estruturação da identidade e da subjetividade. (TOLFO; PICCININI, 2007).

As propostas de ressocialização são trabalhadas em diversos lugares no mundo. Para a política de execução penal, pensa-se em atividades laborais e de cunho profissionalizante, bem como atividades educacionais, culturais, religiosas e esportivas. (JULIÃO, 2007).

Para o autor supracitado, trabalho e educação são elementos fundamentais quando se trata da discussão sobre projetos e programas de "ressocialização" no sistema penitenciário. Sempre foram vistos de formas diferentes. Enquanto uns valorizam o trabalho como proposta de programa de ressocialização, existem outros que prezam pela educação. Existe outro grupo que acredita que a educação e o trabalho devem ser trabalhados em paralelo.

O verdadeiro significado do trabalho na vida dos apenados só será visualizado

no momento em que o sistema prisional compreender que o indivíduo só percebe um sentido no trabalho quando pode estabelecer um vínculo com ele, e que lhe permita perceber seu valor. Portanto o trabalho só exercerá um papel preponderante na ressocialização dos apenados quando esses encontrarem um sentido nas tarefas a serem realizadas e assim tentarem buscar o equilíbrio físico e mental (LEMOS, MAZZILI, KLERING, 1998). Os autores frisam que o trabalho prisional precisa ser organizado de tal maneira que as tarefas realizadas não representem somente estímulos mecânicos, mas que antes de qualquer coisa os apenados encontrem nas condições de trabalho os fatores necessários para o seu desenvolvimento pessoal.

O idealismo de um sistema prisional está naquele que conta com trabalho para o detento, que lhe retire da inércia que tanto incentiva a prática delituosa, como aquele que prepara o preso para sua inserção na sociedade decorrido o prazo de cumprimento de sua pena. Além do mais, o sistema deve ser bem estruturado e garantir uma vida saudável ao preso, assim como, por último, o sistema deve ter a participação da comunidade na ressocialização do preso. (MOURA, 2009).

4.2 RESSOCIALIZAÇÃO PELO ESTUDO

Também podem ser oferecidos aos condenados cursos profissionalizantes com oficinas dentro das penitenciárias, e este instrumento seria muito mais que uma forma de novamente socializar o preso, teriam ainda, a função de trazer a formação de mão de obra especializada aos detentos. (MOURA, 2009).

A educação dos encarcerados é uma questão prevista na Lei de Execução Penal e direcionada aos presos, mas sua implantação resulta num impasse bastante manifesto por aqueles que trabalham com educação prisional que é a difícil relação entre a educação e a segurança. A educação é vista pelos agentes de segurança como algo que fragiliza a segurança do presídio; e, por outro lado, o professor diz que o agente tem má vontade e que desmerece os estudos do preso. (MOURA, 2009).

Vale registrar que no Brasil vem sendo discutidas alterações nas disposições da Lei de Execuções Penais para que todos os juízes brasileiros considerem os estudos na prisão como uma forma de diminuir a pena do detento. A ausência de preocupação com a educação e formação profissional do preso é reflexo do descaso que a sociedade brasileira como um todo tem em relação à educação. É preciso que a sociedade amadureça quanto a importância da educação prisional, pois sem educação, a penitenciária é a forma mais onerosa transformar pessoa. A principal função da educação prisional é a de contribuir para resolver problemas como violência, saúde, entre outros de ordem sociais. Há quem argumente que, como temos inúmeros problemas de natureza social, então a educação dos presos é uma questão secundária. Outra ótica e diga-se, bem mais positivista é aquela que vislumbra na educação uma chance para que o preso possa restabelecer sua vida e melhorar outros aspectos. A

Educação, sem ressalvas é o caminho para o desenvolvimento e para barrar o aumento da violência. "Nenhum país do mundo conseguiu se desenvolver e progredir social e economicamente sem investir na educação. A Educação é praticamente a única fonte segura que garante a ascensão social dos mais pobres". (MOURA, 2009, p. 3).

A realidade das prisões brasileiras é uma expressão de questões sociais em que há diversos fatores que colaboram para que ela continue nessas condições, funcionando como uma instituição violadora dos direitos humanos. O efetivo carcerário, geralmente, é formado por uma população com baixa escolaridade e muitas vezes sem nenhum tipo de profissionalização. (ANDRADE, 2008).

Dessa maneira, observa-se a importância de educar os presos e garantir uma atividade laboral para que eles saibam que ao reingressarem na sociedade poderão também voltar ao mercado de trabalho de acordo com as funções os quais tiveram oportunidade de se capacitar durante o período em que estiveram recolhidos para cumprimento da pena.

Assim, aqueles que se encontram presos, em algum momento de suas vidas não conseguiram usufruir a cidadania em sua plenitude, pois apesar da universalização dos direitos, o acesso aos mesmos ocorre de maneira desigual. (ANDRADE, 2008).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fazer uma análise acerca do sistema prisional e da ressocialização do apenado, fica clara a ineficiência do atual sistema prisional e a superlotação das penitenciárias. Em termos de ressocialização, o sistema carcerário atual não é voltado para o trabalho dos presos, sendo que o encarceramento apenas os deixam mais motivados para voltar a praticar a reincidência.

A superlotação prisional, o descaso dos governantes e a inexistência de um trabalho para a recuperação do detento tem sido um pressuposto para as rebeliões em presídios, que tem levado sentenciados a morte por seus próprios companheiros.

Todo esse caos e precariedade de um sistema em crise ocorre por óbvio em decorrência da falência e desestruturação do sistema carcerário que esgotou suas potencialidades de punir e de ressocializar o detento com a promoção da dignidade enquanto encarcerado e de políticas públicas educacionais.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da Execução Penal*. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ANDRADE, V. R. **Sistema Prisional e Direitos Humanos: desafios para a garantia de uma política de proteção aos direitos dos presos.** UFRJ [monografia]. 2008.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: jun. de 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

BORDIEU, Pierre. O camponês e seu corpo. **Rev. Sociol. Polit.** [online]. 2006, n.26. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782006000100007&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: jun. de 2020.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: jun. de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: jun. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: jun. de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias Infopen**, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: jun. de 2020.

BUENO ARÚS, Francisco. **La resocializacion del deliciente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciário.** In: Actualidad Penal, Madrid, n.1, 1987.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição federal anotada.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALHEIROS, Renan. **Um Novo Modelo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges. **A eficácia das Penas Alternativas.** Teresina: Associação Piauiense do Ministério Público, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 10ª ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2004.

CARVALHO FILHO, Luis Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002, p.45.
Disponível em: www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf.
Acesso em: jun. de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ Serviço** – Saiba como funciona a remição de pena. Agência CNJ de Notícias, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81644-cnj-servico-como-funciona-a-remicao-de-pena>> Acesso em: jun. de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Entenda os diferentes regimes de cumprimento de pena. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em:
<https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/172889464/entenda-os-diferentes-regimes-de-cumprimento-de-pena>. Acesso em: jun. de 2020.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Rio de Janeiro, 2006.

DALEPRANE Cristina Passos; HATAB, Layla Gonçalves. **O trabalho prisional como alternativa de ressocialização penal: uma garantia de efetivação dos direitos humanos**. RVMD, Brasília, V. 5, nº 1, p. 128-164, Jan-Jun, 2011. Disponível em:
<https://bdtd.ucb.br/index.php/rvmd/article/download/2632/1611>. Acesso em: jun. de 2020.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto, A. **Penas Restritivas de Direitos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

DOTTI, Ariel René. **A Crise do Sistema Penitenciário**. Artigos de Direito, 2003. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12441-12442-1-PB.pdf>. Acesso em: jun. de 2020.

EBRADI, Escola Brasileira de Direito. Como se dá a progressão e regressão do regime de cumprimento da pena? **Jusbrasil**, 2017. Disponível em:
<https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/447444472/como-se-da-a-progressao-e-regressao-do-regime-de-cumprimento-da-pena>. Acesso em: jun. de 2020.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

FRAGOSO, HELENO *et al.* **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANZOLOSO, Alexandre G. **Aplicação da pena e o princípio da proporcionalidade**. 2013. Disponível em:

<https://www.campograndenews.com.br/artigos/aplicacao-da-pena-e-o-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: jun. de 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Trad. Dante Moreira Leite. 7 ed. São Paulo: Perspectiva Ed., 2007.

GOLDENBERG, Mirian. **A Arte de Pesquisar**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O Regime Disciplinar Diferenciado é Constitucional?** O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora. 2007. Disponível em: www.bu.ufsc/constregimedisciplinardifer.pdf. Acesso em: jun. de 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed., vol I. Rio de Janeiro: Impetrus, 2012.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. 3. ed. rev. atual. Niterói, RJ: Impetus, 2007.

IBAIXE JR, João. **Sistema prisional: alguns conceitos para compreender estatísticas**. Última Instância, 2010. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/2765/sistema+prisional+alguns+conceitos+para+compreender+estatisticas.shtml>. Acesso em: jun. de 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal parte geral**. 24 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

JULIÃO, Elionaldo Fernando. **Educação para jovens e adultos privados de liberdade: Desafios para a política de reinserção social**. Salto para o Futuro. EJA e Educação Prisional. Rio de Janeiro, Boletim 06, Maio de 2007.

_____. **Educação profissional para jovens e adultos privados de liberdade**. Salto para o Futuro. EJA e Educação Prisional. Rio de Janeiro, Boletim 06, Maio de 2007.

_____. O impacto da educação e do trabalho como programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Educação**. Rio de Janeiro, v. 15, n. 45, p. 529-596, set./dez. 2010.

JUNIOR, Mauro Tarantini. MTJR PENAL. **O Sistema Prisional Brasileiro**. Portal Estácio, 2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/1734/artigo-sistema-prisional-brasileiro-pseudonimo-mtjr-penal-1.pdf>. Acesso em: jun. de 2020.

KAENHE, Maurício. Privatização dos Presídios. **R. CEJ. Brasília**, n.15, p. 12-29, set/dez.2001. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: jun. de 2020.

KOLKER, Tânia. **A Atuação dos psicólogos no sistema penal**. In: GONÇALVES, H.S e BRANDÃO, E.P. Psicologia Jurídica no Brasil. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2004.

LEAL, João José. **Direito penal geral**. 3ª ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL in Vade Mecum. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEP - Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984 - Institui a Lei de Execução Penal. Art. 91. **A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto**.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de Execução Penal, teoria e orática**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Execução Penal**. São Paulo: Ed Atlas, 11ª ed., 2004.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo: RT, 1999.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Revista **Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, São Paulo, ano V, n. 28, p. 37, out/Nov, 2004.

MOURA, Danieli Velela. A crise do Sistema Carcerário Brasileiro e sua consequência na ressocialização do apenado. **Revista jus vigilantibus**. 2009. Disponível em: <http://http://jusvi.com/artigos/40365/3>. Acesso em: jun. de 2020.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal. In: **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

NEIVA, Gerivaldo. **As Regras de Mandela implodem o sistema prisional brasileiro**. Regras mínimas para tratamento de presos, 2014. Disponível em

<https://gerivaldoneiva.jusbrasil.com.br/artigos/351652213/as-regras-de-mandela-implodem-o-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: jun. de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Código Penal Comentado**. 7 ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2007.

OLIVEIRA, Gleick Meira; LIMA, Rebecca Rocha. **Do Direito Penal brasileiro: Das penas e da pena de morte**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/diretoria@ambito-juridico.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9101&revista_caderno=3. Acesso em: jun. de 2020.

RANGEL, Anna Judith. **Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais**. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <http://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>. Acesso em: jun. de 2020.

SANTIS, Bruno Morais Di; ENGBRUCH, Werner. A Evolução Histórica Do Sistema Prisional. **Revista Pré Univesp**. nº 61, Ed. Universo, 2016. Disponível em: <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WZMWDYjyvIW>. Acesso em: jun. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública: na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

SOUZA, Marcio. **Fracasso**. Dicionário Informal, 2008. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/fracasso>. Acesso em: jun. de 2020.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. Disponível em: <http://www.intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/juridica/article/viewfile/833/810>. Acesso em: jun. de 2020.

TOLFO, S. R., & PICCININI, V. **Sentidos e significados do trabalho: explorando conceitos, variáveis e estudos empíricos brasileiros [Edição Especial]**. Psicologia & Sociedade, 2007.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A terceirização do sistema carcerário no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 275, 8 abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5055>. Acesso em: jun. de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Reclusão x Detenção x Prisão Simples**, 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/reclusao-x-detencao-x-prisao-simples>. Acesso em: jun. de 2020.

VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. Privatização de Presídios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Revista dos Tribunais, ano 1, nº. 2, abril/julho, 1993.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Diriето penal brasileiro: teoria geral do direito penal v.1**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO NO ÂMBITO EDUCACIONAL ATRAVÉS DE PROCESSOS LICITATÓRIOS

ANA CARNEIRO JUNQUEIRA MOTA:
Bacharelanda do curso de Direito da
Universidade Brasil.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: Uma grande dificuldade dos pais quando se tem filhos e precisam conciliar sua rotina de trabalho e os cuidados com as crianças, é a questão das vagas em creches e pré escolas. Alguns fatores que implicam nesta questão são as quantidades de vagas por escolas, a quantidade de escolas por municípios, a questão da distância entre as escolas e residência das crianças, as salas de aulas superlotadas e as poucas vagas integrais. Uma solução instigante e que traz diversas discussões é parceria entre o setor público e o privado por intermédio de processos licitatórios. Se tratando de processos licitatórios, não é simples e nem fácil, existem centenas de procedimentos, protocolos e normatização a seguir. Existe o bom senso, um olhar abrangente entre os administradores dos municípios para solucionarem e transformarem o problema em benefício e praticidade para ambas as partes, ou seja, para o município, pais e proprietário de instituições privadas.

Palavras-chave: Vagas. Parceria Público X Privado. Processos Licitatórios.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 SISTEMA NACIONAL DE EDUCAÇÃO BÁSICA E SEUS DIREITOS. 2 DIREITO À CRECHE E O DEVER DO ESTADO. 3 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICO. 4 PROCESSO LICITATÓRIO E SUAS LEIS 4.1 Das Modalidades de Licitação. 4.1.1 Concorrência. 4.1.2 Tomada de preço. 4.1.3 Convite. 4.1.4 Concurso. 4.1.5 Leilão. 4.1.6 Pregão. 4.2. Das Fases do Procedimento Licitatório. 4.3. Dos Tipos de Licitações. 4.4 Quem Pode Participar de Licitações. 4.5 Como Participar de Licitações. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O serviço público educacional prestado no Brasil vem sofrendo várias retaliações em questão de qualidade de ensino em comparação aos outros países.

Salas de aulas superlotadas e filas de espera para vagas integrais em creches é uma dificuldade que os municípios vem enfrentando. O ministério público através de denúncias entra em ação e os órgãos públicos precisam cumprir o mandado sobre pena de multas diárias.

O objetivo do trabalho é mostrar uma solução para esse tema que é simplesmente uma parceria entre o setor público e o privado em intermédio de licitações. As instituições de ensino privada desenvolve a apresentação de projetos orçamentários e concorrem entre si para a prestação de serviços educacionais resolvendo as questões das crianças fora da escola, atendendo a demanda integral e também oferecendo um serviço de qualidade para os munícipes.

Com a pressão do ministério público e com a falta de planejamento do município é construído escolas as pressas sem um planejamento ideal que respeite a qualidade de infraestrutura, proposta pedagógica, enfim, é realizado locações de prédios desprovidos de espaços que foram adaptados para receberem uma demanda de urgência. Cada dia que passa as escolas vem tendo mais concretos e menos natureza, mais grades e menos árvores.

Esse trabalho de conclusão de curso está sendo desenvolvido em cima de referências bibliográficas.

A parceria público privado tende a dar certo desde que muito bem estruturado através de normativas, fiscalização, igualdade no oferecimento dos serviços em comparação as crianças matriculas em escolas do municípios e nas escolas administrada por empresas privadas.

Para tanto é de suma importância a abertura para um novo olhar em prol a qualidade de ensino público no Brasil.

1 SISTEMA NACIONAL DE EDUCAÇÃO BÁSICA E SEUS DIREITOS

A constituição da república federativa do Brasil prevê em seu texto inicial de forma clara e assertiva o seguinte:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988, Art. 205.)

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece o Oferecimento da educação básica gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade. (LDB, 2013, Art. 1º.)

A educação básica é dividida por três seguimentos, sendo eles: educação infantil, fundamental e ensino médio.

A educação infantil é o alicerce da educação básica, o ensino fundamental é o chão das paredes e o ensino médio é seu acabamento. É dessa visão holística de "base", "básica", que se pode ter uma visão consequente das partes.

Prevê ainda na constituição a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e a qualidade do ensino público de maneira a entender que é responsabilidade do poder público assegurar esses direitos, zelar, incentivar e garantir de fato a todos os brasileiros esse desenvolvimento pleno em padrão de qualidade (BRASIL, 1988, Art. 206).

Quando se fala em condições de igualdade na constituição, entende-se que todos têm o mesmo direito.

A igualdade mencionada na constituição vai além do escrito pois quando se fala em inclusão, é preciso oferecer além do comum, sendo pertinente se o legislador mencionasse a palavra "equidade" que em sua terminologia consiste em adaptação da regra existente à situação concreta, observando-se os critérios de justiça. Adaptando a regra a um caso específico, a fim de deixá-la mais justa. Ela é uma forma de se aplicar o Direito, mas sendo o mais próximo possível do justo para as duas partes.

O direito à educação é um direito social, sendo um direito de segunda geração, ou seja, está dentro da concepção de um Estado de Bem-estar social, exigindo do Estado um fazer para concretizar o direito conforme previsto da constituição:

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.

2 DIREITO À CRECHE E O DEVER DO ESTADO

O Plano Nacional de Educação é definido a cada década, e o último foi sancionado em junho de 2014 vigorando até 2024. Foi delimitado 10 diretrizes e 20 metas para o sistema de educação. A meta referente a educação infantil diz:

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE (BRASIL, Senado Federal, PNE, Lei nº 13.005/2014).

As políticas públicas deram ênfase na educação infantil e trouxeram responsabilidades aos municípios em proporcionar o ensino nessa etapa. No entanto, o tempo curto para que os governos municipais se adaptassem à nova legislação resultou na escassez de vagas nos sistemas públicos de educação infantil e atualmente verifica-se um amplo e crescente processo de judicialização do direito à educação infantil - que passou a ser uma das principais políticas públicas a receber intervenção do Poder Judiciário e do Ministério Público, dado que, a educação é um direito público subjetivo e faz-se possível que seja reclamada a fruição desse direito através de ação judicial no intuito de compelir os órgãos competentes à abertura de novas vagas (OLIVEIRA; SILVA; MARCHETTI, 2018 *apud* MELO, 2006).

Além do governo oferecer a educação básica gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos é dever também do município oferecer assistência aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas conforme mencionado na constituição em seu artigo 7º inciso XXV. Não é obrigatório a criança estar matriculada nos 3 primeiros anos de idade, mas, se por ventura os pais precisarem da vaga por qualquer motivo ou até mesmo sem motivo, o município deverá ofertar. Faz parte de uma das metas do Plano Nacional de Educação e é um direito do cidadão (BRASIL, Constituição, Emenda Art. 7º. 2006).

O Estatuto da Criança e do adolescente trás em seu artigo 53, inciso V, que além do direito à vaga na creche, a unidade deve ser próxima à residência da criança. Segue o seu texto "acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica" (BRASIL, 2019).

Como observado, é inegável o direito à creche, direito este gratuito e universal, pois todas as pessoas podem utilizá-lo, independentemente de possuírem condições financeiras ou não.

Apesar da creche, historicamente, estar vinculada à visão de um lugar apenas de cuidado e não orientada por objetivos educacionais, a extensão e a importância de sua função na vida da criança vai muito além disso. O ambiente escolar infantil de qualidade tem o papel, de possibilitar o desenvolvimento integral da criança, pela promoção de aprendizagens, pelo eixo das brincadeiras e interações (BRASIL, 2009), organizada pelos educadores que planejam o tempo, espaços e objetivos de aprendizados.

É consenso entre especialistas à importância dos primeiros anos de vida para o desenvolvimento pleno da criança e a creche é parte fundamental para resultados de excelência.

3 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICO

Os serviços públicos, como no caso da educação, podem ser prestados diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, conforme mencionado nos termos do artigo 175 da Constituição Federal, que diz:

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

De acordo com a Lei Nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995 (Brasil, 1995), entende-se Concessão de Serviço Público uma forma de delegação, ou seja, o poder concedente transfere para o particular a execução do serviço conservando em suas mãos a titularidade do serviço o que lhe permite controlar e retomar o serviço caso necessário.

Existem outras formas de realização do serviço particular, como por exemplo a permissão, autorização e a parceria público-privada.

No caso em questão uma concessão de serviço público passa a ser realizado por uma entidade privada e o poder público se mantém como agente fiscalizador, apenas verificando como aquele serviço é prestado.

A empresa que realiza o serviço público é chamada de concessionário e o poder estatal que concede serviço público é chamado de poder concedente.

A empresa concessionária normalmente é remunerada diretamente com o usuário, através de uma tarifa. Caso esse serviço público não for realizado de uma forma eficiente, ele pode retornar ao poder estatal através da encampação.

Uma concessão pode ser precedida de uma obra pública, nesse caso a empresa é contratada não somente para explorar o serviço mas também para realizar a própria

obra que gera aquele serviço. Um exemplo disso é quando uma empresa contratada para fazer uma estrada passa a explorar aquela rodovia através de um pedágio.

Vale destacar alguns exemplos de concessão que são administrados por entidades privadas, é o caso de boa parte dos aeroportos, alguns serviços de transporte público como ônibus e barcas e também as concessões de serviços como a energia e a água que existe uma diferença entre eles pois a concessão e a permissão é um ato mais precário que pode ser revogada unilateralmente pelo poder público.

4 PROCESSO LICITATÓRIO E SUAS LEIS

A Lei nº8.666 de 21 de Junho de 1993 prevê o seguinte em seu artigo 2º:

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (BRASIL,1993).

Diferentemente das empresas no setor público a realização de compras e as contratações de bens e serviços, são realizadas através de licitações, gerando concorrência igualitárias no mercado.

A licitação resume se é um procedimento administrativo formal e obrigatório para contratação de serviços ou aquisição de produtos em situação pública direta ou indireta. Isso acontece antes das assinaturas de contratos com a Administração Pública e é visado a garantia de igualdade e de condições a todos que queiram concretizar um contrato com o Poder Público. No Brasil o processo licitatório é um processo administrativo, isonômico regulado pela Lei nº 8.666 93 de 21 de junho de 1993 e pela Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, elas servem para que as administrações das prefeituras possam avaliar e selecionar as compras de serviços ou materiais com menor custo e qualidade e então realizar a licitação para poderem comprar esses materiais ou serviços.

Um exemplo de como funciona um processo licitatório é quando a prefeitura precisa de asfaltar algumas ruas. A prefeitura irá realizar uma licitação, contratará a empresa vencedora e então a empresa poderá realizar o serviço.

Na Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI, determinou se que os serviços, as obras, compras e alienações deverão ser contratados apenas por processo de licitação pública pois irá assegurar a igualdade de condições a todos os participantes, onde haverá disposições que estabeleçam formas de pagamento, mantidas as exigências efetivas da proposta, nos termos da regulamentação, o qual somente permitirá os requisitos de qualificação técnica e econômica fundamentais à garantia da realização das obrigações (BRASIL, 1988).

Nenhum Decreto, Regulamento ou Lei Estadual poderá ir de encontro com a Lei nº 8.666 de 1993 que regulamenta as exigências para licitações e contratos da Administração Pública e de outras providências e nem contra a Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002 que institui a modalidade de licitação chamada pregão, para compra de bens e serviços comuns e de outras providências.

Nove são os princípios constitucionais que regem sobre o artigo 3º da lei nº 8.666 de 1993 que devem ser observados nas licitações públicas, sendo eles:

Princípios	Descrição
Princípio da Isonomia	No que se relaciona com a licitação, tem o significado de dar tratamento igualitário a todos os interessados. Condições essenciais para garantir a competição em todas as fases da licitação. Refere-se ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, "caput", da Constituição Federal.
Princípio da Legalidade	É inerente a Administração Pública e aos os licitantes as regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor. Ele detém a eficiência, impessoalidade, eficiência, eficiência moralidade.
Princípio da Impessoalidade	Estabelece a Administração o dever de defesa do interesse público, imparcialidade, reparando em suas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, impedindo discriminações e o subjetivismo na condução dos procedimentos de licitação.
Princípio da Moralidade e Princípio da Probidade Administrativa	A atuação dos agentes públicos e dos licitantes deverão agir conforme os preceitos éticos, além de lícita, compatível com a moral os bons costumes e as regras da boa administração.
Princípio da Igualdade	Não deve haver favoritismo e parcialidade aos licitantes.

Princípio da Publicidade	Todos os interessados deverão ter acesso a divulgação das licitações públicas e seu controle, disponibilizado pelos administradores em todas as fases das licitações.
Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	Impõe a administração e o licitante a analisar as normas e condições estabelecidas no edital convocatório. Não podendo ser criado ou realizado sem que haja previsão no ato convocatório.
Princípio do Julgamento Objetivo	O administrador deverá apreciar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Removerá a possibilidade do julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no edital, mesmo que em benefício da própria administração.

Fonte: (BRASIL, 1993)

4.1 Das modalidades de licitação

No artigo 22 da Lei nº8.666 de 21 de junho de 1993 prevê se cinco modalidades de licitação. As categorias licitatórias são os diversos procedimentos prenunciados no regulamento para o processamento da licitação, sendo elas a **concorrência**, a **tomada de preço**, o **convite**, o **concurso** e o **leilão**. Vale ressaltar que existe outra modalidade de licitação, ela está prevista na Lei nº10.520 de 17 de julho de 2002 o chamado **pregão**, conforme mencionado acima (BRASIL, 1993).

4.1.1 Concorrência

A concorrência é uma modalidade de licitação própria para contratos de vultoso valor dirigida a qualquer interessado listados ou não, que atendam as condições do edital, convocados com trinta dias de antecedência no mínimo, com vasta publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular. Um exemplo é uma licitação para a construção de uma ponte, a empresa que quiser participar da concorrência terá que comprovar que sabe construir uma ponte.

É necessária nas contratações de obras, compras e serviços, dentro dos limites dos valores fixados pelo ato responsável, que são numerosos serviços e compras. É fundamental a concorrência na compra ou alienação de bens imóveis, na concessão de direito real de uso, de obra ou serviço público.

4.1.2 Tomada de preço

A tomada de preço, é dirigida para os interessados previamente listados ou para aqueles que se cadastrarem até no mínimo três dias antes do recebimento das propostas.

O que a caracteriza e distingue da concorrência é a existência da habilitação prévia dos licitantes através dos registros cadastrais, de modo que a habilitação preliminar se resume na verificação dos dados constantes dos certificados de registro dos interessados. (ZUCCO, 2017)

4.1.3 Convite

O convite é dirigido pelo interessado do ramo do objeto da licitação, geralmente é utilizado no caso de contratos de menor valor, menos completa e mais ágil e possui publicidade reduzida. O órgão administrador que irá licitar, deverá encaminhar ao menos três convites cadastrados ou não, e afixa, em local próprio, uma cópia do instrumento convocatório. Se algum interessado não recebeu o convite e desejar participar, esse deverá se cadastrar previamente, indicar o interesse em até vinte e quatro horas antes do recebimento das propostas.

4.1.4 Concurso

O concurso acontece entre qualquer interessado para a escolha de um trabalho artístico, científico ou técnico. Poderá ser atribuído um prêmio ou uma remuneração ao vencedor. Esse prêmio pode ser um bem economicamente calculável ou uma honraria de outra natureza. O concurso não se confunde com o concurso da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. (BRASIL, 1990)

Ainda é válido destacar que a precedência mínima entre a publicação do anúncio do edital e a apresentação dos trabalhos deve ser de 45 dias. É uma modalidade especial de licitação que dispensa os requisitos específicos da concorrência.

4.1.5 Leilão

O **leilão** é utilizado para a venda de bens móveis inaproveitável para administração, ou bens móveis legalmente captado por esta, ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis da gestão pública.

Trata-se da modalidade de licitação permeada pela verbalidade, e pela definição de lances verbais sucessivos e crescentes, sagrando-se vencedor o maior lance.

Diferente das demais modalidades, nessa ganha quem der o maior lance. O edital deve fixar as regras que vão ser utilizadas na definição do vencedor.

4.1.6 Pregão

A mais nova categoria de licitação pública é o **pregão**, criado pela Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, preliminarmente restrito ao setor da União Federal utilizada com a finalidade da aquisição de bens e de serviços comuns.

A disputa é feita por propostas e lances sucessivos, em sessão pública, presencial ou eletrônica. Exige um pregoeiro e uma equipe de apoio. (BRASIL, 2000)

Esse modo de licitar foi ajustado com o objetivo dar maior evidência e celeridade no processo de compras do governo, diminuindo os custos da Administração Pública, bem como dos fornecedores, podendo também ser colocada no que couber a Lei nº8.666 de 21 de junho de 1993. (BRASIL, 1993)

A nova restauração do Pregão se dá pela troca das fases de competência e análise das propostas, desta forma, somente o participante que expor a melhor proposta terá a documentação examinada.

É de extrema importância compreender que cada uma das modalidades de licitação existentes na legislação de licitação brasileira possui suas características específicas. Além disso, o edital é uma peça-chave em todo esse processo. Esse documento deve ser lido com cuidado, pois todas as informações contidas nele devem ser consideradas.

Conhecendo as modalidades de licitação e suas respectivas características, o município também precisará de uma ferramenta que opere na automação e gerenciamento dos processos licitatórios.

4.2 Das fases do procedimento licitatório

A licitação tem uma fase interna e uma fase externa. A fase interna é o planejamento da licitação e a fase exterior inicia-se com a publicação do edital. O edital de licitação é um mecanismo no qual a Administração Pública faz consignação com os requisitos e obrigações licitatórias para a admissão do fornecimento de produtos ou serviços. São determinados com transparência no edital: a experiência e abrangência fundamentais ao fornecedor do produto ou serviço a ser adquirido o objeto a ser licitado.

Da mesma forma fazem parte dos editais os termos de referência, o projeto básico ou executivo, a minuta de contrato, o modelo declarações, os documentos

complementares, o local estabelecido da entrega do produto e o local de execução dos serviços.

Quando ocorrer modificação no edital exige-se uma nova divulgação com atualização do prazo preliminarmente estabelecido, exceto quando a modificação não afetar a formatação das propostas.

O passo seguinte é um oferecimento das propostas pelos interessados. Após inicia-se a fase chamada habilitação. Na fase de habilitação é verificado se os interessados têm condições de entregar o objeto licitado, por exemplo, condições econômicas, condições técnicas e se eles estão em dia com as suas obrigações fiscais e trabalhistas.

A chamada fase classificatória coloca os licitantes em ordem a partir da verificação das condições exigidas. É importante deixar ressaltar que essas fases se alteram a depender se a licitação é por pregão ou por regime diferenciado de contratação.

Se o processo licitatório transcorreu dentro das regras e conforme o edital, a autoridade licitante homologa o resultado e entrega em adjudicação o objeto ao vencedor. Sempre existe a possibilidade de recurso a quem se sentir prejudicado (LICITAÇÃO.NET, 2017).

4.3 Dos tipos de licitações

Os tipos de licitações não devem ser equivocados com as modalidades de licitação. Tipo se refere aos critérios aproveitados pela Administração Pública no julgamento para escolha da proposta mais proveitosa (LICITAÇÃO.NET, 2017).

Os exemplos de licitação mais usados para o julgamento das propostas mais vantajosas são:

Tipos de Licitação	Descrição
Menor Preço:	A menor proposta de valor sempre será mais vantajosa para a administração pública. É usufruído para serviços e compras de modo geral. É utilizado também na compra de bens e serviços de informática quando efetuada na categoria Convite.

Melhor Técnica:	A escolha é realizado pelos fatores de ordem técnica. É utilizado especificamente para serviços de natureza predominantemente intelectual.
Técnica e Preço:	É escolhida de acordo com a média sensata, levando em consideração as notas obtidas nas propostas de preços e técnicas sendo obrigatório a exigência de tomada de preços e concorrência.

Fonte: (LICITAÇÃO.NET, 2017)

4.4 Quem pode participar de licitações

A exigência de licitar é princípio da Constituição Federal disposto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, aplicável, ressalvados casos pontuais, a todo ente da administração pública direta ou indireta, como os indivíduos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (BRASIL, 1988)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

Vale ressaltar que cada um possui sua própria autoridade para legislar, conseqüente de sua independência política e administrativa.

As corporações legislativas, como: Assembleia Legislativa, Câmara de Vereadores, Câmara dos Deputados Federais, Senado Federal, tal como o poder Judiciário e os Tribunais de contas são obrigados a licitar.

4.5 Como participar de licitações

A princípio para participar de uma licitação é fundamental que se prepare a empresa para se cadastrar na entidade pública com a qual tenciona manter uma relação de negócio.

Com a finalidade de obter esse registro, a Lei de Licitações estabelece em sua seção II – das habilitações, nos artigos 27 ao 31 quais os documentos devem ser exibido aos seus departamentos de cadastro. Esses documentos irão aproveitados para comprovar a sua competência jurídica, condições técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal. (BRASIL, 1993)

Além do mais a empresa deve manifestar situação regular, obtendo o registro na Junta Comercial, estar cadastrada na Fazenda federal, estadual e municipal com impostos, taxas e encargos sociais propriamente pagos.

5 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS

Pelo que já vimos em todos os estudos de licitações e concessões não existem nenhum óbice na constituição federal quanto ao oferecimento de serviços educacionais privados para alunos de instituições públicas.

É demonstrado a necessidade da parceria entre o público e o privado quando nos deparamos com situação problemas, como por exemplo a falta de vagas integrais na educação infantil e fundamental.

O poder público obriga o oferecimento gratuito de acesso as creches, pré escola e assim por diante. Ou seja, o poder público, com a falta de vagas e instituições, firmaria uma parceria com instituições privadas através da participação em processos licitatórios e concorreriam entre si para o oferecimento de seus serviços educacionais mediante um acompanhamento e fiscalização dos órgãos responsáveis. A relação entre instituição e aluno nada mais seria do que uma relação estritamente pedagógica, que é o mesmo que ocorre nas instituições pública.

Quanta partida o estado arcará com todo o gasto do aluno que estará previsto o valor na própria licitação.

Os fundamentos estão previstos no artigo 37º caput da constituição federal, que é o princípio da legalidade, onde cita que administração pública deve agir de acordo com a lei.

Vale ressaltar que em nenhum momento a constituição federal e a legislação infraconstitucional cita que esses tipos de serviços precisam ser prestados diretamente pelo estado, pelo contrário, no artigo 175 da constituição federal expressa que os serviços podem ser prestados diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, mas sempre através de licitação a prestação de serviços públicos

Com os estudos redigidos, há de se convir a viabilidade do regime de concessão do serviço público educacional pela iniciativa privada em favor do serviço público desde que gratuito ao beneficiário (BRASIL, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com tudo, sem delongas, esse artigo científico tem a intenção de demonstrar através de pesquisas bibliográficas e citações em leis a possibilidade da parceria entre o setor público e o setor privado em detrimento da resolução dos problemas de vagas integrais, principalmente em creches dos municípios através de processos licitatórios para contratação de instituições privadas para oferecimento de educação.

Para tanto é necessário o acompanhamento e fiscalização dos órgãos responsáveis, para que não haja discrepância de ensino e oferecimento de benefícios entre as escolas dos municípios e as escolas privadas parceiras.

Quando se fala em educação e direito, há de se convir a moralidade existente entre tudo o que lhes relacionada. Sendo assim, fazer valer o direito da criança ao acesso à educação, sem filas de espera, sem a famosa enrolação, é um avanço para o Brasil e seus municípios. Precisa se em administrações e promotorias seres humanos capazes de pensar não somente com o seu raciocínio lógico, mas pessoas que possam ouvir novas ideias, pessoas dispostas a testar novas fórmulas, pessoas dispostas a ajudar, a reorganizar a implantar novas ideias e resolver o problema e não somente em deferir ou indeferir situações em sua jornada de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional Nº 53, de 19 de Dezembro de 2006. Brasília, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 92, de 12 de julho 2016. Brasília. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013. Estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília: MEC, 2013.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/l12796.htm>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Lei Nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>.

Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.845, de 18 de junho de 2019. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente para garantir vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. Brasília, 18 de junho de 2019; 198o da Independência e 131o da República.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13845.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Brasília: MEC,2013.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12796.htm>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Medida provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000. Institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Poder Executivo, Brasília, DF, 04 de maio de 2000.

Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/2026.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20No%202.026%2C%20DE%204%20DE%20MAIO%20DE%202000.&text=Institui%2C%20no%20%C3%A2mbito%20da%20Uni%C3%A3o,que%20lhe%20confere%20o%20art>. Acesso em: 19 out.2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Diretrizes nacionais curriculares para a Educação Infantil: Resolução 5º, de 17 de dezembro de 2009. Brasília, MEC, 2009.

BRASIL. Ministério da Educação. Plano Nacional de Educação - PNE/Ministério da Educação. Brasília: INEP, 2014.

BRASIL. Ministério de Educação e Cultura. LDB - Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília: MEC, 1996.

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

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2014.

MELO, M.M. Políticas públicas de educação e sua implementação pelo Poder Judiciário: acesso à educação infantil e ao ensino fundamental pela via judicial. Interface - Revista do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Natal, v. 3, n. 2, p. 111-24, jul.-dez., 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, Vanessa E.; SILVA, Mariana P.; MARCHETTI, Vitor. **Judiciário e Políticas Públicas**: o caso das vagas em creches na cidade de São Paulo. Educ. soc. vol.39 no.144 Campinas July/Sept. 2018 Epub Mar 26, 2018.

Link: [HTTPS://DOI.ORG/10.1590/ES0101-73302018176112](https://doi.org/10.1590/ES0101-73302018176112)

TIPOS de licitação. Licitação.net. 2017.

Disponível em: <https://www.licitacao.net/tipos_de_licitacao.asp>. Acesso em 29 out. 2020.

ZUCCO. Fabiano. Licitações: tudo o que você precisa saber. RCC, 2017.

Disponível em: <<https://www.rcc.com.br/blog/licitacoes/>>. Acesso em 29 de out. 2020.

A CIÊNCIA DA CRIMINOLOGIA E SUA CONTRIBUIÇÃO DIANTE DO ENFRENTAMENTO À CRIMINALIDADE NO BRASIL

LEONARDO VIEIRA BANDARRA:
Bacharelado em Direito pela Universidade
Brasil - Campus Fernandópolis/SP

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: Este artigo tem como finalidade abordar como a ciência da criminologia pode auxiliar o direito penal na efetivação de seu objetivo de manutenção da proteção aos bens jurídicos relevantes para o bom funcionamento da sociedade. Pelo fato de ser uma ciência, a criminologia tem seu método, função e finalidade, além de, naturalmente, ter sua evolução histórica ligada intimamente ao Direito Penal, com ambos progredindo até assumirem um enfoque mais humanista. Com isso, os perfis do criminoso e da vítima passaram a serem analisados para verificar a origem da delinquência de uma pessoa e quem, geralmente, acabará sendo mais afetado por estas condutas criminosas. A contribuição da criminologia é essencial para esta verificação ser feita, mas a subnotificação de casos, seja pela falta de denúncia ou o recolhimento questionável de dados, são fatores que dificultam este processo. O impacto da COVID-19 no Brasil são outros problemas que surgem para somar às dificuldades já existentes neste país, que também observa com terror à guerra entre facções criminosas. Então, diante do exposto acima, o estudo da criminologia se mostra essencial para a análise dos sujeitos do crime, as motivações que podem ter levado ao mesmo, bem como a cooperação com o Estado para a formulação de políticas públicas, que bem implementadas, trazem bons resultados no controle da criminalidade.

Palavras-chave: Criminologia. Evolução Histórica. Dados da Criminalidade. Políticas Públicas.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CRIMINOLOGIA. 1.1 Tratamento Como Ciência. 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA. 2.1 Escola Clássica. 2.2 Escola Positiva. 3 O CENÁRIO DA CRIMINALIDADE DO BRASIL. 3.1 Violência Contra os Jovens. 3.2 Violência Contra a Mulher. 3.3 Violência Contra Pessoas Negras. 3.4 Violência Contra a População LGBTQI+. 3.5 Políticas Públicas em Âmbito Local. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A criminologia, ao longo de sua história, passou a ocupar um lugar como uma ciência autônoma ao direito penal, mas de fundamental importância ao mesmo, por trazer uma profunda análise sobre a criminalidade e todos os fatores que podem influenciar em sua existência e propagação.

Como uma ciência existente há mais de um século, sua contribuição já é extensa, trazendo perfis de criminosos, sua formação social até chegarem à prática do delito, dados de grupos que são, majoritariamente, alvos de delito, e a relevância disto para auxiliar na prevenção ao crime e formulação de políticas públicas eficientes.

Porém, a importância de seu estudo não se resume a isso, pois naturalmente, a criminologia também se relaciona com a vitimologia, por si só uma disciplina com existência própria, cujo objetivo é analisar o comportamento da vítima diante do crime e o próprio criminoso, seu perfil e se de alguma forma, provocou a prática do delito.

A importância desta abordagem se intensifica com o cenário observado no território brasileiro, com guerras entre facções pelo controle e influência no mercado de narcotráfico, a piora na coleta de dados sobre mortalidade, a discrepância evidente nos indicadores de violência em gênero e raça, a dificuldade das estatísticas oficiais para mensurar os delitos cometidos contra a população LGBTQI+, além da notória preocupação com a letalidade contra a juventude brasileira, todas questões bem apontadas pelo Atlas da Violência 2020.

A metodologia deste trabalho será por pesquisa básica e pura, com finalidade exploratória, buscando base no procedimento bibliográfico e documental, reunindo dados sobre a criminalidade no Brasil, e assim traçando o caminho da criminologia por suas escolas históricas, seu reconhecimento como uma ciência, até chegar à sua contribuição na delimitação do perfil do criminoso e da vítima, e o impacto de um modelo organizado de segurança pública na inibição ao delito.

O objetivo neste artigo, reafirmando, é conhecer a história da criminologia, sua evolução em conceito e métodos para apurar quem é o criminoso, as suas razões para entrar no caminho da criminalidade, sua perspectiva em torno do delito e se há possibilidade de concretizar o princípio de ressocialização do direito penal de maneira abrangente e efetiva.

Além disso, também é importante analisar a vítima, seu perfil, se ocupou algum papel na motivação do delito, mas também entender como ajudá-la, em caso

de sobrevivência, a como superar o trauma pela prática do crime, e assim novamente se integrar à vida em sociedade.

Por fim, finalizando a introdução deste trabalho, cabe verificar as políticas públicas realizadas nos últimos anos em estados brasileiros, enfatizando como uma segurança pública efetiva, com agentes bem aparelhados e treinados, pode auxiliar a enfrentar as causas do crime, contribuindo na prevenção e ressocialização.

A sequência deste trabalho buscará definir o lugar da criminologia como uma ciência reconhecida e de relação próxima com o Direito Penal, tanto por compartilhar semelhante evolução histórica com o mesmo, quanto pôr o abastecer com dados para a formulação de políticas públicas e discussões sobre as causas da criminalidade, se afastando do mero caráter reparativo e considerando uma abordagem mais humanista ao delinquente e a vítima.

1 CRIMINOLOGIA

O termo Criminologia tem sua origem no latim, sendo crimino (crime) e logos (estudo ou tratado). Por sua etimologia, então a criminologia é, superficialmente, o estudo do crime. Mas, vamos ver uma concepção mais profunda:

Pode-se conceituar criminologia como a ciência empírica (baseada na observação e na experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo e da vítima, e o controle social das condutas criminosas (PENTEADO FILHO, 2019, p.21).

Sua origem é discutível, pois Cesare Lombroso (1835-1909) apresentou o estudo da Antropologia Criminal para investigar o perfil do criminoso, dando enfoque à suas características físicas, principalmente o atavismo e epilepsia, além de cunhar a expressão "criminoso nato". Formado em medicina e especializado em psiquiatria, ele desenvolveu em seus estudos o conteúdo apresentado anteriormente pela chamada Escola Clássica, e assim, organizou o conhecimento existente e apresentou um contraponto a ele, em seu livro "O Homem Delinquente".

Nesta obra, Lombroso ligou a figura do criminoso à certos aspectos biológicos, como é possível ver abaixo:

Lombroso ganhou destaque com sua obra 'O Homem Delinquente', escrita em 1876, e que chamou atenção do mundo

inteiro ao afirmar que certos fatores biológicos deveriam ser levados em consideração para aferir o surgimento do crime e do criminoso. Aspectos como fronte fugidia, zigomas salientes, lábios grossos, mãos grandes, orelhas grandes, insensibilidade à dor, vaidade, crueldade e tendência à tatuagem denotam a pessoa do criminoso (GONZAGA, 2018, p.51).

Os estudos de Lombroso foram expandidos por seu aluno, Raffaele Garófalo, que popularizou o termo criminologia em seu livro de 1885. Para outros, Paul Topinard, um antropólogo francês, foi o primeiro a utilizar o termo. Também se faz notar a presença de Enrico Ferri, outro integrante da Escola Positiva Italiana, que estudou o crime e o criminoso em sua obra "Sociologia Criminal", de 1884. Essa sequência de autores foi responsável pelo desenvolvimento de uma metodologia mais racional de estudo sobre o delito e seu agente.

Com o surgimento de um foco a ser analisado e discutido, a criminologia foi desenvolvida em uma ciência, com base em fatos concretos, e busca propor soluções para os problemas encontrados. Conforme destacado por Habermann (2010), "Esta Ciência se apoia em investigações da realidade, reunindo informações confiáveis em relação ao problema social". Desse modo, os resultados deste processo irão determinar a necessidade de políticas públicas, as circunstâncias em torno do infrator e o perfil de quem é uma possível vítima do delito.

1.1 Tratamento Como Ciência

Segundo Gonzaga (2018), o objeto de estudo da criminologia pode ser dividido em quatro partes: o crime, o criminoso, a vítima, e os controles sociais. Por isso, é uma ciência abrangente e autônoma, mas que se relaciona, através da interdisciplinaridade, com outras áreas do estudo, como sociologia, psiquiatria e o próprio direito penal.

Primeiramente, o crime como objeto de estudo da criminologia, tem suas causas e consequências analisadas, e as soluções a serem aplicadas na sociedade para seu controle e prevenção. O criminoso, como o agente que gera o delito, naturalmente também receberá enfoque da criminologia, embora seu tratamento nos estudos, tem encontrado variações ao longo da história.

A presença do ofendido, por sua vez, ganhou uma nova ótica com a evolução da criminologia, pois originalmente era considerado um mero sujeito digno de reparação (como preconiza a autotutela e lei de Talião), sem atenção para a

recuperação do trauma provocado pelo delito. A lei mencionada acima, se originou com o código de Hamurabi, criado pelo rei da Babilônia, Khammu-rabi, no século 18 a.C, o qual deixou evidente o foco em promover a vingança privada.

Segue leis do mencionado Código de Hamurabi, deixando claro sua atenção única ao caráter reparativo:

196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.

200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes.

Este tratamento da vítima ganhou um novo enfoque com o desenvolvimento do Direito Penal, e o ofendido passou a ser entendido como o sujeito passivo que está lidando com as consequências da agressão a um bem jurídico e é interesse de cuidados. Na realidade, o estudo do impacto do delito na vítima se tornou tão extenso que deu origem a um novo ramo da criminologia, chamado Vitimologia.

Quanto ao controle social, este é o meio que busca garantir que os indivíduos convivam pacificamente em sociedade, possuindo uma divisão de acordo com as pessoas ou a instituição que é responsável por este controle. Seu conceito é dividido, de acordo com as pessoas, instituição ou autoridade que o exerce.

Segundo Penteado Filho (2019), há o controle social informal, de caráter preventivo e educacional, que é exercido pela família, escola, religião, etc. Logo, é onde o indivíduo está inserido socialmente. Paralelamente, também há o controle social formal, este exercido pelas autoridades (Polícia, Forças Armadas, Justiça, etc.), com caráter rigoroso, pois é quem efetivamente submete o indivíduo às normas de convivência social e o punirá se houver algum desrespeito.

O ponto de ligação entre os dois tipos de controle social, é o policiamento comunitário, em que a prevenção e repressão ao crime é impulsionada pela integração entre polícia e determinada comunidade, marcando a aproximação entre os dois para a realização de um trabalho em conjunto contra a degradação do local.

O método da criminologia, ou seja, seu procedimento para pesquisa, coleta de dados, investigação e análise, se baseia no empirismo, corrente filosófica da teoria do conhecimento que preza pela experiência da realidade fática e solida do mundo externo, concedendo atenção ao que é captado do mundo externo pelos sentidos e

assim assimilado pelo indivíduo, contribuindo para a sua formação de ideias e percepção do mundo, dando ênfase clara ao racionalismo, e descartando o subjetivo ou a intuição (PENTEADO FILHO, 2019, p.18).

O fato de ser uma ciência autônoma e empírica, é uma característica fundamental da criminologia, uma vez que ela se sustenta pela análise de crimes reais, apenas obtendo uma conclusão pelo estudo de situações concretas. É a partir do perfil do criminoso e da vítima, possíveis causas do crime e o modo como a sociedade foi impactada pelo delito, que a criminologia vai ser capaz de fornecer soluções práticas à prevenção criminal e controle social.

Reforçando sua base no empirismo e na interdisciplinaridade, a criminologia busca apoio em diversos métodos e experiências analisadas e repetidas exaustivamente, sendo possível conceituar sua metodologia de trabalho, da seguinte forma:

A criminologia se utiliza dos métodos biológico e sociológico. Como ciência empírica e experimental que é, a criminologia utiliza-se da metodologia experimental, naturalística e indutiva para estudar o delinquente, não sendo suficiente, no entanto, para delimitar as causas da criminalidade. Por consequência disto, busca auxílio dos métodos estatísticos, históricos e sociológicos, além do biológico (PENTEADO FILHO, 2019, p.24).

A criminologia tem a finalidade de analisar e entender o crime, intervir na pessoa do criminoso e da vítima, e chegar a meios eficazes de prevenção e controle da criminalidade, muitas vezes dialogando com o direito penal e a política criminal para a composição destas soluções (PENTEADO FILHO, 2019, p.18).

Sobre sua função, a criminologia deve usar dados obtidos da experiência e observação (empirismo), para fornecer uma ideia precisa sobre o delito. Porém, por não ser uma ciência exata, ela está sujeita a alterações de acordo com a realidade concreta da sociedade, novos dados sobre a criminalidade e surgimento (ou adaptabilidade ao que o momento exige) das políticas públicas aos anseios provocados pela prática de delitos.

A criminologia pode ser classificada em dois ramos: Criminologia Geral e Clínica, de acordo com determinação da Unesco em reunião internacional. Aquela é a reunião dos dados sobre os objetos de estudo da criminologia (ou seja, crime, criminoso, vítima e controle social) para serem comparados e compreendidos. Quanto

a criminologia clínica, sua utilização será para a análise e tratamento da pessoa do delinquente, aplicando a teoria da criminologia geral na prática, em busca de uma possível ressocialização (FERNANDES N.; FERNANDES V., 2002, p. 49).

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA.

Reafirmando a importância do estudo da criminologia ao longo do tempo, cabe analisar o progresso das ideias que a compõem, através de suas escolas, as quais lançaram um olhar mais humanista e racional ao combate à criminalidade e aos delitos.

Este novo enfoque foi necessário para superar as fases de vingança privada (onde o Código de Hamurabi está inserido) que preconizava a reação da vítima ao ofensor de forma descabida, a vingança divina e as penas severas pelas mãos dos sacerdotes, que se revestiam de suposta autoridade conferida por Deus para punir, e finalmente a fase da vingança pública, onde o estado (muitas vezes representado pela figura do monarca ou assembleias formadas em comunidades) assumiu a responsabilidade de punir, promovendo uma melhor organização na aplicação da pena, mas ocasionando a existência de arbitrariedade devido ao poder ilimitado estatal.

Com bem traz Saraiva (2020), o enfoque das autoridades nesta época pre-criminologia em punir estava fortemente condicionado aos valores morais da época, estes influenciados pela religião, em um período em que não se pensava na separação entre o Estado e a Igreja. Pensar além disso, sob a orientação do secularismo, foi importante para o surgimento de uma ciência que trouxesse discussões lógicas sobre a criminalidade.

2.1 Escola Clássica

Com a chegada do Iluminismo, houve a necessidade de conferir uma nova perspectiva sobre o crime e a figura do criminoso, pois o momento se encaminhava em direção a razão e o humanismo, se afastando de penas desproporcionais ao delito cometido e a arbitrariedade das autoridades estatais ou religiosas.

Nesse contexto, percebe-se que a preocupação dos estudiosos da época era impingir um viés mais humanista e proporcional àquele que cometesse um crime, afastando-se aquelas ideias de suplício para o criminoso, o que estava muito em voga no período da Inquisição. De nada adiantaria impor ao criminoso um sofrimento desproporcional, pois o que se deve buscar é a

aplicação da pena como forma de exemplo para os demais não delinquirem (GONZAGA, 2018, p.41).

Um ícone para a escola clássica, a chamada criminologia pré-científica, e o próprio direito penal, Cesare Beccaria (1738-1794) lançou um paradigma em sua obra “Dos Delitos e das Penas”, de 1764, estabelecendo que a resposta aos delitos deve ser proporcional á conduta, evitando punições desumanas, além de visar dar o exemplo para a manutenção da ordem social.

Outro expoente desta escola, Francesco Carrara (1805-1888) definiu que o crime é resultado da moral e livre-arbítrio do criminoso, o qual não se adaptou ao chamado contrato social/contratualismo (definido por Jean-Jacques Rousseau) responsável pelas normas definidas para manter a ordem em sociedade, uma visão compartilhada com Beccaria, também visivelmente influenciado pelas ideias de Rousseau.

Complementando, o crime pela ótica de Carrara deveria ser interpretado como um ente jurídico, constituído pela força física (movimento corpóreo e dano causado pelo crime a sociedade) e a moral (vontade livre e consciente do delinquente em praticar ou fazer parte do delito). Por toda essa contribuição, Carrara é considerado como o criador da dogmática penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p.276 apud DEMIRANDA; FONSECA, 2017).

Resumidamente, a escola clássica tem mérito em ter trazido o estudo do crime a um enfoque racional, distanciando-se dos métodos brutais e de base científica nula da chamada era pré-científica do direito penal e da própria criminologia (mais uma vez, importante lembrar o Código de Hamurabi), mas ainda era preciso discutir de maneira aprofundada sobre a figura do criminoso e da vítima, e foi o que os autores seguintes tomaram como objetivo.

2.2 Escola Positiva

Também reconhecida como escola (ou criminologia positivista), sua construção ocorreu no século XIX, abrangendo múltiplos autores e fases. Seu primeiro expoente pode ser considerado o belga Adolphe Quételet, que em sua obra de 1835, “Física Social”, buscou direcionar atenção especial para as estatísticas oficiais de criminalidade, mas mantendo ressalvas quanto à precisão delas.

Isto levou Adolphe Quételet à elaborar o conceito de “cifra negra”, os crimes que jamais foram comunicados ou detectados pelas autoridades, o que

consequentemente indica que eles também não foram solucionados e devidamente punidos.

Outra valiosa contribuição do autor foi estabelecer conceitos sobre os crimes, classificando que os mesmos se tratam de um fenômeno social, são cometidos a de forma precisa e intensa em todos os anos, e há várias causas que levam à prática do delito como miséria e o analfabetismo. Além disso, Quételet criou a teoria das leis térmicas, onde definiu que certos crimes ocorrem com maior frequência de acordo com a estação do ano (PENTEADO FILHO, 2019, p.26).

Anteriormente, Cesare Lombroso (apelidado de “pai da criminologia” ou mesmo da antropologia criminal, por muitos) já foi citado, assim como sua atenção especial à fisionomia do criminoso. Porém, este conceito biológico do que seria um “criminoso nato” gerou muitas críticas á Lombroso, pois ao ligar certas características físicas (epilepsia, tatuagem, etc.) à figura do criminoso, o autor cometeu generalizações injustas, e a ideia de que o criminoso já nasce ou pode ser definido à partir de determinadas características pré-definidas, se provou naturalmente rasa.

Certamente, sua contribuição mais valiosa e indiscutível para esta nova fase da criminologia, foi a proposição de uma nova base a ser utilizada na criminologia, uma vez que Lombroso sugeriu a mudança do método dedutivo ou lógico-abstrato para o método indutivo ou empírico, valorizando o causalismo, ou seja, o estudo sobre os motivos que levam à prática do delito (GONZAGA, 2018, p.51).

Também mencionado anteriormente, Enrico Ferri (1856-1929) buscou trazer uma perspectiva sociológica do criminoso, ao invés da antropologia que foi o centro de estudos para Lombroso. Para ele, o crime era um fenômeno social, que envolve a mistura de fatores físicos, individuais e sociais. Além disso, a pena deveria ser interpretada como prevenção social, ao invés de repressão, valorizando a ordem na sociedade (PENTEADO FILHO, 2019, p.28).

Outro fato a ser destacado nas ideias de Ferri, é a sua proposição de que existem cinco tipos de delinquentes (algo que Lombroso também afirmava). Gonzaga (2018) relata que eles são: nato (precoce e incorrigível, com tendência a reincidência), louco (senso moral atrofiado), habitual (nascido em um ambiente de miséria, tem alta periculosidade e segue uma escalada de gravidade nos crimes praticados desde novo), ocasional (de maior readaptabilidade social, foi influenciado por circunstâncias como injusta provocação e necessidades familiares) e por fim, o passional (pratica crimes motivado por paixões pessoais, políticas e sociais).

Outro expoente desta escola a ser retomado aqui é Raffaele Garófalo (1851-1934). Sua conceituação do crime pode ser definida da seguinte maneira:

Garófalo entende que uma dada sociedade teria o crime em seu seio caso fosse desprovida de dois tipos de sentimentos imprescindíveis, como a probidade (respeito aos direitos de propriedade alheios) e a piedade (não causar sofrimento aos demais) (GONZAGA, 2018, p.57).

Quanto à figura do criminoso, Garófalo o classificou em quatro tipos: assassino, violento, ladrão e lascivo. Para o estudioso, o rigor penal era fundamental para a garantia da ordem social e uma vez que o agente cometesse o delito, ele deveria ser afastado permanentemente da sociedade, pois seu sentido moral (com a presença da probidade e piedade) agora estava afetado para além do recuperável (logo, a ressocialização não seria possível).

Como visto neste capítulo, as duas escolas construíram a ideia de criminologia como uma ciência, mas apresentam muitas diferenças entre si em questão de ideias e métodos. Mas, também que é claro, que após elas, as discussões permanecem nos dias atuais, justificando a sua classificação como ciência, confrontando e complementando o que foi proposto pelos estudiosos nos séculos XVIII e XIX. A questão é ressaltar o protagonismo que os expoentes destas escolas tiveram para estabelecer uma ciência criminológica.

3 O CENÁRIO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL.

A criminologia preza pelos dados estatísticos para estabelecer meios efetivos de prevenção e combate à criminalidade. Logo, é importante reunir analisar os dados oficiais pelo cenário que eles apresentam sobre o estado da segurança pública no Brasil e qual é o perfil mais frequente observado nas vítimas dos delitos.

Segundo o Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM, 2018 apud Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2020, p.7), que é pertencente ao Ministério da Saúde e tem seus dados trazidos pelo Atlas da Violência, houve 57.956 homicídios no Brasil em 2018, o menor número em 4 anos, enquanto que 24 unidades da federação (UFs) apresentaram redução na ocorrência de homicídios.

Vale destacar que esses dados, quando analisados de maneira mais detalhada, indicam a aceleração na tendência de redução de mortes por violência letal, nas regiões

Sul e Sudeste, bem como a reversão no quadro de aumento com relação ao Norte e o Nordeste, quando os anos anteriores são considerados.

Na época, não houve um motivo claro para essa redução no número de homicídios, e as tentativas de explicação foram diversas, como: influência do Estatuto do Desarmamento e políticas estaduais de segurança públicas mais efetivas, um armistício entre facções criminosas, especialmente no Norte e no Nordeste (regiões que apresentaram as maiores taxas de aumento na ocorrência de homicídios em 2017 e queda significativa em 2018), além da piora na qualidade dos dados sobre criminalidade, o que pode ter motivado, paralelamente, no aumento recorde nas mortes violentas com causa indeterminada.

Por sinal, o Espírito Santo é um caso especial em meio a esses dados, ao registrar um aumento no número de homicídios em 2017, ano em que o estado foi atingido pela greve da Polícia Militar, e então uma queda em 2018, retomando a tendência na diminuição de casos que persistia desde 2010. Este é um exemplo notório que uma crise na segurança pública pode prejudicar qualquer trabalho em políticas estaduais, por mais efetiva que esta se mostre.

Porém, contrastando com os dados citados acima, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública retrata que há um aumento no número de homicídios desde o último trimestre de 2019, e em estados de diversas regiões, como Sergipe, Paraná, e São Paulo. O Ceará é um caso especial, pois viveu uma crise de segurança pública em 2020, com a greve da Polícia Militar (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP, 2020, p.27).

Em comparação a outros crimes, o FBSP (2020, p.30), por meio do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, traz alguns dados interessantes. Primeiramente, é de se notar que no primeiro semestre de 2020, a Polícia Rodoviária Federal teve aumento significativo na quantidade de apreensões de entorpecentes (81,6%) e no volume apreendido (128,3%) com relação ao mesmo período do ano passado. Isto sugere que a limitação severa de voos, motivada pela pandemia de COVID-19, levou a uma circulação bem maior de drogas pela via terrestre.

É possível observar impacto semelhante nos crimes patrimoniais, que dá seguimento à redução observada em 2018 e 2019, mas apresenta a significativa diminuição (queda de -34%) na ocorrência de roubo a transeuntes, algo certamente explicável pelo isolamento social, que resultou em um número bem menor de pessoas circulando pelas ruas (FBSP, 2020, p.29).

3.1 Violência Contra os Jovens

Conforme aponta o IPEA (2020, p. 20), através do Atlas da Violência 2020, os homicídios são a principal causa de mortalidade de pessoas na faixa etária de 15 a 29 anos, coincidindo com o período em que estes indivíduos estão seja em formação educacional, ou no início da trajetória profissional. Isto não apenas resulta em milhares de famílias perdendo entes queridos, mas também é uma causa para o envelhecimento da população brasileira.

Para citar alguns dados, em 2018, 53,3% dos homicídios que ocorreram no país foram de jovens, o que também é a principal causa para as mortes de homens entre 15 a 19 anos (55,6%) e de 20 a 24 anos (52,3%). Notavelmente, estes números são bem menores entre as mulheres jovens, enquanto que nenhuma das taxas de homicídios dentro desta faixa etária ultrapassa 16,2%. De qualquer forma, o impacto do homicídio para mulheres de 15 a 29 anos é maior do que em relação à qualquer outra faixa etária (IPEA, 2020, p.20).

Adicionando preocupação a esta estatística, a pandemia de COVID-19 ampliou as dificuldades financeiras para muitas famílias com crianças e jovens. É preciso, com extrema urgência, de políticas públicas voltadas para conter o aumento da pobreza e incentivar a permanência na escola, pois muitas crianças e adolescentes não possuem acesso à tecnologia para acompanharem as chamadas “aulas remotas”. De fato, em 2018, 11,8 dos jovens pobres de 15 a 17 anos abandonaram a escola, além da ocorrência frequente de atraso escolar (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, 2018 apud IPEA, 2020, p.30).

Certamente, os dados acima não revelam apenas a vulnerabilidade que expõe os jovens pobres brasileiros, mas a taxa de abandono escolar se relaciona com o aumento da criminalidade, pois ao se verem sem esperança no estudo e um futuro profissional digno, eles provavelmente vão se voltar para a prática de delitos, especialmente em facções criminosas, que se abastecem com jovens de periferia.

Porém, houve avanços ao longo das últimas décadas, especialmente pela contribuição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com bons exemplos apontados pelo IPEA (2020, p.30), por meio do Atlas da Violência 2020, como a Lei Nacional de Adoção de 2009, a criação do Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas em 2019, o acolhimento de leis de combate à pedofilia na internet e que regulamentam procedimentos de infiltração de agentes de polícia na própria internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

3.2 Violência Contra a Mulher

Retratando os perfis mais recorrentes de vítimas da criminalidade no Brasil, o estudo se inicia pela análise da violência contra a mulher. O IPEA (2020, p.34), por meio, do Atlas da Violência 2020, afirma: “Seguindo a tendência de redução da taxa geral de homicídios no país, a taxa de homicídios contra mulheres apresentou uma queda de 9,3% entre 2017 e 2018”. Porém isto não evita que o Brasil, em 2018, tenha registrado a média de uma mulher morta a cada 2 horas.

Complementando o exposto acima, a redução nos homicídios de mulheres apresenta uma questão de desigualdade racial. Os dados expostos mostram que enquanto houve queda de 12,3% nos homicídios de mulheres não negras, esta redução foi de 7,2% quanto à mulheres negras, no período de 2017 a 2018. Considerando um período maior de tempo (2008 a 2018) houve a positiva redução nos homicídios de mulheres não negras (11,7%), mas as estatísticas apresentam aumento de 12,4% nos homicídios de mulheres negras (IPEA, 2020, p. 37).

O FBSP (2020, p.39), por meio do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, revela um cenário complicado em decorrência da pandemia de Covid-19 no Brasil. Houve aumento na violência contra a mulher em relação à homicídios dolosos e feminicídios, assim como as ligações para o 190 sobre violência doméstica, mas os dados apresentaram redução quanto à lesão corporal dolosa, ameaça, estupro e estupro de vulnerável.

Contrastando com as informações de redução acima, é notório que as vítimas de violência doméstica, em virtude do isolamento social, têm experimentado um convívio mais longo com os agressores, sendo possível que muitas ocorrências entraram para as chamadas cifras negras (ou seja, não foram comunicadas ou detectadas pelas autoridades). Esta ideia é reforçada pela diminuição nos registros de crimes que dependiam da presença da vítima nas delegacias, como apontado pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2020, p.39).

Em contraste a estes dados, o FBSP (2020, p.66), por meio do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, afirma o seguinte: “o conjunto de mortes violentas intencionais possui 91,2% de vítimas homens contra apenas 8,8% de vítimas mulheres”. Isto é motivado por fatores como: maior circulação de homens nos espaços das cidades, são mais abordados por policiais, e estão envolvidos em mais conflitos físicos e armados, incluindo entre facções.

3.3 Violência Contra Pessoas Negras

O IPEA (2020, p.47), por meio do Atlas da Violência 2020, traz uma assombrosa realidade: “Apenas em 2018, para citar o exemplo mais recente, os negros (soma de pretos e pardos, segundo classificação do IBGE) representaram 75,7% das vítimas de homicídios”. Como é possível perceber, a desigualdade racial é enorme entre negros e não negros, tornando a chance de os primeiros serem mortos bem maiores.

Os estados com as maiores taxas de homicídios contra negros pertencem às regiões Norte e Nordeste, enquanto que o Paraná tem a distinção de ser o único estado no período de recolhimento de dados, onde a taxa de não negros que foram vítimas de homicídios é maior que a taxa de negros vítimas de homicídios.

A discrepância se deve, obviamente, a maior vulnerabilidade que a grande maioria dos negros se encontram, com Alagoas (17,2 vezes), Paraíba (8,8 vezes), Sergipe (5,1 vezes), Ceará (4,7 vezes), Espírito Santo (4,5 vezes) e Rio Grande do Norte (4,3 vezes) apresentando os maiores níveis de diferença entre a violência vivenciada pelos dois grupos.

Outra questão significativa é que entre 2008 e 2018 (período de tempo analisado pelo Atlas da Violência), outras regiões apresentaram maior aumento nas taxas de homicídios de não negros em relação à negros. São os casos de Amapá (proporção de 196,6% a 61%), Amazonas (proporção de 137,8% a 53,4%), Pará (35,5% a 35%) e Pernambuco (aumento de 37,2 na taxa de homicídio de não negros contra diminuição de 20,9% referente à negros). Mas o Atlas da Violência alerta que em razão das particularidades das regiões que estes estados fazem parte, estes dados podem estar prejudicados por desencontros entre a classificação do IBGE e a autoidentificação das pessoas (IPEA, 2020, p.50).

3.4 Violência Contra a População LGBTQI+

Os dados sobre a violência cometida contra pertencentes à população LGBTQI+ estão longe de retratar a situação com fidelidade, devido à escassez deles. De fato, esta falta de estatísticas oficiais é mais um problema a ser combatido, quando deveriam ser um indicativo da violência vivenciada por essas pessoas, bem como uma base a ser utilizada como orientação para políticas públicas de prevenção e combate à esta situação (IPEA, 2020, p.54).

O disque 100, canal responsável por denúncias de violações de direitos humanos relacionados a vários grupos (como o LGBTQI+), apresenta registros atípicos que sugerem a subnotificação da violência praticada com este grupo de pessoas. Isto é notável pelo pico atípico atingido pelo ano de 2012, e diminuição dos anos seguintes,

enquanto houve aumento das taxas de violência com relação à idosos e pessoas em situação de rua (IPEA, 2020, p.55).

Também é questionável os dados trazidos pelo Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), pois àqueles não mensuram a violência praticada contra pessoas transexuais, e apresenta semelhante redução nos casos, isto levando em conta a implementação ou aumento no período analisado (entre 2017 e 2018) de serviços especializados, o que poderia levar ao aumento de casos pela maior capacidade de captação (IPEA, 2020, p.63).

Por fim, o Atlas da Violência 2020, com base nos dados trazidos pelo SINAN (2018 apud IPEA, 2020, p.66) estabelece que as vítimas, pertencentes aos grupos homossexuais e bissexuais, são majoritariamente mulheres, solteiros, vivem em áreas urbanas e são homossexuais. Vítimas brancas compõem maioria, mas pretos e pardos somados superam em questão de casos de violência. Enquanto isso, os autores das violências cometidas são majoritariamente do sexo masculino.

3.5 Políticas Públicas em Âmbito Local

As últimas décadas mostraram o impacto que uma política pública bem estruturada pode fazer na segurança pública. Ainda que falte iniciativas governamentais realmente eficientes em relação aos grupos retratados anteriormente, em teor geral, foram alcançados bons resultados.

O IPEA (2020, p.11), por meio do Atlas da Violência 2020, menciona algumas políticas públicas, que com influência estrangeira, foram implementadas, como: o Infocrim (2000), em São Paulo; o Programa “Ficar Vivo” (2002) e o Igesp (2008), em Minas Gerais; o Pacto pela Vida (2007), em Pernambuco; as Unidades de Polícia Pacificadoras (UPPs) (2008), no Rio de Janeiro; o “Paraíba Unidos pela Paz” (2011); e o “Estado Presente” (2011), no Espírito Santo, além de vários outros planos executados em cidades pelo Brasil.

A implementação de políticas públicas efetivas precisa obedecer à critérios técnicos, como planejamento extenso, capacitação dos policiais, e ações de prevenção, controlando a criminalidade ao agir diretamente nas suas causas, evitando se limitar à repressão. Também se inclui neste caso, o papel do Direito Penal em tentar buscar, ao máximo, a ressocialização do agente, excluindo a possibilidade de reincidência futura.

Dos exemplos acima em de políticas de segurança pública, vale destacar o trabalho realizado ao longo da última década no Espírito Santo (com o “Estado

Presente”) e o Pernambuco (com o “Pacto pela Vida”), que colocaram estes 2 estados entre as 3 Unidades Federativas (UFs) com maior diminuição na taxa de homicídios. Ainda assim, estes estados sofreram durante este período, com guerra entre o Comando Vermelho (CV) e o Bonde dos 13, aliado do Primeiro Comando da Capital (PCC), no caso do Pernambuco, bem como um período de greve na Polícia Militar (no caso do Espírito Santo), além de que o aumento no número de mortes violentas com causa indeterminada (MVCI) coloca questionamentos na melhora dos números.

O Acre, que completa as 3 UF's com maior diminuição na taxa de homicídios, é um caso especial, pois embora conte com bons investimentos do governo estadual em segurança pública, nos últimos anos, há uma outra causa considerável nesta redução de mortes, que se trata de um suposto armistício na guerra de facções entre 2018 até agosto de 2019 (IPEA, 2020, p. 17).

De qualquer forma, é preciso analisar com muito cuidado qualquer aumento ou diminuição na taxa de homicídios, pois aquele pode ser motivado por crises pontuais, mas severas na segurança pública (como no Espírito Santo), enquanto este pode ser gerado por períodos de trégua no conflito entre facções, bem como, reafirmando, no aumento no número de mortes violentas com causa indeterminada (MVCI), algo que se observa em determinados estados, como no próprio Pernambuco, citado acima.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminologia, como definida anteriormente, é uma ciência interdisciplinar cujo estudo é vital para se estimar as motivações que levaram à prática do delito, bem como o perfil dos sujeitos que o compõe, além de lançar as bases a serem analisadas visando o combate à criminalidade.

Sua formação como uma ciência que propõe uma profunda análise sobre a prática delituosa confrontou séculos de vingança privada, religiosa e pública, onde o objetivo era apenas punir de maneira cruel, buscando estabelecer a ordem social através de intimidação.

É importante acompanhar essa evolução histórica para evitar penas desumanas e desproporcionais diante da conduta praticada, bem como pensar na vítima pela perspectiva de ser mais do que apenas uma pessoa que terá direito à sua retribuição, mas como alguém, que em caso de sobrevivência, é merecedor de cuidados após o trauma sofrido.

A pena aplicada também precisa ser exemplar para conter os anseios da sociedade, que reagirá contra o Estado se acreditar que o mesmo não está dando a resposta adequada à criminalidade. Na realidade, o Brasil vem sendo marcado por constantes protestos, sejam presenciais ou virtuais, e até mesmo a prática de linchamentos vem sendo noticiada pela mídia há tempos.

Também é preciso sempre considerar a hipótese de ressocialização, quando esta se mostrar possível, pois recuperar o infrator representa a prevenção à reincidência, bem como a inclusão de um indivíduo reformado à sociedade, onde passará à contribuir.

É claro que a situação não deve se limitar apenas ao exercício correto do direito de punir, ajustado no impacto e nas motivações do delito, além da necessidade de manutenção efetiva da ordem jurídica. Também é preciso ter em mente o objetivo de evitar a prática criminosa, ao invés de simplesmente esperar para punir o agente infrator, quanto o delito for concretizado.

Para a efetividade desta missão, é necessário que criminologia e o estado estabeleçam constato constante, pois este é o responsável por executar políticas públicas e aquela fornece dados substanciais sobre os grupos que estão mais expostos à possibilidade de serem vítimas, bem como quem está sujeito á pratica delituosa por variados motivos.

Os dados trazidos anteriormente, com base no Atlas da Violência e o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, demonstram que a combinação entre o apoio da criminologia e execução competente das políticas públicas trazem resultados no controle da criminalidade, reduzindo índices de delitos em diversos estados, embora a notada subnotificação de casos, conflito e armistício entre facções criminosas, e o impacto da COVID-19 pedem cautela para a análise desses números nos últimos anos, devido à tantas variáveis.

Em suma, o valor da criminologia como ciência deve ser interpretado como essencial, não apenas no estudo do perfil dos sujeitos envolvidos no delito, mas também para aperfeiçoar o método de coleta de dados e as políticas públicas de combate à pratica da criminalidade, estas que devem dedicar especial atenção para a capacitação dos agentes policiais, medidas de prevenção (sobretudo ao investir nos jovens em condições de fragilidade), além de persistir na busca da ressocialização sempre que possível.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ianca Rocha Leal. **As contribuições da vitimologia no âmbito de estudo criminológico**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6246, 7 ago. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/84460>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

Código de Hamurabi. Disponível em:
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 20 out. 2020

DEMIRANDA, Dandara Trentin; FONSECA, Bruno Bandeira. **O direito penal brasileiro e as contribuições das escolas clássica e positiva**. Disponível em:
<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-brasileiro-e-as-contribuicoes-das-escolas-classica-e-positiva>>. Acesso em: 21 out. 2020.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Org.). Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSP, 2020.

GONZAGA, Christiano. **Manual de Criminologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

HABERMANN, Josiane Conceição Albertini. **A Ciência Criminologia**. Revista de Direito. Vol. 13, nº.17, 2010. Disponível em:
<<https://revista.pgsskroton.com/index.php/rdire/article/view/1893>>. Acesso em: 20 out. 2020

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Org.). Atlas da Violência 2020. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: FBSP; IPEA 2020.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

PIETRO JÚNIOR, João Carlos Garcia. **Criminologia como ciência: conceitos, funções, elementos essenciais, métodos, sistemas e objetos de estudo ao longo da história**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/criminologia-como-ciencia-conceitos-funcoes-elementos-essenciais-metodos-sistemas-e-objetos-de-estudo-ao-longo-da-historia/>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

SARAIVA, Barbara Frazão. **A criminologia e as escolas criminológicas e suas influências na formação de um perfil criminógeno nas sociedades**. Revista



Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 05, Ed. 05, Vol. 07, pp. 127-136. Maio de 2020. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/escolas-criminologicas>>. Acesso em: 12 nov.2020.

O DIREITO E O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS: SALDO DEVEDOR

THAIS CRISTINE SILVA LIMA:

Bacharelada do curso de Direito pelo IESB - Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)

RESUMO: Este estudo tem a finalidade de abordar o instituto da alienação fiduciária em garantia de imóveis pautado Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que originou o Sistema Financeiro Imobiliário, dissertando acerca da breve evolução histórica e sobre o conceito da alienação fiduciária, tal como as etapas de constituição, aplicação e revogação do contrato de alienação fiduciária, que dispõe como garantia bens imóveis. Discorre acerca da revogação da dívida após o segundo leilão público entabulado no artigo 27, §5º da referida lei, além dos procedimentos adotados em caso do não cumprimento da obrigação por parte do devedor, no momento posterior a venda ou transmissão da posse e propriedade do bem, até esse tempo perdurar saldo residual da dívida a favor do credor. Para o presente artigo foi utilizada a pesquisa da prática valorativa, onde se pretende elucidar a importância da introdução do Instituto da Alienação Fiduciária em Garantia de Bens Imóveis, bem como explicar sobre as vantagens e riscos provenientes das normas introduzidas no referido instituto.

Palavras-chave: alienação fiduciária, garantia, público leilão.

BSTRACT: The purpose of this study is to approach the fiduciary alienation in guarantee of real estate based on Law No. 9514 of November 20, 1997, which originated the Real Estate Finance System, discussing the brief historical evolution and the concept of fiduciary alienation, as well as the stages of constitution, application and revocation of the fiduciary alienation contract, which has real estate as guarantee. It discussed the revocation of the debt after the second public auction established in article 27, paragraph 5 of said law, in addition to the procedures adopted in the event of nonfulfillment of the obligation on the part of the debtor, at the time subsequent to the sale or transfer of possession and ownership of the asset, until such time as the residual balance of the debt in favor of the creditor persists. For the present article we have used the research of the valuation practice, where we intend to elucidate the importance of the introduction of the Institute of Fiduciary Alienation in Guarantee of Real Estate, as well as to explain about the advantages and risks coming from the norms introduced in the referred institute

Keywords: chattel mortgage, guarantee, public auction.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Da Alienação Fiduciária: 2.1 Bens Suscetíveis de Alienação Fiduciária; 2.2 Constituição e Extinção do Contrato; 2.3 Intimação e Procedimentos para Purgação da Mora; 2.4 Efeitos da não purgação da mora no prazo legal; 2.5 Da Consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário; 2.6 Da Consolidação da Propriedade Plena na Pessoa do Devedor Fiduciante; 2.7 Do Leilão e o saldo devedor. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará brevemente acerca da evolução do instituto da Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, bem como simultaneamente a introdução do Sistema Financeiro Imobiliário, a seguir discutirá sobre o conceito deste, bem como exibirá as mais relevantes características de alienação fiduciária elencadas na Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Essa lei é notadamente relevante, pois torna mais fácil o acesso ao crédito imobiliário à sociedade, restringindo riscos a quem fornece o crédito.

Serão procedidas análises acerca dos bens suscetíveis de alienação fiduciária em garantia, assim como demonstrará a importância da inovação do instituto, que trouxe inúmeros benefícios para o credor fiduciante, bem como quanto a sua aplicabilidade no Direito Brasileiro.

Da mesma forma, o estudo pretende demonstrar vantagens, como também evidenciar os riscos e consequências provenientes das normas introduzidas do instituto no que diz respeito da modalidade de financiamentos imobiliários.

Na presente pesquisa acadêmica serão discutidos sobre os procedimentos adotados em caso de inadimplemento do devedor, sobre as informações objetivas do procedimento da alienação fiduciária de bens imóveis, bem como sobre o saldo remanescente do crédito e a consequente extinção do contrato.

A seguir serão retratados, respectivamente, acerca da necessidade da introdução da Alienação Fiduciária no nosso ordenamento jurídico, sobre o conceito do referido instituto, também a respeito da constituição e extinção do contrato proveniente da obrigação contraída pelas partes (devedor e credor), bem como acerca dos procedimentos adotados em consequência da não purgação da mora por parte do devedor fiduciante.

2 DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A Alienação Fiduciária de Bens Imóveis foi introduzida com o surgimento da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, predispondo-se acerca do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), permitindo-se a alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia, tornando o instituto mais relevante. Posteriormente alterada pelas Leis nºs 10.931/04, 11.481/07 e 13.465/17, trazendo significativas modificações no instituto.

O objetivo era oferecer uma segurança eficaz para o credor, para que o mesmo estivesse respaldado ao conceder créditos aos consumidores, nas situações em que estes descumprissem com as obrigações em relação a pagamentos referentes a dívidas contraídas com as instituições financeiras, estimulando assim a economia.

Acerca deste tema, CHALHUB (2017, p. 209) sustenta que:

[...] considerando que a morosidade da execução das garantias inibe a aplicação de recursos no setor imobiliário e a concessão de empréstimos e financiamentos com garantia imobiliária, a Lei 9.514/1997 tem em vista criar as condições necessárias para revitalização e expansão do crédito imobiliário e, partindo do pressuposto de que o bom funcionamento do mercado, com permanente oferta de crédito, depende de mecanismos capazes de imprimir eficácia e rapidez nos processos de recomposição das situações de mora, regulamentou a alienação fiduciária como garantia nos negócios imobiliários.

A referida Lei nº 9.514/97 trouxe a luz do nosso ordenamento jurídico da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel.

A Lei nº 9.514/97, em seu artigo 22, preceitua o seguinte:

Art. 22. a alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.”

Sobre Alienação fiduciária para Loureiro Filho e Loureiro (2012, p. 394) entendem que:

A alienação fiduciária regulada é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que

operam no SFI e ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário.

Na alienação fiduciária, o fiduciante (que adquire o bem), possuirá a posse direta e o direito uso e gozo, enquanto o credor fiduciário, conserva a propriedade resolúvel da coisa, a qual se extinguirá de integralmente no instante em que o devedor cumprir por completo sua obrigação com o credor e, assim, consolidar-se-á a posse em favor devedor fiduciante. Desta forma, o devedor-fiduciante não usufrui da propriedade plena, restando o direito da posse direta sobre a coisa e o direito de reavê-la, caso a obrigação do pagamento da dívida seja integralmente cumprida.

No mesmo sentido BURTET (2012) sustenta que, a alienação fiduciária de bem imóvel é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. Também é um contrato acessório, que garante o cumprimento de outro. Por esse instituto jurídico, alguém que já titula a propriedade imóvel ou a está adquirindo, transfere a propriedade fiduciária de um bem imóvel ao credor, com o escopo de garantia, sob condição resolutiva, correspondente ao pagamento de uma dívida.

Por outro lado, na situação em que o devedor não cumprir com sua obrigação, qual seja, o pagamento integral da dívida, a lei prevê dispositivos em favor do credor, que permitem que o mesmo possa ter o crédito satisfeito.

Esta definida no Código civil de 2002, entabulada em seu artigo 1.361, é a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível, que o devedor transfere ao credor.

Fica evidente que, a alienação fiduciária é um negócio jurídico, que concede ao credor o direito de adquirir a propriedade de um bem, mesmo que de maneira resolúvel, em garantia da dívida contraída pelo devedor, comprometendo-se a restituí-la quando cumprida a obrigação acordada entre as partes.

Conforme preceitua o art. 1.359 do Código Civil:

Art. 1.359 - sendo resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, desaparecem os direitos reais concedidos em sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa de quem a possua ou detenha.

Segundo TARTUCE (2017, p. 104):

Partindo para as regras específicas do Código Civil, estabelece o art. 1.359 que, resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência. Em complemento, o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha. Como há relação com a condição e o termo, a propriedade resolúvel envolve questões de *eficácia* e não de validade dos negócios jurídicos correspondente.

Desta forma, a propriedade resolúvel deixará de ser limitada e passará a ser plena no momento do cumprimento da obrigação.

2.1 Bens Suscetíveis de Alienação Fiduciária

Acerca dos bens passíveis de alienação fiduciária podemos afirmar que:

Em regra, podem ser objeto de fideicomisso quaisquer bens, sejam móveis ou imóveis, bem como direitos sobre bens ou sobre direitos, desde que suscetíveis de alienação. São, enfim, passíveis de fideicomisso quaisquer direitos patrimoniais disponíveis, não se admitindo a constituição de fideicomisso sobre direitos estritamente pessoais. (CHALHUB, 2017, p. 102).

“Os imóveis podem ser de qualquer natureza, sejam comerciais, residenciais, mistos, glebas, imóveis enfiteúticos etc” (SCAVONE JUNIOR, 2015, p. 524).

2.2 Constituição e Extinção do Contrato

A instituição da propriedade fiduciária em garantia dar-se-á através do contrato de alienação fiduciária, constituído através de instrumento público ou particular, estabelecido através do regular registro do contrato no Cartório de Registro de Imóveis, conforme preceitua o art. 23 da Lei nº 9.514/97:

Art. 23. constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

O registro é um meio fundamental para garantir a segurança jurídica, e para que produza seus efeitos, sendo que na sua falta, o ônus não terá eficácia contra terceiros.

Assim, devidamente regularizado o registro no órgão competente, o bem não é atingido em caso de insolvência do devedor.

A Lei 6.015/73, em seu § 1º, regula os Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

A finalidade de todos esses registros consiste em revestir de fé formalidades especiais dos bens ou direitos do cidadão, por meio da interferência do Estado, visando garantia, controle ou ambos (LOUREIRO FILHO; LOUREIRO, 2012).

O item 226 das Normas de Serviços da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, sobre a constituição da propriedade, preceitua o seguinte: “com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse da coisa imóvel, tornando-se o fiduciante, possuidor direto, e o fiduciário, possuidor indireto”.

Na constância do contrato a propriedade encontrar-se-á afetado, em virtude do desdobramento da posse, devendo observar a resolução contratual, que poderá ocorrer de duas formas distintas, conforme preconizam os artigos 25 e 26 da Lei nº 9.514/97:

Art. 25 - com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

[...]

Art. 26 - vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Em virtude das situações constantes dos artigos supramencionados, ocorrerá a extinção do contrato, o que em consequência também resultará na extinção da propriedade fiduciária, podendo ser em virtude do adimplemento ou pelo descumprimento total ou parcial da obrigação principal pactuada.

A forma de extinção contratual decorrida em virtude do cumprimento da obrigação pelo devedor, com o total pagamento da dívida, proceder-se-á com a averbação para cancelamento do registro gravado com a Alienação Fiduciária pelo oficial do Registro de Imóveis, apresentando na Serventia Registral, a autorização para cancelamento disponibilizado pelo credor fiduciário. Em virtude do inadimplemento, consolidar-se-á a propriedade em nome do credor fiduciário que deverá proceder a leilões públicos, de acordo com os procedimentos a seguir evidenciados.

2.3 Intimação e Procedimentos para Purgação da Mora

Caso o devedor possua débitos em atraso, após o prazo de carência, o Oficial de Registro de Imóveis procederá a intimação do mesmo, para que efetue a purgação da mora, seguindo criteriosamente os procedimentos entabulados nos §§1º e 2º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97:

Art. 26 [...]

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

A Lei que trata a Alienação Fiduciária, ainda, em seu artigo 26, nos parágrafos 5º e 6º, determina que:

Art. 26 [...]

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

A lei determina que o pagamento seja feito no Cartório de o Registro de Imóveis.

Na ocasião em que o devedor purgar a mora no prazo estipulado em lei, o contrato o qual o bem imóvel foi dado em garantia se mantém.

De acordo com o §6º da Lei supracitada, a quantia paga pelo devedor, deduzidas as despesas de cobrança e intimação, serão entregues ao fiduciário no prazo de 3 dias, após a purgação da mora.

Sobre o tema, CHALHUB (2017, p. 233) observa que:

A purgação da mora far-se-á perante o oficial do Registro de Imóveis competente, mediante pagamento dos valores que lhe tiverem sido informados pelo credor, em demonstrativo no qual deverão estar discriminados os valores do principal, dos juros e demais encargos contratuais; tendo em vista o tempo que decorrerá entre o requerimento de intimação e o final do prazo para purgação de mora, é de toda conveniência que o credor apresente demonstrativo em que estejam compreendidas as parcelas que se vencerem nesse interregno, incluindo as penalidades, pois, do contrário, haverá o risco de efetivar-se pagamento em valor inferior ao devido, considerada a futura data em que vier a se realizar a purgação da mora; nos 3 dias seguintes à purgação, o Oficial do Registro de Imóveis deverá entregar ao credor-fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação (art. 26 e §§).

Pode ocorrer também do pagamento ser efetuado pelo devedor fiduciante, antes que o Oficial de Registro de Imóveis proceda com a intimação para que este purgue a mora, e após ser intimado, apresentar os comprovantes de pagamento na Serventia Registral competente.

Pode-se dizer que não há impedimento legal para que o fiduciante purgue a mora diretamente ao fiduciário, não obstante tratar-se de forma atípica de purgação da mora, com quebra do procedimento traçado na lei. Todavia, nesse caso, fica evidente que caberá ao fiduciário a responsabilidade de informar ao oficial do registro de imóveis o pagamento integral do valor cobrado, encaminhando a quitação e o pedido de cancelamento da intimação do fiduciante, sem prejuízo do imediato pagamento de eventual diferença das despesas de intimação e cobrança que forem devidas (informação verbal)¹⁹¹.

2.4 Efeitos da não purgação da mora no Prazo Legal

Na situação em que o devedor não realizar o pagamento em atraso prazo prescrito em lei, a propriedade será consolidada em nome do credor fiduciário, como preceitua o art. 26 Lei nº 9.514/97:

¹⁹¹ Notícia fornecida por Valestan Milhomem da Costa, Palestra proferida no XXXV Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, em João Pessoa - PB, em de outubro de 2008.

Art. 26 - vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

A consequência preponderante da não purgação da mora por parte do devedor fiduciante implica na extinção de seu direito de reivindicação do bem, ora subordinado a uma condição resolutória, o qual gera vínculo com o fiduciário. Desta maneira, o credor fiduciário deverá apresentar um requerimento, juntamente com o ITBI - Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, devidamente recolhido, com a finalidade de que a averbação da consolidação da propriedade seja procedida em seu nome.

Tal incidência de Imposto de transmissão *inter vivos*, encontra-se prevista no §7º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97:

Art. 26. [...]

§ 7º - decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso, do *laudêmio*.

Neste sentido, da mesma forma se mostra pacífica a jurisprudência de nossos tribunais, conforme acórdão ora transcrito:

APELAÇÃO. CONTRATO. FINANCIAMENTOS HABITACIONAL.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. consolidação da propriedade. lei 9.514/97. purga da mora. HONORÁRIOS. 1. Na espécie, não é mais possível a purga da mora até a data da assinatura do auto de arrematação, considerando que a consolidação da propriedade do imóvel em favor da CEF ocorreu posteriormente às modificações operadas na Lei 9.514/1997 pela Lei 13.465/2017. Logo, não sendo mais possível a purga da mora, prejudicada a discussão sobre a reabertura do contrato com a volta do pagamento das parcelas. 2. Honorários advocatícios mantidos. 3. Apelação não provida. (TRF-4 - AC: 50446078320184047000 PR 5044607-83.2018.4.04.7000, Relator: Cândido Alfredo Silva Leal Junior, Data de Julgamento: 17/06/2020, QUARTA TURMA).

2.5 Da Consolidação da Propriedade em Nome do Fiduciário

Procedida a averbação de consolidação em nome do credor fiduciário junto ao órgão competente, esta não possui o direito de dispor do imóvel, pois seu direito limitado, de acordo com o artigo 27 da Lei nº 9.514/97, isto significa que:

Art. 27 - uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

Assim, o credor fiduciário fica por imposição legal, inabilitado de dispor do imóvel por livre arbítrio. Nem mesmo manter o bem sobre sua posse, visto que a lei estabelece que o bem deverá ser alienado em público leilão.

Demonstram que a consolidação da propriedade visa atender a um fim específico, a satisfação do crédito, indicando, ainda, que se trata de propriedade resolúvel, a qual, nas precisas e notórias palavras de Caio Mário, é aquela "que nasce contaminada com o germe da sua extinção"¹⁹².

2.6 Da Consolidação da Propriedade Plena na Pessoa do Devedor Fiduciante

Em razão do cumprimento da obrigação, qual seja, o integral pagamento das parcelas e encargos provenientes do contrato, dar-se-á a extinção por adimplemento por parte do fiduciante. Nesta modalidade, o fiduciário recebe a integralidade do valor da dívida oriunda do contrato, fornecendo-lhe em decorrência do adimplemento, um termo de quitação integral da dívida, para que seja apresentado no Cartório de Registro de Imóveis competente, onde será procedida a averbação do cancelamento da propriedade fiduciária constante do registro, conforme preconiza o artigo 25 da Lei nº 9.514/97:

Art. 25 - com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

Assim, com o cumprimento da obrigação por parte do devedor, a propriedade fiduciária resta resolvida.

¹⁹² Notícia fornecida por Valestan Milhomem da Costa, Palestra proferida no XXXV Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, em João Pessoa - PB, em de outubro de 2008.

2.7 Do Leilão e o Saldo Devedor

O leilão decorre a partir do inadimplemento do devedor, que, ao não purgar a mora, está sujeito a perder o bem dado em garantia. Este leilão deve seguir rigorosamente o artigo 26 da Lei 9.514/1997.

Dispõe o *caput* art. 26:

Art. 26 - vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

De acordo com item 253 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo: Uma vez consolidada a propriedade em nome do fiduciário, este deverá promover a realização de leilão público para venda do imóvel, nos 30 (trinta) dias subsequentes, contados da data da averbação da consolidação da propriedade, não cabendo ao Oficial do Registro de Imóveis o controle desse prazo.

Poderão ser realizados até dois leilões; caso não haja arrematação no primeiro, realizar-se-á o segundo. Encontram-se previstos em lei, valores mínimos determinados para a arrematação do bem.

Realizar-se-á o segundo leilão, 15 dias após o primeiro, caso este reste infrutífero em razão do lance não ter alcançado o valor da dívida. (art. 27 §1º da Lei 9.514/1997).

A lei também estipula, que não será aceito valor inferior ao valor da dívida no 2º leilão, conforme demonstra o §2º do art. 27:

Art. 27. [...]

§ 2º - no segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

A referida lei em seu artigo §4º do art. 27 prevê que:

Art. 27. [...]

§ 4º - nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das

despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação.

Assim, depois de abatidos os valores da dívida e das despesas e encargos entabulados no 4º, o credor entregará ao devedor a importância remanescente.

Em virtude da Lei nº 13.465/2017, incluiu-se a redação do parágrafo §2º-B no artigo 27 da supracitada lei, apresentando a seguinte redação:

Art. 27. [...]

§ 2º-B - após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado os encargos e despesas de que trata o §2º, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária do patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbido, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos.

A partir do procedimento da averbação da consolidação da propriedade fiduciária em nome do fiduciário e até o dia da realização do segundo leilão, é garantido ao fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, acrescentam-se encargos e despesas elencados no § 2º do artigo 27 da Lei 9.514/97 e demais encargos que a lei determinar.

A controversa manifesta-se, no segundo leilão, ocasião em que o maior lance oferecido não alcance o valor estipulado em lei, restando frustrado o segundo leilão, onde poderá a dívida ser considerada extinta, e eximirá o fiduciário da responsabilidade de ressarcir possíveis diferenças e recursos relacionados a melhoramentos realizados pelo devedor. Desta forma, ficará submetido o credor, a conceder o termo de quitação.

Nesse diapasão dispõe o art. 27 §§5º e 6º da Lei 9.514/1997:

Art. 27. [...]

§ 5º - se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º - na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

Comenta CHALHUB (2017, p. 242) sobre o tema:

[...] E ainda, se o maior lance oferecido for recusado por não ser igual ou superior ao mínimo correspondente à dívida e às despesas, considerar-se-á extinta a dívida, exonerando-se o devedor da obrigação pelo eventual saldo remanescente (art. 27, § 5º), devendo o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dar quitação ao devedor-fiduciante em termo próprio.

Em recente julgado o STJ, julgou a inaplicabilidade do artigo 27, § 5º, da lei 9.514/97, tendo em vista que o valor do bem imóvel dado em garantia fiduciária não era suficiente para quitar integralmente o débito, vejamos:

*AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. LEILÃO DE IMÓVEL DADO EM GARANTIA PARCIAL DE DÍVIDA. **PREÇO, EM SEGUNDA PRAÇA, INSUFICIENTE PARA QUITAR A DÍVIDA POR INTEIRO.***

***PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 27, § 5º, DA LEI N. 9.514/1997.** FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283/STF. AGRAVO IMPROVIDO (STJ - AgREsp nº 818.237 - SP (2015/0298116-0); Decisão monocrática Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 02 fev. 2016, Publicação: DJ 17 fev. 2016).*

Pontua-se que em tal precedente a dívida existente não foi constituída para a aquisição do bem dado em garantia fiduciária, ademais, o bem alienado garantiu apenas parte da dívida, conforme se extrai do trecho abaixo colacionado:

"O Tribunal de origem entendeu que o preço obtido pelo imóvel dado em garantia não serviria para quitar integralmente a dívida (afastando, portanto, o art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/1997) tendo em vista as características do contrato. Assinalou, em primeiro

*lugar, que **a dívida não foi contraída para aquisição do bem executado. Além disso, o gravame constituído se deu expressamente como garantia parcial da dívida. Finalmente, haveria previsão contratual expressa (cláusula 20) de que a execução das garantias ofertadas não elidiria, restringiria ou eliminaria o direito de crédito do banco.** As razões recursais não impugnaram esses fundamentos, o que atrai a incidência da súmula 283/STF."*

Com o intuito de alinhar possíveis vertentes distintas a respeito da extinção da dívida, ressalta-se que tramita projeto de lei 28 que objetiva inserir novo parágrafo no artigo 27 da Lei de Alienação Fiduciária de Coisa Móvel, com a seguinte redação:

§ 9º - a extinção da dívida e a exoneração do devedor da respectiva obrigação, previstas nos §§ 4º e 5º deste artigo, aplicam-se tão somente às operações de financiamento imobiliário, não se estendendo, em hipótese alguma, a qualquer outra modalidade de financiamento na qual se utilize contratualmente da alienação fiduciária em garantia".

Tal Projeto Lei aguarda parecer do Relator na Comissão de Finanças e Tributação (CFT).

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se concluir que a Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel introduzida através da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, pode ser compreendida como um negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Conforme evidenciado no presente trabalho, a introdução do referido instituo foi assertiva, impulsionando a economia e trazendo segurança jurídica aos credores.

Esta nova modalidade de garantia fez com que a recuperação de créditos fornecidos a devedores inadimplentes se tornasse mais célere, trazendo benefícios nesse aspecto, por tratar-se de um procedimento extrajudicial, desobstruindo também as vias judiciais. Assim, o Oficial de Registro de Imóveis, desempenha um importante papel a fim de garantir a segurança dos credores, em relação também a possibilidade concreta de produção dos atos a ele inerentes.

Conclui-se que, existe divergência na doutrina e na Jurisprudência acerca da extinção da dívida entabulada nos parágrafos 4º e 5º do Artigo 27 da Lei 9.514/97. Sucede-se que, a lei não esclarece quando a obrigação do devedor em relação ao pagamento ou não do saldo remanescente da dívida, tendo restado os leilões

frustrados. Desta forma, não é possível afirmar com exatidão se o devedor se exime quanto ao pagamento da dívida remanescente. Entende-se que, caso ocorra saldo residual da dívida, a Lei 4.728/65 dispõe que o fiduciante continuará responsável pelo pagamento da diferença da dívida remanescente o valor do bem na ocasião alienado. Por outro lado, a Lei 9.514/1997 prevê que poderá haver extinção da dívida. É evidente a divergência de entendimentos apresentados entre a doutrina e a jurisprudência, e aguarda-se a aprovação do projeto de lei que se encontra tramitando, para que tais decisões de alinhem reconhecendo a extinção da dívida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>.

Acesso em: 17 jun. 2020.

BURTET, Tiago Machado. **Noções Gerais de Direito Imobiliário.** ed. ver. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2012, p. 155.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 209; 233; 242.

CHALHUB, Melhim Namem. **Propriedade Resolúvel com Peculiaridades Próprias.** Disponível em: <<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/04/Aliena%C3%A7%C3%A3o-Fiduci%C3%A1ria-AASP-2017.pdf>> Acesso em: 23 nov. 2020.

CORREIA FILHO, Luciano Amorim; SEIDA, Ravana. **Alienação fiduciária de bens**

imóveis: Aspectos gerais e específicos. Disponível em: <<https://lucianoamorim.jusbrasil.com.br/artigos/877683447/alienacao-fiduciaria-de-bens-imoveis-aspectos-gerais-e-especificos>> Acesso em: 22 de novembro de 2020.

Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. Blog do Direito Civil e Imobiliário. Disponível em <<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/04/Aliena%C3%A7%C3%A3o-Fiduci%C3%A1riaAASP2017.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 19 jun. 2020.

IRIB - Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. São Paulo, 2020. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/pagina335/pdf.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

LOUREIRO FILHO, L. S.; LOUREIRO, C. R. M. **Notas e Registros Públicos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25; 394.

NEGRATO, Gustavo. Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia: uma análise comparada. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negrato.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

Normas Judiciais da Corregedoria Geral da Justiça, 2020. Disponível em <<https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/NormasJudiciais>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

Projeto de Lei - PL 6.525/2013. Altera a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que "Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências", para fins de disciplinar o tratamento da alienação fiduciária em garantia. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=595526>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 524.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 104.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF-4. RECURSO ESPECIAL: Apelação Cível Nº 5029296-73.2014.4.04.7200. Relator: Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>.

ESCRITURA PÚBLICA DE VENDA E COMPRA SIMPLES: AS CONDIÇÕES PARA O REGISTRO JUNTO AO ÓRGÃO COMPETENTE

DANIELE DONIZETE DA SILVA:
Bacharelada do curso de Direito – IESB
Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)193

RESUMO: O presente estudo tem a finalidade de explanar sobre as condições para o registro da escritura pública de venda e compra ordenado pela Lei número 6.015/1973 de Registros Públicos, ocasionando o Direito Registral. Discorre também acerca da atuação do oficial em sua delegação para a prática do registro, respeitando os trâmites para a inserção do ato na matrícula do imóvel. Através da presente pesquisa será possível verificar as condições para se efetuar o registro da escritura pública na matrícula, verificando os requisitos imprescindíveis para o ato na matrícula, assim, o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis irá verificar se o documento está apto. De forma a cumprir esse objetivo, utilizou-se de abordagem da prática valorativa, de caráter bibliográfico formulada no embasamento jurídico através de leis, princípios, normas, jurisprudência que abrangem o tema central. Os resultados foram atendidos, através da aplicabilidade da lei no aspecto de solucionar eventuais falhas ocorridas por parte do tabelião na lavratura da escritura, como também a eficiência dos princípios norteadores do ordenamento jurídico. Desta forma, a implantação do ato na matrícula do imóvel se torna eficiente, como também o comprador adquire a propriedade plena e o vendedor desvincula das obrigações provenientes do imóvel ora transferido.

Palavras-chave: Escritura Pública. Venda e Compra. Imóvel.

ABSTRACT: The present study has the purpose of explaining the conditions for the registration of the public deed of sale and purchase, ordered by Law number 6.015/1973 of Public Registries, which caused the Registration Law. It also discusses the role of the officer in his delegation to practice the registration in the property's registration, respecting the steps that report the procedures for the insertion of the act in the property's registration, in addition to the procedures adopted for the application of the rules with the competent body. Through this research it will be possible to check the conditions for the registration of the public deed in the registration of the property, verifying the essential requirements for the act in the registration, thus, the Official Registry Office will verify that the document is fit, ensuring to purchasers an effective

193 Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

security in the implantation of the act in the registration of the property. In order to fulfill this objective, an appraisal practice approach was used, with a bibliographic character formulated in the legal basis through laws, principles, norms, jurisprudence that cover the central theme. The results were met, through the applicability of the law in the aspect of solving eventual failures that occurred on the part of the notary in the drawing up of the public deed, as well as the efficiency of the guiding principles of the legal system. Thus, the implementation of the act in the registration of the property becomes efficient, as well as the buyer acquires full ownership and the seller disengages from the obligations arising from the property now transferred.

Key words: Public Deed. Selling and Buying. Immobile.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Escritura pública de venda e compra simples: 2.1 Da delegação dos notários e registradores; 2.2 Dos elementos necessários para a lavratura da escritura pública de venda e compra simples; 2.3 Da eficácia da lavratura da escritura pública de venda e compra simples. 3. As condições para o registro junto ao órgão competente: 3.1 Documentações necessárias para o registro; 3.2 Da ausência de requisitos essenciais; 3.3 Do impedimento para efetuar o registro; 3.4 Da matrícula do imóvel; 3.5 Da Eficácia do ato na matrícula. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo discorrerá sobre as condições para o registro da escritura pública de venda e compra simples junto ao órgão competente, mais concretamente as etapas que relatam os procedimentos para a inserção do ato na matrícula do imóvel, sendo a delegação dos notários e registradores, os elementos necessários para a lavratura da escritura pública, a sua eficácia, as condições para o registro, as documentações necessárias, a ausência de requisitos essenciais, o impedimento do registro, a matrícula do imóvel e por fim a eficácia do ato na matrícula.

A Lei nº 6.015/1973 de Registros Públicos especialmente norteia o Direito Registral juntamente com os princípios e demais normas.

O objetivo deste artigo é demonstrar as condições para se efetuar o registro do imóvel, ou seja, quais os requisitos que o órgão competente utiliza para praticar o ato da escritura pública de venda e compra simples na matrícula. O Oficial do Cartório de Registro de Imóveis irá verificar se o documento está apto para enfim realizar o registro, garantindo aos adquirentes uma segurança efetiva na inserção do ato na matrícula do imóvel da comarca competente.

Por fim, serão discutidos quais os procedimentos adotados pelo Oficial de Registro de Imóveis em caso de ausência de requisitos necessários, como também os possíveis impedimentos para a recusa do registro na matrícula do imóvel.

A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica formulada no embasamento jurídico através de leis, princípios, normas, jurisprudência que abrangem o tema central.

2 ESCRITURA PÚBLICA DE VENDA E COMPRA SIMPLES

A escritura pública de venda e compra simples foi inserida em nosso ordenamento jurídico designando aos notários a lavratura da escritura com os requisitos necessários que deverá conter para sua eficácia. Dentre outros requisitos um deles é a verificação do valor do bem imóvel, que deverá ser o valor superior a trinta salários mínimos vigente no país para se enquadrar na modalidade de compra e venda através de escritura pública, de acordo com o Código Civil:

Art. 108 - Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes maior salário mínimo vigente no País.

O tabelião detém fé pública para a elaboração da escritura pública de compra e venda, de maneira que, as partes vendedores e compradores (podendo ser mais de um comprador e mais de um vendedor) através da manifestação de vontade descreve a concordância entre eles para a formalização do negócio jurídico, nos moldes da Lei nº 8.935/1994:

Art. 3 - notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

No que se refere à fé pública engloba-se aqueles profissionais pessoas físicas que adquirem autonomia do Poder Público para às praticados dos atos pertinentes ao cartório de Notas e de Protestos de Letras e Títulos, de modo que, a fiscalização dos atos é atribuída ao Poder Judiciário, conforme previsão na Lei nº 8.935/1994:

Art. 37 - a fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do distrito federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos.

Segundo Loureiro (2017, p. 48),

podemos definir o direito notarial como o conjunto de normas e princípios que regulam a função do notário, a organização do notariado e os documentos ou instrumentos redigidos por este profissional do direito que, a título privado, exerce uma função pública por delegação do Estado.

Desta feita, os procedimentos adotados pelo tabelião para praticar a lavratura da escritura, advém dos provimentos da Corregedoria Nacional de Justiça, assim, com a elaboração da escritura pública após a concordância entre as partes o ato se torna eficaz.

2.1 Da delegação dos notários e registradores

Os profissionais são titulares dos serviços prestados no Cartório de Notas e no Cartório de Registro de Imóveis, na qual exercer atividades privativas, inerentes à delegação que lhes são designadas pelo Poder Judiciário. Sendo esta delegação advinda do direito administrativo. Estes profissionais são agentes delegados que exercem atividades em nome próprio, porém com funções públicas, conforme preceitua a Lei nº 8.935/1994:

Art. 14 - A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: I - habilitação em concurso público de provas e títulos; II - nacionalidade brasileira; III - capacidade civil; IV - quitação com as obrigações eleitorais e militares; V - diploma de bacharel em direito; VI - verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.

A importância, destarte, é atributo da necessidade dos profissionais adaptarem aos requisitos acima elencados. Nesse sentido, a delegação é uma transferência de atividades inerentes do Poder Público que concede poderes aos particulares, pessoas físicas para exercê-las.

As responsabilidades que os notários e os registradores adquirem decorrem das práticas dos atos que lhes são atribuídos. Não obstante, se porventura ocorrer atos indevidos, serão responsabilizados através das penalidades prevista na Lei nº 8.935/1994:

Art. 28 - Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.

Resta demonstrada a necessidade de acatar as normas técnicas impostas pelo Poder Judiciário, assim, os tabeliões e registradores obtêm a obrigatoriedade de aceitar os trâmites legais a eles designados.

2.2 Dos elementos necessários para a lavratura da escritura pública de venda e compra simples

Para a lavratura da escritura pública o tabelião irá cumprir alguns requisitos exigidos por lei, a identificação das partes (apresentações dos documentos pessoais), constar as devidas qualificações completas, conferir os dados do imóvel através da matrícula atualizada emitida no órgão competente, ou seja, a matrícula será emitida na comarca onde se localiza o imóvel com prazo de validade de 30 (trinta) dias, verificar a existência de representações das partes envolvidas e se houve o devido recolhimento dos tributos, no caso em tela é o recolhimento do ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis Inter vivos), sendo este imposto recolhido junto ao órgão competente à Prefeitura Municipal da comarca do imóvel, com previsão legal na Constituição Federal vigente:

Art. 156 - Compete aos Municípios instituir impostos sobre: II – transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

Portanto para que o ato da lavratura da escritura pública se torne eficaz é de extrema importância o recolhimento do imposto acima citado, assim, o tabelião poderá prosseguir com os trâmites da finalização da escritura e conseqüentemente a emissão da mesma.

O posicionamento para a prática do ato “na escritura pública, compete ao tabelião identificar as pessoas, qualificá-las, conferir os dados do imóvel e verificar a representação das partes e, ainda, verificar se os tributos foram recolhidos corretamente.” (COUTO, 2016, p. 11).

Nesse sentido, os elementos necessários para que as partes possam aderir à escritura pública de compra e venda simples, decorre exclusivamente dos tabeliões que exercem suas atribuições no Cartório de Notas, seguindo o entendimento do doutrinador:

Ele é o profissional do direito que está presente no momento mesmo da celebração dos negócios jurídicos, que atende as partes diversas antes da concretização do negócio, ouve as respectivas vontades, cientifica-se dos bens da vida por essas

pretendidos, aconselha-as sobre os riscos, benefícios, aspectos fiscais e efeitos jurídicos do ato desejado e, finalmente, cria e autoriza o negócio jurídico solene, adotando os cuidados e cautelas legais para a sua perfeição, validade e eficácia. Trata-se de, portanto, de um jurista de confiança das partes, de livre escolha das mesmas, observadas algumas limitações territoriais. (LOUREIRO, 2017, p. 48).

Dessa maneira, o tabelião que exerce a função extrajudicial para o Poder Judiciário esta presente no momento da aceitação das partes para realizar o negócio jurídico. Assim, o mesmo orienta as partes envolvidas dos benefícios e dos riscos ao adquirir ou desvincular do imóvel. De modo que, após a concordância dos envolvidos e respeitando as normas legais o negócio jurídico se torna eficiente.

2.3 Da eficácia da lavratura da escritura pública de venda e compra simples

A escritura pública de venda e compra simples após as partes assinarem, o ato se torna eficaz, diante do tabelião que detém fé pública, de modo que, a "eficácia é a produção dos efeitos preconizados pelo ordenamento aos atos e negócios jurídicos não viciados por nulidade, além de outros decorrentes do documento notarial e da publicidade registral". (LOUREIRO, 2017, p.61).

De acordo com o legislador a escritura pública é um ato essencial para a validade dos negócios jurídicos que envolva os direitos reais sobre bens imóveis, exceto os casos que não exigem a necessidade da lavratura da escritura pública.

Desta forma, nenhum negócio jurídico inerente aos bens imóveis que não ultrapassem trinta salários mínimos vigente no país, poderá ser executado para substituir a escritura pública que detém fé pública, consoante verifica no Código Civil:

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

3 AS CONDIÇÕES PARA O REGISTRO JUNTO AO ÓRGÃO COMPETENTE

O sistema registral possui característica independente, todavia com subordinação do Poder Judiciário que irá fiscalizar anualmente os atos praticados pelo Oficial responsável. A fiscalização é feita através do Juiz Corregedor da comarca da localização da sede do cartório, em que será examinado o cumprimento do dever legal dentro das atribuições que lhes foi investida, conforme o entendimento:

O poder de fiscalização compreende a inspeção das unidades de serviços e os arquivos notariais e registrais, por meio de visitas ou correições ordinárias ou extraordinárias. Tais inspeções podem se dar de ofício ou a requerimento de eventual interessado. (LOUREIRO, 2017, p. 116)

O Direito Registral é considerado como uma subdivisão do sistema administrativo, com base nos princípios contidos do próprio ordenamento jurídico. Nesse sentido o doutrinador descreve:

A existência de sete princípios estruturais ou internos típicos, que se acham consagrados e revelados pela própria Lei de Registros Públicos, quais sejam: 1) princípio da unitariedade; 2) princípio da legalidade; 3) princípio de instância; 4) princípio da legitimação registral; 5) princípio da prioridade; 6) princípio da continuidade; e 7) princípio da especialidade. (SALLES, 2008, p. 10)

No que se refere à competência para o registro da escritura pública de venda e compra simples, é exclusiva do Oficial de Registro de Imóveis da comarca da localização do imóvel. Nesse sentido a referida Lei nº 8.935/1994 dispõe:

Art. 12 - Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.

Por conseguinte, o registro do imóvel somente poderá ser realizado pela autoridade competente, ou seja, o oficial do cartório, assim, a escritura pública de venda e compra será registrada na comarca onde se localiza o imóvel.

3.1 Documentações necessárias para o registro

As condições inerentes à escritura pública de compra e venda simples, inicia-se a partir do momento em que a parte interessada solicita em cartório o registro do imóvel na matrícula. A verificação das documentações é através das normas do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), da utilização da Lei de Registros Públicos (6.015/73) juntamente com a Lei que rege os Serviços Notariais e de Registros (8.935/1994), no qual versam os princípios norteadores do Direito Registral.

Necessário à apresentação da escritura pública de compra e venda simples original lavrada em Cartório de Notas juntamente com o ITBI (Imposto de Transmissão

de Bens Imóveis) para a qualificação do título. A qualificação será baseada pelas informações contidas na escritura pública, sendo analisadas as qualificações completas das partes envolvidas, as características e confrontações da do imóvel constante na matrícula, o número do cadastro na Prefeitura Municipal da comarca do imóvel e o devido recolhimento do imposto. Nesse sentido a Lei nº 6.015/1973 dispõe:

Art. 225 - Os tabeliães, escrivães e juizes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

Desta forma, após a apresentação das documentações essenciais para análise do título o oficial irá verificar se todos os requisitos exigidos em lei estão presentes.

3.2 Da ausência de requisitos essenciais

A escritura pública detém algumas peculiaridades que necessitam estar presentes para que o título esteja apto para o registro na matrícula do imóvel. Todavia, na falta desses requisitos essenciais, como por exemplo, a qualificação incompleta, número de matrícula ou cadastro do imóvel errados, acarretará uma nota de devolução elencando as informações faltantes, conforme preceitua a Lei de Registros Públicos nº 6.015/1973:

Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimí-la, obedecendo-se ao seguinte: I - no Protocolo, anotar o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida; II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas; III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias; IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

Assim, conforme decisão do Tribunal de Justiça julgou improcedente a apelação, acerca das exigências proferidas pelo Oficial de Registro de Imóveis decorrente à re-ratificação da escritura pública de venda e compra para a aplicabilidade dos princípios que regem o Direito Registral, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. LEI DE REGISTROS PUBLICOS. DÚVIDA REGISTRÁRIA. EXIGÊNCIAS DO OFICIAL INTERVENTOR DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. PROCEDÊNCIA. APLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. POSSIBILIDADE, RETIFICAÇÃO. ATO NOTARIAL. NECESSIDADE. REGISTRO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. 1. NOTÁRIOS E REGISTRADORES ESTÃO SUBMETIDOS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA PUBLICIDADE E DA EFICIÊNCIA. 2. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE EXIGE AMPLA DIVULGAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E IMPÕE A PLENA TRANSPARÊNCIA NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. 3. PARA QUE O REGISTRO E A AVERBAÇÃO EXPRIAM A VERDADE, DEVEM CORRESPONDER A REALIDADE DOCUMENTAL E FÁTICA DO IMÓVEL. O FATO DE A CERTIDÃO DE ÔNUS DO IMÓVEL NÃO CONSTAR OS DADOS CORRETOS EM RELAÇÃO AO AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO NÃO É ÓBICE PARA QUE SEJA SANEADO O ATO NOTARIAL CONSIGNADO A INFORMAÇÃO DE QUE HÁ O PLENO CONHECIMENTO DOS OUTORGANTES COMPRADORES ACERCA DA AVERBAÇÃO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL, EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ATINENTE AOS ATOS REGISTRAIS, BEM COMO PARA DAR FIDEDIGNIDADE AO DOCUMENTO PÚBLICO EM RELAÇÃO AOS ASSENTOS DAQUELA SERVENTIA REGISTRAL. 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-DF – APL: 11643425220088070001 DF 0116434-25.2008.807.0001, Relator: MARIA DE FATIMA RAFAEL DE AGUIAR RAMOS, Data de Julgamento: 16/09/2009, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 05/10/2009, DJ-e pág. 78)

Portanto, após o cumprimento dos itens elencados na nota de devolução emitida pelo Oficial do cartório de Registro de Imóveis, o título se tornará apto para efetuar o devido registro.

3.3 Do impedimento para efetuar o registro

Os impedimentos para o registro da escritura pública de compra e venda simples poderá ocorrer na hipótese da existência de um ato que anteceda a escritura

pública de venda e compra simples, ou seja, um título aquisitivo não registrado na matrícula do imóvel, a regularização do imóvel, doravante à necessidade de averbações na matrícula, como averbação de construção, qualificação dos vendedores, dentre outros. Neste caso o Oficial não irá registrar o título, em razão de ferir o princípio da continuidade, previsto na Lei de Registros Públicos nº 6.015/1973:

Art. 195 - Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.

Segundo Salles (2008, p. 17),

estabelece a necessidade de fixar um liame rigoroso em toda a cadeia filiatória entre o titular do domínio indicado no fólio e aquele que realiza a alienação ou efetiva a oneração. O princípio da perfeita concatenação é utilizado não só para estruturar os elos de alienação e transferência imobiliária, como também para vincular os gravames e os ônus lançados sobre o imóvel.

Os atos deverão seguir à sua ordem, pois comporta uma segurança jurídica para ambas as partes envolvidas (comprador e vendedor), como também para o Oficial responsável. Não obstante, se ocorrer à prática do ato na matrícula do imóvel sem a verificação de atos antecedentes haverá irregularidades na realização do negócio jurídico, como também penalidades para o Oficial responsável, assim deverá cientificar o Juiz Corregedor do ocorrido, em que serão analisadas as medidas cabíveis para proceder com a modificação do ato ou até mesmo a nulidade, dependendo do tipo do título anterior, nesse sentido a Constituição Federal dispõe:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

3.4 Da matrícula do imóvel

A matrícula do imóvel detém todas as informações dos atos praticados desde a sua abertura pelo Oficial, consoante se verifica na Lei nº 6.216/1975:

Art. 176 - O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3. Parágrafo único - A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas: I - cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei; II - são requisitos da matrícula: 1) o número de ordem, que seguirá ao infinito; 2) a data; 3) a identificação do imóvel, feita mediante indicação de suas características e confrontações, localização, área e denominação, se rural, ou logradouro e número, se urbano, e sua designação cadastral, se houver; 4) o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como: a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou à falta deste, sua filiação; b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda; 5) o número do registro anterior; III - são requisitos do registro no Livro nº 2: 1) a data; 2) o nome, domicílio e nacionalidade do transmitente, ou do devedor, e do adquirente, ou credor, bem como: a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou, à falta deste, sua filiação; b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda; 3) o título da transmissão ou do ônus; 4) a forma do título, sua procedência e caracterização; 5) o valor do contrato, da coisa ou da dívida, prazo desta, condições e mais especificações, inclusive os juros, se houver.

Nesse seguimento de acordo com a legislação deverão ser realizadas as práticas em um Livro de número 02 (dois), de modo que, todos os atos solicitados pela parte envolvida ou de *"ex officio"* obrigatoriamente serão inseridos na matrícula do imóvel.

3.5 Da Eficácia do ato na matrícula

Torna-se eficaz o ato na matrícula após constar o registro da escritura pública de venda e compra simples, as partes enfim concretizam o negócio jurídico, pois o comprador adquire a propriedade plena e o vendedor desvincula das obrigações provenientes do imóvel ora transferido, assim "o comprador do imóvel, após o registro

da escritura pública, torna-se proprietário e, como tal, pode usar, gozar e dispor da coisa". (LOUREIRO, 2017, p.784).

Contudo, caberá nulidade do ato se presente os requisitos elencados em lei, portanto a produção de efeitos é ineficaz, onde o juiz da comarca competente irá analisar a situação ocorrida, com respaldo no direito da ampla defesa e do contraditório, conforme preceitua a Lei nº 6.015/1973:

Art. 214 - As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta. § 1º A nulidade será decretada depois de ouvidos os atingidos.

Desta forma, se não houver casos de nulidade o presente registro na matrícula do imóvel detém uma segurança essencial para o proprietário de surgir possíveis ônus, conforme o doutrinador que assim descreve:

se instaura munido e amparo por presunção de validade, de legitimidade e de legalidade, que a ele conferem uma forma credenciada de eficácia, tanto na sua eventual invalidação depende da produção de prova consistente, capaz de que demonstrar a existência de irregularidade ou vício insanável. (SALLES, 2008, p. 7)

Neste sentido, o ato de registro na matrícula do imóvel não é apenas uma forma solene, mas compreende um conjunto de cumprimento de leis, normas e princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Todavia, um dos princípios inerentes ao Direito Registral é o da publicidade dos atos, que após constar o registro na matrícula do imóvel o Oficial de Registro de Imóveis efetua procedimentos internos para a sua publicidade no site eletrônico dos registradores, tornando-se assim um ato público.

4 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise de como às condições para efetuar o registro na matrícula do imóvel são relevantes para maior compreensão dos acadêmicos, dos interessados, como também para a sociedade. Além disso, as etapas do presente estudo relatam os procedimentos que deverão ser ininterruptos.

A importância decorre das condições para se efetuar o registro da escritura pública na matrícula do imóvel, assim o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis irá verificar se o documento está apto, garantindo aos adquirentes uma segurança efetiva na inserção do ato na matrícula do imóvel da comarca competente.

Em virtude dos fatos mencionados os resultados inerentes a problematização foram atendidos, através da aplicabilidade da lei no aspecto de solucionar eventuais falhas ocorridas por parte do tabelião na lavratura da escritura pública, como também a eficiência dos princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Desta forma, a implantação do ato na matrícula do imóvel se torna eficiente, como também o comprador adquire a propriedade plena e o vendedor desvincula das obrigações provenientes do imóvel ora transferido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta a art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 15 jun. 2020.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos:** Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 48.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 24 set. 2020.

IRIBI – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.irib.org.br/publicacoes/cartilha/pdf.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ABDRI – Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário. Disponível em: <<https://www.apdr.org.br/albergaria>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1998. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 jun. 2020.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos:** Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 48.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos:** Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 61.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos**: Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 116.

SALLES, V. **Direito Registral Imobiliário**. 2. ed. São Paulo: Saiva, 2008, p. 10.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de setembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm> Acesso em: 16 jun. 2020.

SALLES, V. **Direito Registral Imobiliário**. 2. ed. São Paulo: Saiva, 2008, p. 17.

BRASIL. **Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975**. Altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os requisitos públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6216.htm> Acesso em: 16 jun. 2020.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos**: Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 784.

SALLES, V. **Direito Registral Imobiliário**. 2. ed. São Paulo: Saiva, 2008, p. 7.

BRASIL. **Lei nº 13.286, de 10 de maio de 2016**. Dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13286.htm> Acesso em: 18 jun. 2020.

1º Tabelionato Fischer. Novo Hamburgo. Disponível em: <<https://www.tabelionatofischer.not.br/noticias/area-notarial/dos-principios-de-regencia-dos-servicos-notariais-e-de-registro-fabio-zonta-2>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

Registradores – Central Registradores de Imóveis. Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

ARISP – Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo. Disponível em: <<http://www.arisp.com.br/>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

Ofício Eletrônico – Central Registradores de Imóveis. Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

CNJ – Central Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2510>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS TJ-DF. Apelação Cível: 2008011116434-3 APC.



Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5426926/apelacao-ci-vel-apl-1164342520088070001-df-0116434-2520088070001/inteiro-teor-101876440?ref=serp>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

INFORMAÇÃO OU DESINFORMAÇÃO? A ERA DAS FAKE NEWS E A DINÂMICA DA COMUNICAÇÃO NA ATUALIDADE

VANESSA ANDRIANI MARIA: Advogada (ULBRA), pós-graduada em Advocacia Cível (UNA) e Direito do Trabalho (UNA). Membro da Comissão de Direitos Humanos e do Grupo de Violência de Gênero da OAB Santa Maria-RS. Engenheira Agrônoma (UFSM), Mestre em Ciência e Tecnologia Agroindustrial (UFPeI). Graduada em Formação Pedagógica em Geografia (UNIASSELVI).

Resumo: Hoje em dia grande parte das pessoas que acessam a internet usam as redes sociais como instrumento de informação. Assim, a velocidade que uma mentira pode ser compartilhada por milhares de pessoas é incrível, e tal fato cresce diariamente, colaborando com quem produz esse tipo de conteúdo. O presente artigo tem o objetivo de destacar as relações entre o direito à informação e as fake news, no ambiente das redes sociais. A metodologia utilizada neste trabalho parte do método dedutivo, realizando a revisão bibliográfica e a doutrina. É necessário trabalhar muito para evitar que esse tipo de notícia falsa continue sendo difundida nas redes sociais, por meio de usuários que creem em tudo que leem. A tendência é que as Fake News se propaguem ainda mais pois não existe forma efetiva que realmente resulte em um saldo positivo, contra os sites e autores de Fake News. Esse assunto merece maior destaque e pesquisas de maior aprofundamento, visando contribuir com opiniões úteis e viáveis para exterminar a desinformação e as Fake News, respeitando sempre a liberdade de expressão.

Abstract: Nowadays most people who access the internet use social networks as an information tool. Thus, the speed that a lie can be shared by thousands of people is incredible, and this fact grows daily, collaborating with those who produce this type of content. This article aims to highlight the relationships between the right to information and Fake News in the social media environment. The methodology used in this work starts from the deductive method, performing the literature review and the doctrine. It is necessary to work hard to prevent this type of Fake News from continuing to be disseminated on social networks, through users who believe everything they read. The trend is that Fake News spread even more because there is no effective way that actually results in a positive balance, against the sites and authors of Fake News. This subject deserves greater emphasis and more in-depth research, aiming to contribute with useful and viable opinions to exterminate disinformation and Fake News, always respecting freedom of expression.

Keywords: Fake News; social networks; freedom of expression.

Sumário: Introdução. 1. Contextualização Dentro da Órbita do Direito à Informação e Direito de Informar. 2. A Conexão de Informações e as Redes Sociais. 3. A Credibilidade das Publicações nas Redes Sociais e as Fake News. 4. Conclusão. 5.Referências.

INTRODUÇÃO

O direito à informação surge da consciência democrática e do desenvolvimento da sociedade. O surgimento de novos direitos acontece gradativamente, muitas vezes de acordo com os avanços tecnológicos.

Analisando as relações e aplicações da internet inseridas no contexto da sociedade da informação, surge uma série de pontos atuais, por exemplo, o discurso do ódio, a exposição em excesso da intimidade, novas probabilidades de relacionamentos, dentre outros. É aparente o exercício do direito fundamental da informação entre esses assuntos, pois este novo tipo de interação admite que qualquer pessoa vinculada a essas redes sociais realize comentários ou apresente seu ponto de vista sobre qualquer assunto; abrangendo uma gama considerável de pessoas a depender da extensão de sua rede de contatos. As notícias fraudulentas são extremamente danosas à democracia e ao direito à informação; por gerarem desconfiança e incerteza prejudicando a ação individual no espaço público, visto que o cidadão passa a se guiar por inverdades.

As relações estabelecidas na sociedade da informação são marcadas pela fluidez e pela efemeridade colaborando para que as pessoas interligadas por essas redes sintam-se motivadas a manifestar seus juízos sobre qualquer matéria; transformando a liberdade de expressão em garantia concreta desses discursos, ou melhor, dessas opiniões.

O propósito deste trabalho é demonstrar o conflito entre o direito à informação e as Fake News, no ambiente das redes sociais. O artigo foi dividido em três tópicos centrais. No primeiro tópico, será analisado o Direito à Informação e o Direito de Informar; no segundo, a Conexão de Informações e as Redes Sociais. Por último, a Relação entre as Redes Sociais e as Fake News, pois as primeiras passaram a ser o maior ponto de propagação de notícias e de transferência de informações.

A metodologia utilizada neste trabalho parte do método dedutivo, realizando a revisão da bibliografia apontada nas referências, procurando visitar a doutrina e o que foi produzido sobre o tema apresentado. A leitura das obras apontadas nas referências foi a base do presente trabalho, em que a interpretação desses textos serviu de subsídio para a construção do que será apresentado.

1. Contextualização Dentro da Órbita do Direito à Informação e Direito de Informar

O direito à informação nasce da consciência democrática e da evolução da sociedade. As conquistas de novos direitos ocorrem gradualmente, muitas vezes observando os avanços tecnológicos: “[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, [...]” Não é difícil de prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar... (BOBBIO, 1986, p.171)

O acesso à informação proporciona um ambiente de evidente transparência e democracia. Em um sistema democrático, onde o poder público repousa no povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, sobreleva a necessidade de cada membro do povo fazer opções políticas sobre a vida nacional. Não só no processo eleitoral, mas por meio de plebiscitos ou referendos, o povo exerce seu poder político. Para poder optar, para poder decidir com consciência, indispensável que esteja inteirado de todas as circunstâncias e consequências de sua opção e isso só ocorrerá se dispuser de informações sérias, seguras e imparciais de cada uma das opções, bem como da existência delas. Nesse sentido, o direito de informação exerce um papel notável, de grande importância política, na medida em que assegura o acesso a tais informações. (CARVALHO, 1999, p. 55)

Toda notícia é uma informação, mas nem toda informação é uma notícia. Diariamente, os veículos recebem de suas fontes “toneladas de informações que passam por um crivo de seleção, tratamento e coordenação para só então se tornarem notícias para consumo público” (BAHIA, 2009, p. 46)

A informação tem grande valor para o Estado, garantindo benefícios sobre seus opositores em caso de disputas econômicas e guerras. Já entre os cidadãos, a informação tem grande relevância, amparando no crescimento da carreira profissional, acadêmica e nas relações entre particulares.

O acesso à informação é um verdadeiro instrumento a serviço do interesse público, sendo que a publicidade ou o direito de acesso às informações administrativas não é um fim em si mesma, mas um meio, um instrumento que existe para viabilizar ou garantir a realização de outros valores sociais aptos a estimular o desenvolvimento (material ou espiritual) individual e coletivo da comunidade; é condição *sine qua non* para o exercício de outros direitos fundamentais. (RODRIGUES, 2014, p.106)

As transformações tecnológicas possibilitaram o aparecimento da era da informação. Nos últimos anos, a informação deixou de ser uma área ou especialidade para se tornar multidimensional, transformando profundamente a forma como a sociedade se organiza. Pode-se dizer que está em andamento uma Revolução da Informação, como ocorreram no passado a Revolução Agrícola e a Revolução Industrial (Gadotti, 2000).

Lévy (1996) conceitua a informação como um ato produtivo:

Quando utilizo a informação, ou seja, quando a interpreto, ligo-a a outras informações para fazer sentido, ou, quando me sirvo dela para tomar uma decisão, atualizo-a. Efetuo, portanto, um ato criativo, produtivo. (Lévy, 1996)

A sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico. É um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infraestrutura de informações disponível. É também acentuada sua dimensão político-econômica, decorrente da contribuição da infraestrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos. Sua importância assemelha-se à de uma boa estrada de rodagem para o sucesso econômico das localidades. Tem ainda marcante dimensão social, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação. (TAKAHASHI, 2000, p. 33)

As tecnologias da informação, em conjunto com a velocidade da circulação da informação, criaram o ambiente perfeito para o desenvolvimento de uma sociedade baseada nessa informação. (TAKAHASHI, 2000, p.33)

Com a Constituição de 1988 no Brasil, que foi promulgada após um período de ditadura e supressão de direitos fundamentais, o direito à informação entrou no rol de direitos e garantias individuais e sociais, iniciando uma cultura de transparência para a administração pública. Essa evolução constitucional proporcionou maior informação popular sobre o controle das ações governamentais e asseverou definitivamente o direito à informação, transformando as relações entre o cidadão e o Estado, principalmente.

O direito fundamental de acesso à informação é de todos, haja vista que o texto constitucional permite, com fulcro no inciso XXXIII do artigo 5º, que todos tenham direito a receber informações dos órgãos públicos. Não podem olvidar dúvidas no que tange à titularidade do direito de acesso, pois apesar das restrições contidas no caput

do artigo 5º, onde se lê que é garantido, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, os direitos e deveres individuais e coletivos, o inciso ora mencionado faz a menção à expressão “todos”. Exige-se, portanto, a interpretação ampliada do intérprete, o qual não está autorizado a reduzir o espectro subjetivo do direito fundamental. (CANOTILHO, 2013, p. 349).

Fica manifesta a preocupação do legislador com a proteção do direito fundamental ligado à manifestação do pensamento, estando essa tutela ligada diretamente com a dignidade da pessoa humana, insculpida na Constituição Federal no art. 1º, III. A liberdade é fundamental para o exercício de direitos dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito e a forma de exteriorizar essa dignidade, em muitas vezes, é através da liberdade de expressão ou da manifestação do pensamento, pois como disse DWORKIN (2009, p. 519): “o desenvolvimento humano situa-se dentro de um processo que se constitui pela livre expressão conjugada com o intercâmbio da comunicação humana.

A liberdade de informação jornalística abrange todos os meios de divulgação de informação atuais, como sites, mídias sociais, blogs etc. É complicada a classificação de uma informação como Fake News sem que possamos censurá-la e com as redes sociais a difusão de julgamentos, apreciações e exibição de opiniões difundem-se numa velocidade incrível. Portanto, a averiguação das informações é um fato muito relevante para se chegar ao mundo da verdade ou falsidade de uma informação.

A proteção da informação jornalística e o próprio direito de informação (informar e ser informado) constituem garantia fundamental do indivíduo dentro do Estado Democrático de Direito: A liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se concretizou – essencialmente – num direito subjetivo do indivíduo manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação. (SILVA, 2014, p. 259)

Na era da informática, a formação dos direitos e da regulação é acompanhada por dois tipos de tensões: - a tensão entre os direitos de natureza privada sobre a informação, o direito de propriedade, e a liberdade de informação; e - a tensão entre as proibições, outras restrições ou condições de acesso à informação (ou a determinadas categorias de informação) e a liberdade de informação (GONÇALVES, 2003, p. 12).

Se a informação noticiada atinge, de certa forma, a honra ou imagem do indivíduo, violando o seu direito à intimidade deverá ser considerado abuso do direito de informar, excedendo os limites do direito fundamental, devendo o responsável pela divulgação, sofrer as sanções civis e penais cabíveis. (SVALOV, 2012, p. 69).

Os canais de informações tradicionais, como jornais e revistas aderiram ao mundo da internet, utilizando o novo mecanismo para operar em tempo real. As notícias são divulgadas quase que instantaneamente através de seus sites. A consulta a esses meios de comunicação aumentou de forma significativa; mais da metade das residências no Brasil tem acesso à rede mundial de computadores (internet). Essa combinação de fatores proporciona uma intensa troca de informações entre os que informam e os que são informados.

Os dados comprovam a ferocidade com que as pessoas estão buscando informações na internet e como os sites jornalísticos, de busca e as mídias sociais atuam de forma definitiva na relação entre a produção de informação e consumo dessa informação.

Cumprase asseverar que os direitos da personalidade, positivados constitucionalmente sob o regime de direitos fundamentais, seguem a teoria geral das liberdades públicas, não só por formarem grupo de normas sujeitas a regime especial, mas particularmente, por dizerem respeito aos fatores que garantem a autodeterminação que o homem exerce sobre si mesmo. (MIRANDA, 2000, p. 59)

Deste modo, fica evidente a importância do direito à liberdade de informação para a sociedade, uma vez que, tal liberdade possui influência direta na construção de uma opinião pública, onde tal prerrogativa é fundamental para que se constitua verdadeiramente um Estado Democrático de Direito.

Na Sociedade da Informação e no Brasil do futuro, o indivíduo além de receptor da informação, atua também como agente informacional, "livre de escolher o conteúdo, interagir com ele, independentemente do espaço e do tempo em que se localizam o usuário e os conteúdos". MIRANDA et al. (2000, p. 10). Corroborando a visão apresentada por MIRANDA (2000, p. 59), BORGES (2008, p. 183) afirma que "o usuário da informação pode ser o produtor ou o gerador de informação, além de ser o seu controlador". A Sociedade da Informação e do Conhecimento é reconhecida pelo uso intenso da informação, do conhecimento e das tecnologias da informação e da comunicação, na vida do indivíduo e da sociedade, em suas diferentes atividades.

As tecnologias móveis de comunicação e informação vêm possibilitando novas formas de sociabilidade e de propagação da informação remetendo a outras percepções dos espaços urbano e virtual e possibilitando a formação de redes sociais móveis em nossa sociedade atual (HENRIQUES, 2014, p. 212).

O direito de transmitir informações, por sua relevância na construção de uma sociedade democrática, recebe uma proteção especial na Constituição Federal nos casos em que é exercido profissionalmente por intermédio dos meios de comunicação social. O direito de informar versa sobre a prerrogativa constitucionalmente

assegurada de transmitir informações, e não deve ser confundido com a liberdade de manifestação do pensamento prevista no Art. 5º, IV da CF/88, que por sua vez consiste no direito de emitir uma opinião a respeito determinado tema. (NOVELINO, 2013, p. 523)

É impossível prever e controlar o que virá a circular em forma de conhecimento, uma vez que é inerente aos elementos estruturais da Sociedade da Informação, sobretudo pelo avanço extraordinário da convergência tecnológica entre informática, comunicações e eletrônica, a falta de controle da produção e circulação de conhecimento. A informação deve ser de livre acesso (inclusive assegurado por lei), onde toda e qualquer pessoa pode consumir e gerar informações, principalmente no ambiente digital, porém o que acontece quando as informações geradas são falsas? (MIRANDA et al, 2000, p. 4)

Porém, a informação gerada nem sempre é verdadeira. Dessa forma, ao fazer uso do direito de informar, um direito este derivado do direito a liberdade de expressão, surge o dever de prestar a informação verdadeira, baseada em fatos e completa, de forma que não tenha seu sentido modificado pelo propagador da notícia.

Quando se trata de busca de informação, não se pode deixar de fazer referência à importância irrefutável das fontes de informação que, com o surgimento da Internet, se tornaram imensurável. E assim, devido a esse grande número de fontes de informação disponíveis na Rede, é tão imprescindível a elaboração de critérios que avaliem a qualidade das fontes.

2. A Conexão de Informações e as Redes Sociais

Desde a popularização da internet, na década de 1990, as redes sociais ocupam um espaço importante sob o ponto de vista das relações entre os indivíduos. Quer seja no Orkut ou no Facebook, diversas manifestações são expressas no interior desse tipo de aplicação de internet, evidenciando uma característica marcante em relação à liberdade de expressão e ao direito de informação, na medida em que cada membro, cada integrante, pode se tornar uma fonte de informação. Isso permite que a circulação de informação ultrapasse o tradicional modo jornal/rádio e passe a criar novas fontes, novas formas de abordagem na propagação de uma informação ou, até mesmo, na manipulação e posterior divulgação de uma informação. (RECUERO, 2009, p. 25).

O surgimento da Internet proporcionou aos usuários de redes que a informação seja disseminada de forma mais rápida, através das tecnologias de informação e comunicação, dessa forma a informação chegue ao usuário final em tempo real.

Compreender a mediação, a circulação e o uso da informação no contexto das redes sociais, através das relações estabelecidas por meio das tecnologias, acaba por

se constituir numa rede de informação em que a interação se faz presente e, por conseguinte, o fluxo de informação cada vez mais intenso. [...] O Grande potencial existente no contexto das redes se refere ao fato de que a informação não se encontra mais centralizada, o seu detentor não é mais uma única pessoa, ou seja, ampliam-se as fontes de informação. [...] As conexões existentes através das interações estabelecidas nas redes sociais criam possibilidades para que as pessoas atuem como multiplicadores e organizadores de uma dada comunidade. (RIBAS E ZIVIANI, 2008, p. 1)

Os próprios padrões de comunicação são alterados nas redes sociais, ganhando espaço, a informação ou notícia rápida e trivial. Essa é uma das características do momento pelo qual o homem passa: ... a tarefa de construir uma ordem nova e melhor para substituir a velha ordem defeituosa não está hoje na agenda – pelo menos não na agenda daquele domínio em que se supõe que a ação política resida. O “derretimento dos sólidos”, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo [...]. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro. (BAUMAN, 2001)

Redes sociais na Internet possuem elementos característicos, que servem de base para que a rede seja percebida e as informações a respeito dela sejam apreendidas. Esses elementos, no entanto, não são imediatamente discerníveis. Por exemplo, o que é um ator social na Internet? Como considerar as conexões entre os atores on-line? Que tipos de dinâmicas podem influenciar essas redes? São esses questionamentos que nos interessam no âmbito da comunicação mediada pelo computador e do ciberespaço. (RECUERO, 2009).

Visualizando o futuro da Internet como meio de comunicação, podemos avaliar que este será um veículo sobre o qual a nova sociedade estará embasada; a sociedade voltada ao uso da informação, a partir de uma revolução tecnológica, trazendo a ideia de que as novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes interligadas globalmente. Existem múltiplas redes interligadas que se tornam fonte de formação, orientação e desorientação da sociedade, “por isso, é que a informação representa o principal ingrediente de nossa organização social, e os fluxos de mensagens e imagens entre as redes constituem o encadeamento básico de nossa estrutura social”. (CASTELLS, 1999, p. 573),

Redes compõem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura. [...]essa lógica de redes gera

uma determinação social em nível mais alto que a dos interesses sociais específicos expressos por meio das redes: o poder dos fluxos é mais importante que os fluxos do poder. A presença na rede ou a ausência dela e a dinâmica de cada rede em relação às outras são fontes cruciais de dominação e transformação de nossa sociedade: uma sociedade que, portanto, podemos apropriadamente chamar de sociedade em rede, caracterizada pela primazia da morfologia social sobre a ação social (CASTELLS, 1999, p. 565).

Visualizamos uma sociedade que mudou a dinâmica nas relações que envolvem troca de informações, migrando do meio geográfico (físico) para o meio virtual oferecido pelas redes; com isso, houve transformações nas relações de poder. O poder está nas mãos de quem detém as conexões que ligam as redes, como por exemplo, “fluxos financeiros assumindo o controle de impérios da mídia que influenciam os processos políticos”. (CASTELLS, 1999, p. 566)

A economia informacional cuja dinâmica elimina distâncias e deixa os mercados mundiais sem bases ou fronteiras determináveis têm por função integrá-los, em tempo real, como unidades de um sistema aberto global (DOWBOR, 1996, p.21-31).

Existe uma relação direta entre o compartilhamento da informação e do conhecimento na sociedade e as redes sociais. Cada indivíduo tem sua identidade cultural e as redes, são espaços virtuais nos quais se dá a troca de conhecimentos e de informações, assim, nessas redes o ser humano se agrupa com seus semelhantes e estabelece inter-retrorelações de interesses e culturas que se modificam conforme suas interações fazendo com que elas cresçam, desenvolvam e evoluam vinculados a diferentes níveis de cognição, que se agregam e se complementam, promovendo maiores níveis de conhecimento à medida que a rede social se amplia. (CASTELLS, 2000)

Por meio das tecnologias as pessoas e as organizações trocam informações, e estas são multiplicadas e disseminadas na web. A informação coletiva é a que está disponível em qualquer suporte a todos que necessitam da mesma.

Uma das preocupações com relação ao conteúdo da fonte é sua confiabilidade especialmente no âmbito acadêmico científico. De tal modo, é necessário verificar informações do autor como suas credenciais no domínio do site em que a fonte esteja localizada, além de pesquisar outras páginas e a data de atualização em que a fonte foi publicada.

Atividades econômicas, sociais, políticas e culturais por todo o planeta estão sendo estruturadas pela Internet e em torno dela, como por outras redes de computadores. A velocidade com que as informações são processadas, renovadas e disponibilizadas em meio eletrônico, como também os recursos que facilitam o acesso

e uso da rede por qualquer pessoa que saiba manusear um computador o outro dispositivo de acesso à Web permite a conexão com um ou vários sujeitos, desta forma construindo assim uma rede de relacionamentos social ou profissional. (CASTELLS, 2003, p.8)

Essas novas tecnologias têm papel decisivo na disponibilidade de informações, nas chamadas “autoestradas da informação”:[...] autoestradas da informação são meios de comunicação entre computadores, que seriam caracterizados por grande capacidade, rapidez e fidedignidade. Estes veículos permitiriam a comunicação fácil e intensa e trariam com isso grandes possibilidades de interatividade. (ASCENSÃO, 2002, p. 68)

As redes sociais propiciam a interação social dentro da própria internet, possibilitando a exposição da vida e, principalmente, a manifestação de um pensamento e criam uma falsa sensação de anonimato, facilitando o abuso de direito no exercício da liberdade de expressão. Nesse sentido analisando o conceito dos provedores de aplicações de internet chega-se a conclusão que a sua constituição ou desenvolvimento existe justamente para garantir diversas formas de interação dentro do ciberespaço (LEVY, 2010, p. 94).

A nova dinâmica social compreendida nos dias atuais trouxe uma grande mudança à percepção dos indivíduos, influenciando o processamento e a interpretação das informações. Essa condição pode ser denominada cultura de convergência, conectando as pessoas e fomentando um envolvimento mais participativo e intersubjetivo que impacta nas mais diversas decisões. (JENKINS, 2008, p.27).

A informação é um produto social e as novas tecnologias um meio detentor, formador e gerador do conhecimento. “O próprio processo de disseminação ativa do conhecimento pode ser parte de uma estratégia de manutenção do poder (SILVEIRA, 2000, p. 87). É preciso pensar no risco de que as novas tecnologias informacionais permitam não “o máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas o máximo controle dos cidadãos por parte do poder” (BOBBIO, 1986). Muitas informações são difundidas de forma quase epidêmica, alcançando grandes proporções tanto online quanto offline. (RECUERO, 2009, p.25)

3. A Credibilidade das Publicações nas Redes Sociais e as Fake News

Notícias falsas ou Fake News são aquelas notícias que não possuem conteúdo verdadeiro ou verossímil de forma notada e que busca influenciar ou atingir de alguma forma a opinião pública ou até mesmo o senso comum. De forma mais completa, segundo podem ser definidas como:

Definimos “notícias falsas” como artigos de notícias que são intencional e verificavelmente falsos, e poderiam enganar os leitores. Inclui muitos artigos que se originam em sites satíricos, mas podem ser mal interpretados como factuais, especialmente quando vistos isoladamente no Twitter ou nos feeds do Facebook. (ALLCOTT e GENTZKOW, 2017, p. 217)

Diante da descrença nas mídias jornalísticas, além da popularização e facilidade de acesso à internet, atualmente grande parte da população busca suas informações através das redes sociais. Neste ambiente conhecido pela sua democratização qualquer um pode ser o transmissor da “informação”, mesmo que não possua nenhum dever ético de verdade, e, em alguns casos, a informação disseminada pode ser falsa, visando denegrir algo ou alguém.

Notícias falsas presentes em sites de redes sociais podem ser consideradas não apenas em termos da forma ou conteúdo da mensagem, mas também em termos de infraestruturas mediadoras, plataformas e culturas participativas que facilitam a sua circulação. (BOUNEGRU et al, 2017, p. 8)

O comportamento típico dos usuários da internet se resume ao “compartilhamento de informações sem qualquer preocupação com a veracidade, que resulta na disseminação de boatos ou de trucagens assumidas como verdadeiras”. (MORETZSOHN, 2017, p. 302)

O fato é que existe até mesmo um consenso entre os professores que os alunos estão muito conectados e que as Tecnologias Digitais devem fazer parte do ensino, talvez como um instrumento auxiliar, como uma ferramenta usada esporadicamente para variar a dinâmica da aula.

O conflito da hodierna revolução da mídia social não deve ser subestimado. Há bilhões de usuários de mídia social no mundo, os quais utilizam o espaço proporcionado pela internet e pelas plataformas de mídia social para se comunicar, criar conteúdos e trocar informações de modo inacreditavelmente veloz, circulando e reforçando rótulos em diversos campos sociais, como finanças, política, entre outros (BÂRGĂOANU e RADU, 2018, p. 25).

É preciso avaliar ainda que as informações se propagam pela internet numa velocidade exponencial, pois é a partir das redes sociais que a maioria das pessoas se informa sobre política, esporte, entretenimento, religião e tudo mais que possa vir a interessar. É a partir da web que a maioria de nós se manifesta, diz o que pensa, onde está, e compartilha dados da vida cotidiana, postando imagens de viagens e expondo suas vidas.

A complexidade envolvida na relação do usuário com as notícias falsas e boatos disseminados nas redes sociais, em função da ausência ou diluição da autoria dos textos requer que a mediação não atue somente como uma intercessão para esclarecer os fatos, mas também para o desenvolvimento de habilidade nos usuários que possibilite uma análise crítica da informação recebida e compartilhada (SOUSA, 2017, p.2398).

As Fake News concebem uma forma de manifestação do pensamento e têm ligação direta com a liberdade de expressão e, principalmente, com o direito de informação criando a possibilidade de o emissor dessa notícia falsa promover sua circulação.

A relação entre as plataformas e a disseminação rápida das Fake News sugerem que os utilizadores sentem que a combinação de ausência de regras encoraja a disseminação rápida de conteúdos de baixa qualidade e falsas notícias.

O uso de pseudônimo em muitos casos serve a um propósito legítimo; o que é problemático no mundo das notícias. A capacidade de obscurecer a identidade de uma pessoa publicando de maneira anônima é fundamental para uma *Fake News* circular no modelo de plataformas como Twitter, Facebook-Instagram e Snapchat. O anonimato prejudica a capacidade do leitor de avaliar a credibilidade do autor. (ROSENZWEIG, 2017, p. 106)

Seja qual for a relação entre realidade divulgada e a realidade “verdadeira”, os receptores consideram as notícias como o testemunho autêntico dos acontecimentos “reais”. Isto significa que no tocante ao seu efeito ele deve colocar-se em equação com a realidade. (KUNCZIK, 2001, p. 250)

Desse modo e inserido nesse ambiente caracterizado pela superficialidade e velocidade de informação, as Fake News encontram espaço para seu surgimento e desenvolvimento, principalmente, dentro das redes sociais. Importante salientar que muitas vezes a difusão da notícia é feita através de um sujeito comum que faz uma postagem e acaba alcançando um número incalculável de pessoas, mesmo que suas fontes não possuam confiabilidade, dessa forma possibilitando que notícias de cunho duvidoso ou até mesmo mentiroso e distorcido sejam divulgadas nas redes sociais.

A disseminação das redes sociais e os compartilhamentos abrem margem para que a desinformação atinja um novo patamar. Esse problema ganha visibilidade pela capacidade de influenciar especialmente processos eleitorais, e acentuar a polarização política. Faz-se necessário enfatizar que o problema das Fake News principalmente nas redes sociais se dá em um terreno conflituoso entre a garantia da liberdade de expressão e os limites do seu exercício.

No caso dos mecanismos técnicos implementados pelas plataformas, que visem sinalização de artigos falsos, ainda não há evidências da efetividade dessas medidas. Um dos caminhos que consideramos promissor é o corte de incentivos financeiros a páginas e perfis que alastram notícias falsas. No campo governamental e legal, o conflito entre o combate às Fake News e o respeito à liberdade de expressão é ainda mais delicado, pois embora tenha como objetivo suprimir conteúdos ilegais, ela confere às plataformas uma prerrogativa arriscada de definir o que vai ser retirado e o que pode ser mantido.

A investigação sobre o combate às notícias falsas, não se resolve com fórmulas simples e prontas, mas com um conjunto de mecanismos que vão desde recursos técnicos até o investimento em educação e inclusão digital.

Conclusão

A prática das Fake News exerce grande influência sobre o juízo ou apreciação pública, especialmente quando partem de pessoas de grande controle diante da sociedade. Ligado a esse fato, podemos observar que as notícias falsas estão relacionadas a estes novos modelos de mídias na atualidade: as redes sociais.

É sempre de suma importância averiguar se a fonte é verídica antes de repassar a notícia, para não cometer algum ilícito, resguardando o direito à intimidade de outras pessoas e o direito à veracidade das notícias. Nesse sentido, a alfabetização midiática pode potencializar, o êxito tanto em ambientes educacionais como profissionais, constituindo-se ferramenta imprescindível para gerar cidadãos funcionais e engajados.

Primeiramente, a pessoa que recebe a informação, deve crer que o jornalismo diz a verdade, e esta verdade deve estar justificada em seu próprio discurso e amparada na realidade. Assim, o leitor ou aquele que acessa uma rede social acredita no que lê, não tem que conferir o exposto, apenas confiar no que leu.

Em um ambiente orientado em várias direções, tanto na política como digitalmente, habituar-se a avaliar notícias falsas tornou-se mais complicado. O cidadão não apenas tem o direito de ser informado, como também de receber informações verdadeiras, provenientes de fatos reais. Só assim o ser humano poderá desenvolver ideias próprias, julgamentos críticos e se posicionar sem sofrer interferência de fatores externos, que buscam deturpar sua realidade.

Referências

ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and Fake News in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, Stanford University, 2017, v. 31, n. 2, p. 217.

ASCENSÃO, J. de O.. **Direito da internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 68.

BAHIA, B. J. História, jornal e técnica: história da imprensa brasileira, volume 1/ Benedito Juarez Bahia. – 5.ed. – Rio de Janeiro : Mauad X, 2009.

BAUMAN, Z. **A Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BÂRGĂOANU, A.; RADU, L. Fake News or Disinformation 2.0? Some Insights into Romanians' Digital Behaviour. *Romanian Journal of European Affairs*, v. 18, n. 1, p. 24-38, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 13.

BOBBIO, N.. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. 171 p.

BOUNEGRU, L., Gray, J., VENTURINI, T. & MAURI, M. (2017). A Field Guide to Fake News. Public Data Lab. Retrieved from <http://fakenews.publicdatalab.org/>.

BORGES, M. A. G. A informação e o conhecimento como insumo ao processo de desenvolvimento. *Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação*, v. 1, n. 2, 2008. Disponível em: Acesso em: 07 jun 2020.

CARVALHO, L. G. G. C. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55.

CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, [vol. I de A Era da Informação: economia, sociedade e cultura] 1999.

CASTELLS, M. **O Poder da Identidade**. v.2. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, A era da informação: Economia, sociedade e cultura, 2000.

CASTELLS, M. **A Galáxia Internet: reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 349.

DOWBOR, L. **Governabilidade e descentralização. São Paulo em Perspectiva**. Revista da Fundação Seade, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 21-31, 1996.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**; trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GADOTTI, M. **Perspectivas atuais da educação**. Porto Alegre, Ed. Artes Médicas, 2000

GONÇALVES, M. E. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 12.

HENRIQUES, S. **As Manifestações no Brasil e a formação de redes sociais móveis no contexto da sociedade atual**. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 211-226, maio 2014.

JENKINS, H. **Cultura de convergência**. Tradução de Alexandria Susana. São Paulo: Aleph, 2008, p.27.

KUNCZIK, Michael. **Conceitos de Jornalismo: norte e sul-Manual de Comunicação**. Edusp, 2001. p. 250.

LÉVY, P. **O que é o virtual?** São Paulo: Editora 34, 1996

LÉVY, P. **Cibercultura**; tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34. 2010.

MIRANDA, R. R. de. **A proteção constitucional da vida privada**. São Paulo: Editora do Direito, 1996, p. 59.

MIRANDA, A. L. C. de., et al. **Os conteúdos e a sociedade da informação no Brasil**. DataGramZero, v. 1, n. 5, p. 1-16, out. 2000. Disponível em: Acesso em: 08 jun. 2020

MORETZSOHN, S. D. **“Uma legião de imbecis”: hiperinformação, alienação e o fetichismo da tecnologia libertária**. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 294-306, nov. 2017.

NOVELINO, M. **Manual de direito constitucional**. 8.ed.São Paulo: Método,2013.

RECUERO, R. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009. p. 25.

RIBAS, C. S. da Cunha; ZIVIANI, P. **Redes de Informação: novas relações sociais**. Revista de Economia Política de Iãs Tecnologias de la Información y Comunicación. Disponível em: vol. X, n.1, enero - abr. /2008. Acesso em: 07 jun. 2020. p. 1

RODRIGUES, J. G. **Publicidade, transparência e abertura na administração pública**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p. 106.

ROSENZWEIG, A. **Understanding and Undermining Fake News From the Classroom**. **Berkeley Review Of Education**, Berkeley, v. 1, n. 7, p.105-112, 1 jan. 2017. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/7rk9w7tm>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

SILVEIRA, H.F.R. Um estudo do poder na Sociedade da Informação. Revista Ciência da Informação, Brasília, v. 29, n. 3, p. 79-90, set./dez. 2000.

SOUSA, A. M. de. O papel do bibliotecário como mediador da informação na era da pós-verdade. Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação., [s.l.], v. 13, n. esp., p. 2390-2402, 2017.

SVALOV, B. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

TAKAHASHI, T. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. p. 33.

A PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO JUIZ NA PERSECUÇÃO PENAL

MARCUS FRANCISCO MEDEIROS LOPES:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA¹⁹⁴

(Orientador)

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar a produção de provas de ofício pelo juiz durante a persecução penal, aludindo a sua constitucionalidade/inconstitucionalidade e o entendimento traçado pelo Supremo Tribunal Federal. A pesquisa é justificadamente relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, pois visa debater um tema considerado polêmico tanto na doutrina quanto na jurisprudência, levando em consideração o princípio da busca da verdade real, onde se tem conotação afirmativa de que o juiz além de não poder ser inerte entro do processo penal, tal princípio poderia fazer com que este pudesse investigar de fato o crime. Utilizou-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica, a qual permitiu-nos reunir livros, artigos e entendimentos jurisprudenciais para que fosse realizado um debate sobre o tema. Dividiu-se a pesquisa em seis itens, quais sejam, o Estado Democrático de Direito e o devido processo legal; sistemas processuais penais; princípio da verdade real; a doutrina que defende a constitucionalidade; a doutrina que defende a inconstitucionalidade e o; posicionamento do STF. Diante disso, entende-se que a pesquisa alcançou devidamente o objetivo ora traçado.

Palavras-chave: Provas; Produção; Juiz; Persecução Penal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DO DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL - 3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS - 4. O PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL - 5. DOCTRINA DEFENSORA DA INCONSTITUCIONALIDADE - 6. DOCTRINA DEFENSORA DA CONSTITUCIONALIDADE - 7. POSICIONAMENTO DO STF - 8. CONCLUSÃO - 9. REFERÊNCIAS

¹⁹⁴ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Sul de Minas

1. INTRODUÇÃO

Existe uma divergência tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente sobre se há legalidade quando juiz solicita de ofício a produção de provas, por conta dos princípios constitucionais da imparcialidade, devido processo legal, ampla defesa e etc. Deste modo, o estudo dará enfoque nas divergências, e se é possível que haja essa produção legalmente.

A pesquisa é justificadamente relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, pois visa debater um tema considerado polêmico tanto na doutrina quanto na jurisprudência, levando em consideração o princípio da busca da verdade real, onde se tem conotação afirmativa de que o juiz além de não poder ser inerte entro do processo penal, tal princípio poderia fazer com que este pudesse investigar de fato o crime.

Desta feita, torna-se imperioso fazer uma análise do tema, visto que sua aplicabilidade pode trazer mudanças significativa no paradigma jurídico de julgamento/condenação.

Tem como objetivo geral a discussão sobre a legalidade da produção de provas de ofício pelo Juiz na persecução penal. De forma específica busca-se: revisar a bibliografia sobre provas do Processo Penal; coletar jurisprudência sobre o tema em questão.

Como problemática, o ato do juiz de ofício para que se produza provas no processo penal é constitucional?

Dividiu-se a pesquisa em seis itens, quais sejam, o Estado Democrático de Direito e o devido processo legal; sistemas processuais penais; princípio da verdade real; a doutrina que defende a inconstitucionalidade; a doutrina que defende a constitucionalidade e; posicionamento do STF.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DO DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Vivemos uma época neste país em que há uma grande preocupação dos responsáveis pelo funcionamento do sistema jurídico, com sua maior e eficiência, tendo em vista o acúmulo de processos e a morosidade no Judiciário, bem como a forma abusiva de recursos e procedimentos protelatórios ou impeditivos da prestação jurisdicional.

Preconiza-se como uma das soluções a reforma constitucional do Judiciário, e cremos que ela, como outras reformas da Constituição, é necessária para permitir o

desenvolvimento econômico e social do país, contribuindo para que o Estado possa efetivamente exercer o seu papel de promover a segurança, a justiça e o bem-estar, num regime democrático participativo e estável.

Não há dúvidas da necessidade premente de modernizar o Poder Judiciário e o Ministério Público, aparelhando-os com os meios materiais e os recursos humanos necessários e eliminando-se anacronismos legislativos e administrativos que geram a morosidade na prestação jurisdicional e o acúmulo de processos. Os interessados na presteza e na eficácia da máquina judiciária buscam soluções alternativas, como a arbitragem e os acordos extrajudiciais, na seara civil. No campo trabalhista, tentam-se soluções negociadas entre trabalhadores e empregadores sem a interveniência da Justiça do Trabalho. Enquanto isso, na área criminal, verificamos reclamações generalizadas sobre a insegurança e a impunidade.

É preciso que, ao lado das garantias da forma, disponha o processo judicial de eficiência e funcionalidade. Nesse sentido, os processualistas brasileiros têm dado significativas contribuições à doutrina hodierna. A modernização do processo, todavia, não deve significar a redução pura e simples de formalidades e a diminuição de recursos, a qualquer custo, em nome de suposta eficácia da prestação jurisdicional, sem a prudente e cautelosa análise de sua essencialidade. É preciso todo o cuidado para não incidir no grave erro das soluções simplistas em prejuízo de princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, tais preceitos encontram gizo no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, da qual consagra o princípio do devido processo legal, sendo que suas origem remontam à cláusula do *due process of law* do Direito Anglo-Americano, que deve ser associado aos princípios constitucionais do controle judiciário – não permitindo à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – e das garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, segundo o disposto nos incisos XXXV e LV do mesmo artigo da Constituição.

A garantia da prestação jurisdicional, com a devida presteza e sem procrastinações, é corolário do devido processo legal. E, quando a expressão refere-se a processo e não a simples procedimento, alude sem dúvida ao processo judicial pelo Estado, segundo os imperativos da ordem jurídica, e com as garantias da isonomia processual, da bilateralidade dos atos procedimentais, do contraditório e da ampla defesa.

A igualdade perante a lei e o devido processo legal são princípios constitucionais complementares entre si, pois os princípios da legalidade e da isonomia – essenciais ao Estado Democrático de Direito – não fariam qualquer sentido sem um

poder capaz de fazer cumprir e pôr em prática, para todos, com a necessária presteza, a Constituição e as leis do país. Acerca do devido processo legal, Nelson Nery é conciso em seu entendimento:

O princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio *liberdade-propriedade*, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*. Direito à liberdade, por exemplo, significa liberdade de opinião, de imprensa e de religião. O progresso mais notável da Suprema Corte americana, quanto à aplicação da cláusula *due process* aos casos concretos que lhe chegaram a julgamento, é relativo à extensão da privacidade ao conceito de direito à liberdade (NERY JUNIOR, 2012).

No Direito Constitucional Americano, no qual inspira-se o princípio do devido processo legal introduzido no Brasil pela Constituição de 1988, as cláusulas do *due process of law* e da igual proteção das leis, complementam-se, reciprocamente, a partir da 14ª Emenda à Constituição de 1787 dos Estados Unidos, ratificada pelo Congresso em 1868.

Tão importante princípio – o do devido processo legal – teve sua origem histórica, como se sabe, na Magna Carta de 1215, que se referia inicialmente ao processo na expressão, cujo seu significado ninguém pode ser processado “senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do país” (GRINOVER, 2012). A 5ª Emenda à Constituição Americana de 1787 foi, porém, a que introduziu a expressão *due process of law*, estabelecendo que nenhuma pessoa pode ser privada da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal. E a 14ª Emenda, em 1868, vinculou os Estados da Federação à cláusula, o que permitiu à Suprema Corte americana, especialmente nos anos 60, durante o período do Chief Justice Earl Warren, desenvolver jurisprudência de proteção aos direitos civis assegurados no Bill of Rights.

A cláusula do devido processo legal no Direito Constitucional americano refere-se, inicialmente, apenas a garantias de natureza processual propriamente ditas, relativas ao direito e procedimentos ordenados por princípios como, no campo processual penal, a proibição de ato legislativo que importa considerar alguém culpado pela prática de crime sem a precedência de um processo e julgamento regular em que lhe seja assegurada ampla defesa e de leis retroativas *ex post facto law*, além da vedação de autoincriminação forçada, do julgamento duas vezes pelo mesmo fato e do direito à ampla defesa e ao contraditório.

No campo processual civil, como no processo trabalhista, do direito constitucional à tutela jurisdicional do Estado e do devido processo legal resultam a instrução contraditória, o direito de defesa, o duplo grau de jurisdição e a publicidade dos julgamentos, dentre outras garantias. Segundo sua concepção originária e adjetiva, portanto, a cláusula do devido processo legal não tinha por escopo questionar a substância ou o conteúdo dos atos do Poder Público, mas sim a assegurar o direito a um processo regular e justo. Por isso, nesse sentido, aplica-se a denominação procedural *due process* (MARQUES, 2010).

A partir de 1890, incorporou-se à cláusula do *due process of law*, já na vigência da 14ª Emenda à Constituição americana, o sentido de proteção substantiva dos direitos e liberdades civis assegurados no Bill of Rights. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de construção jurisprudencial e, baseando-se em critérios de razoabilidade, passou a promover a proteção dos direitos fundamentais contra ação nada razoável e de cunho arbitrário

A Constituição Brasileira de 1988, inspirada na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, adota, no seu artigo 5º, inciso LVI, o princípio da invalidade no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. O princípio do devido processo legal nos Estados Unidos também tem sido aplicado em muitos casos pela jurisprudência, especialmente da Suprema Corte, para limitar a ação administrativa do Estado na esfera individual e o poder de polícia, garantindo aos cidadãos a proteção contra os abusos e a violação de garantias procedimentais e de direitos fundamentais. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa.

Finalmente, a importância da garantia constitucional do *due process of law* é reconhecida no Direito Comparado e no Direito Internacional, ao incluí-la na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, das Nações Unidas, segundo dispõem os seus artigos 8 e 10, expressamente:

Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei; e, Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.

Não se devem, porém, esquecer jamais as lições do passado para não cometer os mesmos erros dos julgamentos sumários e tribunais de exceção nos regimes autoritários. A história constitucional brasileira e de sua democracia demonstram a

necessidade de superar as dificuldades tradicionais da cultura política, realizando mudanças para a consolidação do regime democrático no País. E o Estado Democrático de Direito não pode prescindir do respeito à Constituição, aos princípios da legalidade, da igualdade e do devido processo legal.

3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Em seu desenvolvimento histórico, o processo penal se manifestou mediante três sistemas, cada qual com singulares características: o acusatório, o inquisitivo e o misto. Cabe afirmar, singelamente, contraporem-se os dois primeiros, enquanto intente o terceiro constituir fusão de ambos

No ensinamento de Tourinho Filho, até o século XII o processo era de tipo acusatório: não havia juízo sem acusação. O acusador devia apresentar aos bispos, arcebispos ou oficiais encarregados de exercerem a função jurisdicional a acusação por escrito e oferecer as respectivas provas. Punia-se a calúnia. Não se podia processar o acusado ausente.

Ainda segundo Tourinho Filho, com o passar do tempo, e do aprimoramento intelectual dos homens, notou-se que o crime não ofendia somente ao cidadão vitimado, mas sim, a toda a coletividade, momento em que a ação poderia ser proposta por qualquer do povo. Somente depois de feita a acusação é que se ia pesquisar a autoria e a materialidade do delito. Surgiu, então, a figura do Inquérito, mas o mesmo somente se iniciava após a acusação.

As investigações necessárias eram levadas a termo pelo próprio acusador, que recebia uma espécie de mandado, expedido pelo magistrado, com o qual efetuava as buscas e apreensões, oitivas de testemunhas, exame de documentos, e a colheita de todos os dados que pudessem servir à prova do crime, como hoje se faz no inquérito policial.

Tourinho elenca, então, os traços profundamente marcantes do processo acusatório, a saber:

- “1. O contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão;
2. As partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade;
3. O processo é público, fiscalizável pelo povo;
4. As funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo;

5. A iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou o órgão do Estado”.

Acrescenta Tornaghi:

- “1. A prova dos fatos compete às partes. O juiz não tomava a iniciativa de apurar coisa alguma, até porque os fatos não controvertidos não precisam ser provados;
2. As partes tinham disponibilidade do conteúdo do processo;
3. Se o réu se confessava culpado, era condenado sem mais indagações;
4. Dominava a publicidade e a oralidade;
5. O réu aguardava a sentença em liberdade”.

Ainda, segundo o mesmo mestre, este sistema, tal como se apresentava em sua primeira fase histórica, oferecia gravíssimos inconvenientes, a saber:

1. impunibilidade do criminoso;
2. facilitação da acusação falsa – o fato só era investigado depois;
3. desamparo dos fracos – não havia como acusar aquele de quem se dependia;
4. deturpação da verdade – dependia da ação das partes interessadas;
5. impossibilidade eventual de julgamentos – havia carência de provas;
6. inexecutabilidade da sentença – o réu, em liberdade, podia fugir.

Continua Tornagui a prelecionar que o processo inquisitório apareceu como subsidiário do acusatório e os dois coexistiram durante muitos séculos; ao tempo de Diocleciano ele passou a ser de iure, a forma normal, ordinária, mas de fato os encarregados de investigar e denunciar os crimes, isto é, os quaesitores e, nas províncias, os irenarchae, os curiosi, os stationarii, somente tomavam a iniciativa do

inquérito quando não se apresentava um acusador. Aos poucos foi caindo em desuso o processo acusatório e firmando-se o inquisitório.

Nesse sistema processual, ao contrário do que ocorria no acusatório, o juiz não ficava inerte no tocante às investigações necessárias para a determinação da materialidade e autoria do delito; não assistia como mero espectador, mas tomava a iniciativa de determinar o que entendesse, com o intuito de conhecer a verdade dos fatos, onde todos os atos eram documentados pela escrita, e o processo se tornou secreto, a fim de preservar o bem andamento das investigações. Tudo aquilo que não estivesse reduzido a escrito no bojo dos autos era como se não existisse no mundo, advindo daí o brocardo latino: “Quod non est in actis nos est in mundo”.

Tourinho Filho, citando Garcia-Velasco, assinala os traços básicos do processo inquisitório:

“concentração das três funções: acusadora, defensora e julgadora, em mãos de uma só pessoa; sigilo; ausência de contraditório; procedimento escrito; os juízes eram permanentes e irrecusáveis; as provas eram apreciadas de acordo com umas curiosas regras, mais aritméticas que processuais; a confissão era um elemento suficiente para a condenação – a rainha das provas; admitia-se apelação contra a sentença; ao acusado não era conferida nenhuma garantia individual”.

Assim, o processo inquisitivo, que surgiu para evitar injustiças notadas no processo acusatório, tornou-se um verdadeiro instrumento de tortura e opressão. Tornaghi salienta que:

Infelizmente o segredo, o uso da tortura, a concentração de poderes na mão do juiz, transformaram o processo inquisitório em instrumento superlativamente perigoso para a segurança dos indivíduos, dando lugar a abusos que a objetividade científica, a probidade histórica e, sobretudo, o dever de justiça mandam proclamar e até profligar, com veemência.

4. O PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL

Durante a persecução penal, é fundamental que o juiz não seja inerte durante o processo. Desta forma, o princípio da verdade real em tese possibilita que o juiz tenha o direito a investigar o crime, quando houver necessidade.

De acordo com o Capez (2008, p. 28) quando os fatos se passam no decorrer do processo, e não há conformidade com a verdade formal que sobrevieram, os juiz

tem o dever de investigar. Assim, no curso da instrução, antes que seja proferida a sentença, pode o juiz de ofício, determinar que se realize diligências para que seja dirimido dúvida sobre ponto relevante.

Sobre o princípio da verdade real, Nucci analisa que (2010, p. 105):

"[...] o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente.

I-ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II-determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante" grifamos), ("não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa", destaque nosso) do Código de Processo Penal, ilustrativos dessa colheita de ofício e da expressa referência à buscada verdade real [...]"

Deste modo, o princípio permite que o juiz faça busca nas provas levantadas pelas partes no processo penal, de acordo com os liames citados pelo supramencionado autor.

5. DOUTRINA DEFENSORA DA INCONSTITUCIONALIDADE

Em virtude da mudança da redação do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, por meio da Lei 11.690/08, é permitido que o juiz venha a buscar provas que não foram eventualmente requeridas pelas partes, o que faz com que o próprio juízo seja um investigador, onde este fará o julgamento de provas apresentadas por ele mesmo, o que nos remete a entender um sistema inquisitivo.

Pacelli (2012, p.83) argumenta:

"[...] da nova redação do art. 156, I, CPP, dada pela Lei 11.690/08, ao prever que poderá o juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O retrocesso, quase inacreditável,

é também inaceitável. A inconstitucionalidade da novidade é patente."

O autor acima mencionado defende a inconstitucionalidade por entender que o fato de trazer essa possibilidade, haveria um evidente retrocesso. Além disso, insta salientar que a Carta Magna deixa claro mesmo que de forma implícita sobre o sistema que é processo penal é regido, qual seja acusatória, onde há uma natural repartição de funções. A alteração da referida lei, portanto, faz com que haja uma alma inquisitorial, notadamente inspirado pelo regime fascista italiano.

No mais, o fato do juiz poder ir atrás de elementos probatórios faz com que ele não seja inerte, ferindo, por consequência a sua imparcialidade, podendo, diante disso, interferir diretamente na sentença do referido processo.

6. DOUTRINA DEFENSORA DA CONSTITUCIONALIDADE

Mesmo que seja de forma minoritária no ordenamento jurídico brasileiro, os doutrinadores que defendem a constitucionalidade do artigo em questão do Código de Processo Penal, se fundamentam no princípio da verdade real. Para eles, o juiz não deve se condicionar as provas apresentadas pelas partes, e que, quando este acreditar ser necessário que haja a produção de outras provas fundamentais para o processo, que venha a agir de ofício, em virtude da verdade real que deve ser vista como o elemento fundamental no processo.

Deste modo, Nucci (2010) entente que quando o juiz não está se contentando a aquilo que fora apresentado durante a instrução, tem o dever de agir em ofício para que haja a busca de mais provas, sendo, portanto, o co-partícipe. Silva (2008) nesse mesmo sentido, afirma que não pode haver limitação em que relação a missão do magistrado, pelo fato de haver suposição de que haja de certa forma uma imparcialidade no julgamento do processo.

O mesmo autor faz um destaque, afirmando que não como haver uma confusão no sentido de que o juiz seja inquisidor, visto que ele está apenas cumprindo a sua função. Denota que, o juiz inquisidor busca o que convém. Já o cumpridor de função, busca aquilo que acredita que seja a melhor forma de julgar atrelado a verdade real.

7. POSICIONAMENTO DO STF

O STF ainda não se pronunciou diretamente sobre o artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal. Porém fez um julgamento análogo, ao artigo 3º da Lei 9.034/95, onde havia a previsão de que o juiz pudesse atuar como investigador de forma ampla, podendo ter acesso a dados e informações fiscais.

Neste caso especificamente, O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade, conforme se observa abaixo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUÍZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte."

(ADIn nº 1.570, Rel. Min. Maurício Corrêa, em 12.2.2004)

O STF entendeu que nesse caso especificamente, os poderes instrutórios do juiz violavam diretamente a imparcialidade do juiz, tendo uma afronta direta a Carta Magna.

8. CONCLUSÃO

Se observou no decorrer da pesquisa, que há uma corrente doutrinária a favor da aplicação da lei em que o juiz poderá de ofício requerer a produção de provas, bem como há uma corrente contrária a esse tipo de requerimento.

A primeira faz alusão ao princípio da verdade real, em que o magistrado, quando não convencido por aquilo que fora apresentado em instrução pelas partes, poderá de ofício buscar mais elementos probatório. Todos os doutrinadores que defendem a constitucionalidade do artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal, afirmam que a verdade real deve sempre prevalecer para que haja um julgamento mais justo.

Por outro lado, a segunda corrente acredita que há inconstitucionalidade da Lei e, que o juiz não pode buscar provas, devendo se manter inerte durante a instrução do processo, para que não haja parcialidade no julgamento. Acreditam que o fato do juiz ter a possibilidade de agir de ofício, pode haver uma confusão na característica do sistema processual vigente, visto que, este é acusatório e não inquisitório.

No mais, a pesquisa atendeu rigorosamente o seu objetivo, e que este artigo sirva a comunidade científica, no sentido de haver cada vez mais diálogo entre a sociedade civil, pesquisadores e juristas para que leis como essas possam ser melhor aplicadas.

9. REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de Outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Vade Mecum. 13. Ed. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 1.983 p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição federal. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 261 p.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. -15. Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. 767 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia. Revista de Processo, São Paulo, n. 29, p. 12, jan. mar. 1983.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil Vol. 1. São Paulo: Millennium, 2010, p. 179.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 35

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 6. Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1.070 p.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma processual penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pagina 190.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. Vol. 1., 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 11-14.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. V. 1., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. V. 1., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73.

GRATUIDADE DA JUSTIÇA APÓS A REFORMA TRABALHISTA

DIANA CALEGARI SILVA DIOGO:

Bacharelada do Curso de Direito da
Universidade Brasil

JANAÍNA GUIMARÃES MANSILHA

(orientadora)

RESUMO: A assistência judiciária gratuita é considerada uma conquista da cidadania, pois garante ao cidadão que não poderia arcar com custas processuais, uma forma de acessar a justiça e pleitear seus direitos. O objetivo deste trabalho foi analisar as modificações trazidas pela reforma trabalhista a partir da Lei nº 13.467/2017, no tocante a gratuidade de justiça e acesso do cidadão hipossuficiente a justiça integral. A metodologia utilizada neste trabalho foi a exploratória, com consulta à legislação brasileira, doutrinas, coleta de dados em artigos, dissertações e revisões bibliográficas em meio eletrônico. O ordenamento jurídico brasileiro sempre previu a gratuidade da justiça, porém, seu acesso efetivo vai além da excisão de obstáculos que impeçam o exercício da jurisdição, como custos processuais, taxas, honorários advocatícios, periciais e outros itens que se cobrados impediriam o cidadão ingressar na justiça sem comprometer seu sustento e ou de sua família. Apesar das mudanças trazidas com a nova redação estenderem o benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas naturais que comprovem sua hipossuficiência, ela tem representado um gravame ao acesso à justiça. Principalmente quando se refere a necessidade do pagamento de honorários periciais e advocatícios da parte que sucumbir ao processo mesmo que esta seja beneficiária da justiça gratuita.

Palavras-chave: Direito do trabalhador. CLT. Acesso gratuito à justiça.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 GRATUIDADE DE JUSTIÇA. 2 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. 2.1 Assistência Jurídica Gratuita No Direito Brasileiro E Na Justiça Do Trabalho. 3 MUDANÇAS NO ACESSO À JUSTIÇA GRATUITA APÓS A REFORMA TRABALHISTA. 4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho está vinculado às necessidades do trabalhador e se constituiu como ferramenta importante na resolução de conflitos entre empregados e empregadores.

A Reforma Trabalhista, regulamentada pela Lei n.13.467/2017 ocasionou profundas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), principalmente no

que tange ao direito processual do trabalho e controles constitucionais. Essas alterações violam os princípios contidos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) referentes a assistência judiciária gratuita à população carente, bem como conflitam com a legislação trazida pelo novo CPC.

A partir desta constatação e da existência de diversos questionamentos em função da nova redação da CLT, este estudo tem como objetivo discutir a gratuidade da justiça, após a Reforma trabalhista, suas mudanças e principalmente os impactos sobre esse instituto que podem apresentar-se como barreira ao acesso à Justiça por parte dos trabalhadores.

Ao longo da evolução da sociedade é normal que todos os indivíduos não convivam de modo pacífico, ou que se sintam lesados diante de alguma situação, ocasionando situações conflituosas. Nestes casos, o Estado, deve garantir que o direito seja aplicado em conformidade com ordenamento jurídico e, o acesso à gratuidade é uma das formas que permite ao cidadão economicamente insuficiente pleitear os seus direitos junto à justiça. As mudanças advindas com a Reforma Trabalhista podem dificultar a efetivação deste acesso e, são esses questionamentos, tão relevantes para manutenção do direito do trabalhador que são discutidos nesse trabalho.

Para o alcance dos objetivos, foi aplicado o método da pesquisa exploratória por intermédio da consulta à legislação brasileira, doutrinas, coleta de dados em artigos, dissertações e revisões bibliográficas em meio eletrônico relacionados ao tema.

Inicialmente são detalhados o ordenamento jurídico de gratuidade à justiça no direito brasileiro e na justiça do trabalho e os contornos de assistência judiciária gratuita e o benefício da justiça gratuita. Num segundo momento, delimita-se as mudanças estabelecidas pós reforma trabalhista no tocante a isenção de custos sobre despesas processuais relacionadas a honorários periciais e advocatícios, departamento recursal. Por fim, serão discutidos os impactos da nova legislação vigente ao acesso à justiça integral e gratuita à parte que apresente hipossuficiência econômica.

1 GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Todo governo democrático tem como um de seus desafios assegurar o acesso à Justiça por toda a população. Nesse sentido, ao longo da evolução da sociedade diversos métodos foram desenvolvidos para garantir tal direito, a exemplo do benefício da gratuidade, que favoreceu principalmente a parte mais carente.

O acesso à justiça se firma como uma forma de participação aos bens e serviços de uma sociedade (SADEK, 2009). O ordenamento jurídico brasileiro sempre previu a gratuidade da Justiça, e anteriormente a forma de resolver os conflitos era

fundamentada na autotutela, em que as partes atuavam na responsabilidade de cumprir o Direito, e ao Estado cabia a função de interferir nos conflitos dos cidadãos, regular e aplicar a doutrina (LÖBLEIN, 2019).

Pode-se entender que primeira onda renovatória ocorreu em virtude da concessão da assistência judiciária gratuita e pela positivação expressa de tal garantia no ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 1.060/50 (PERINAZZO, 2019).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) o benefício da gratuidade de justiça passou a ser assegurado a partir do art. 5º, inc. LXXIV, tendo o Estado o dever em oferecer auxílio judicial gratuito ao enquadrados como hipossuficientes, com ausência de recursos para subsidiar seu processo, de modo a não lesar o provento de sua família.

Ainda sobre o acesso à justiça, Sadek (2009, p.170) ressalta:

Quaisquer iniciativas que tenham por meta o combate à exclusão estarão fadadas ao fracasso se não levarem em conta garantias e direitos individuais e coletivos. Pois, não há possibilidade real de inclusão se, de fato, não houver condições efetivas de acesso à justiça. Sem o direito de recorrer à justiça, todos os demais direitos são letras mortas, garantias idealizadas e sem possibilidades de concretização.

É importante reforçar a força que a promulgação da Constituição Federal nesse quesito efetivou a fundação das Defensoria Públicas e conferiu ao Ministério Público responsabilidades (PERINAZZO, 2019).

Deste modo, o Estado deve assumir mais que administrar a justiça, editar e controlar a aplicação das leis, deve ter como obrigação prover assistência judiciária gratuita a fim de que todo cidadão, mesmo o mais humilde possa acessar ao Poder Judiciário, exercendo o direito de ação e defesa (GAIA, 2019).

2 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Apesar dos termos existência da assistência judiciária gratuita e justiça gratuita parecerem sinônimos, não são.

A assistência judiciária, pressupõe o direito de a parte ser amparada gratuitamente em juízo, sendo o Estado seu prestador. Se, caso este serviço não estiver em funcionamento, o Estado deverá mantê-lo, sendo de responsabilidade da Ordem dos Advogados por suas seções estaduais, ou subseções municipais a indicação (BRASIL, 1950).

O exercício da assistência judiciária é oferecido por intermédio da Defensoria Pública instalada no âmbito dos entes federativos, ou por ação de advogados nomeados pelo órgão judicial (GAIA, 2019). Para sua exigibilidade não há necessidade de deferimento do juiz, ou de processo em tramitação (COUCEIRO, 2019).

A assistência jurídica, foi estabelecida na emenda constitucional nº 1/69, que foi ampliada a partir da Carta Magna de 1988 para uma assistência jurídica integral e gratuita. Além da indicação gratuita de profissional que represente administrativamente e judicialmente a parte hipossuficiente econômica, a assistência jurídica gratuita abrange à isenção de custas, emolumentos, atos notariais, informações e consultas e demais despesas processuais, que a parte arcaria no decorrer da tramitação dos processos (COUCEIRO, 2019; GAIA, 2019).

Na esfera da justiça do trabalho, a assistência judiciária gratuita foi instituída pela Lei n. 5.584 de 1970, que assegura a prestação do serviço pelo sindicato da categoria profissional a qual fazer parte o trabalhador, sendo ele hipossuficiente econômico ou quando as custas coloquem em prejuízo o seu sustento ou de sua família. Deste modo, a responsabilidade em representar em juízo, o trabalhador passa ser da categoria que o defende (GASPAR, 2018).

Em resumo, a assistência judiciária gratuita assegura gratuidade aos serviços prestados por um advogado, podendo ser indicado pela Defensoria Pública, sindicato ou categoria a qual pertence, ou designado pelo Estado-juiz.

O termo gratuidade da justiça, foi mencionado inicialmente no Código de Processo Civil de 1939 e se caracteriza pela de despesas processuais que estariam acarretados a parte interessada para promover a ação judicial ou o requerimento administrativo (GAIA, 2019). Contudo, para sua concessão há necessidade de requerimento da parte e o deferimento por um juiz, conforme atendimento das condições estabelecidas em Lei (COUCEIRO, 2019).

2.1 Assistência Jurídica Gratuita No Direito Brasileiro E Na Justiça Do Trabalho Antes Da Lei Nº13.467/2017

A assistência judiciária gratuita está presente no Brasil desde os tempos em que o Brasil era colônia, pela ação das Ordenações Manuelinas, e posteriormente até 1916, pelas Ordenações Filipinas, que garantiam ao cidadão hipossuficiente a isenção em arcar com os custos processuais (RODRIGUES JUNIOR, 2018).

O livro III, título LXXXIV, item 1, das Ordenações Filipinas trazia a seguinte redação:

E sendo o agravante tão pobre, que jure que não tem bens móveis, nem de raiz; nem por onde pague o agravo, e dizendo na

audiência huma vez o Pater noster pola alma delRey Dom Diniz, se-lhe-ha havido, como que pagasse os novecentos reis, com tanto que tire de tudo certidão dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo. Ordenações Filipinas on-line. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p695.htm>

Contudo, tal concessão não representava uma consciência social e democrática para acesso ao direito por todos, mas estava pautada à princípios cristãos.

A gratuidade de justiça foi mencionada em uma Constituição apenas em 1934, no Capítulo que tratava dos direitos e das garantias individuais, com a seguinte redação: “art. 113 [...] 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

A Constituição promulgada em 1937 excluiu qualquer texto voltado a assistência judiciária, atribuindo a cada Estado-membro a aplicação do benefício a seu critério, mas acatando as delimitações existentes no Código de Processo Civil (PERINAZZO, 2019).

As lacunas constitucionais referentes a assistência judiciária gratuita foram preenchidas pela Lei nº 1.060/1950, que serviu como uma fonte padronizada e direta para facilitar o acesso à justiça. A Constituição Federal de 1988, regularizou o surgimento das defensorias públicas o que firmou e fortaleceu o acesso à proteção jurídica a população hipossuficiente.

Contudo, a aplicação da assistência judiciária gratuita foi modificada a partir do novo Código de Processo Civil (CPC) (Lei n. 13105/15), que estabeleceu no artigo 98 a quem se destina o direito, e quais as condições para o deferimento da gratuidade da justiça:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, tem direito à gratuidade de justiça, na forma da lei.

Deste modo, o direito à gratuidade de justiça passou a ser outorgado para pessoas naturais e também jurídicas (se estas provarem sua vulnerabilidade econômica para deferimento do benefício) além de pessoas estrangeiras que não precisam obrigatoriamente comprovar residência no país para usufruir do benefício.

Em relação as despesas processuais que são abrangidas pela gratuidade da justiça qual a redação diz do novo CPC inclui:

[...] I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido. (BRASIL. Art. 98, § 1º, Lei n. 13105/15).

Deste modo, o CPC passou a definir critérios sobre os encargos do Estado com o beneficiário, como passou a citar quais as formas de aplicação em virtude dos diferentes atos processuais e dos meios probatórios em Direito que seriam acolhidos. Assim, de forma subsidiária e supletiva as mudanças do CPC, passou a regulamentar também sobre o processo do trabalho.

No tocante ao direito do trabalho, a Lei nº 5.584, de 1970 regulamentou que além da isenção de custas e despesas fosse incluído na assistência jurídica integral e gratuita no processo do trabalho, o amparo prestado pelo sindicato da categoria, que deveria indicar ou recrutar um advogado, cuja a remuneração pelos honorários assistenciais seria determinada por juiz. Caso a parte não fosse sindicalizada, mas contribuísse compulsoriamente para sustentação da entidade, a assistência jurídica

deveria ser prestada pelo sindicato da categoria, inclusive se as partes demandassem por intermédio de advogado particular. Caso houvesse ausência do profissional indicado pelo sindicato, de forma complementar, caberia a atuação da Defensoria Pública e de escritórios modelo ligados a estabelecimentos de ensino superior jurídico (MOLINA, 2019).

A partir de 2002, com a promulgação da Lei nº 10.537, e a alteração do art. 789 da CLT, novas diretrizes estabeleceram que:

§ 1º As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal. § 2º Não sendo líquida a condenação, o juízo arbitrar-lhe-á o valor e fixará o montante das custas processuais. § 3º Sempre que houver acordo, se de outra forma não for convencionado, o pagamento das custas caberá em partes iguais aos litigantes. § 4º Nos dissídios coletivos, as partes vencidas responderão solidariamente pelo pagamento das custas, calculadas sobre o valor arbitrado na decisão, ou pelo Presidente do Tribunal." (BRASIL, Art. 789, Lei nº 10.537/2002).

O acesso à gratuidade de justiça, antes da reforma, era mencionado no § 3º do artigo 790 da *Consolidação Das Leis Do Trabalho* (CLT). A redação assegurava ao trabalhador esse benefício se o mesmo tivesse rendimento igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos, ou caso não apresentasse condições financeiras para arcar com as custas processuais, sem que isso representasse detrimento do seu sustento, como também o de sua família. Com a alteração do texto da reforma em 2017, o § 3º do artigo 790 foi revogado.

O art. 790 da mesma norma, facultou aos juízes a concessão, a requerimento ou de ofício, da gratuidade da justiça, incluindo tal benefício a traslados e instrumentos, às pessoas com rendimento salarial igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou que declarassem não possuir condições de pagar as custas, sem causar prejuízo do sustento próprio ou da família.

3 MUDANÇAS NO ACESSO À JUSTIÇA GRATUITA APÓS A REFORMA TRABALHISTA

O acesso efetivo à justiça vai além da excisão de obstáculos que impeçam o exercício da jurisdição. Ele está relacionado ao acesso a outros mecanismos que por ventura dificultem a efetividade da tutela jurisdicional, a exemplo de custos processuais, honorários advocatícios e periciais e outros itens que impossibilitariam ao

cidadão sem recursos financeiros o ingresso na justiça ou manutenção de um processo já iniciado (GUIMARÃES, 2018).

Com a promulgação da Lei nº 13.467/2017 instalou-se novo regime, no tocante ao benefício da gratuidade à justiça trabalhista, que passou a utilizar como regra para estabelecimento da condição de hipossuficiência econômica, um teto, com salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) regime geral da previdência social.

A nova redação trabalhista, a partir do artigo 790-B trouxe também modificações quanto ao pagamento de honorários advocatícios e periciais. Segundo a exposição de motivos, essas alterações objetivam a redução do número de demandas trabalhistas, muitas vezes representadas por ações manifestadamente infundadas, que acabam por onerar a União com o pagamento por honorários periciais desnecessários (GAIA, 2019).

Em relação aos honorários periciais, as alterações na CLT regem que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão do objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita, conforme artigo 790-B:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

§ 1º. Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º. O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º. O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realizar perícias.

§ 4º. Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Deste modo, ainda que beneficiado pela Justiça gratuita, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, caso seja sucumbente na pretensão objeto da perícia não está extinguida. A União arcará com o encargo apenas em casos cujo beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos suficientes para custear a despesa referentes aos honorários.

No tocante aos honorários advocatícios, o artigo 791-A, § 4º, da CLT, traz a possibilidade da suspensão da necessidade de remuneração dos honorários do advogado da parte contrária, caso o sucumbente apresente hipossuficiência de recursos:

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (BRASIL, Art. 791-A, Lei nº 13.467/2017).

Mesmo que a parte vencida, total ou parcialmente tenha o benefício da gratuidade de justiça, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais persiste. Se a parte não possuir créditos que suportem esse custo, seja no mesmo processo ou em outro, a obrigatoriedade do pagamento dos honorários advocatícios será suspensa e somente será executada se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão, o credor evidenciar que deixou a condição de hipossuficiência de recursos. Após dois anos, a obrigatoriedade se extingue (GAIA, 2019).

Tratando da gratuidade de traslados e os instrumentos, a nova CLT manteve o que já dizia a redação anterior.

O momento da concessão da justiça se dá com base no § 3º do artigo 790:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

Vale ressaltar que CPC, em seu artigo 98, § 1º, elencam, num sentido mais amplo outros itens que são aplicáveis ao acesso à justiça e da assistência jurídica integral, como os honorários do intérprete, às despesas de postagem, de imprensa, de indenização a testemunhas, as taxas ou custas judiciais, tradutor e contador, os

emolumentos etc. Em resumo, isenta todas as despesas processuais ou extrajudiciais que se relacionem ao curso da ação (MOLINA, 2019).

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O direito fundamental é amplo, e por isso em determinadas circunstâncias, podem ocorrer divergências de interpretação quanto a constitucionalidade da nova redação trazida pela Reforma Trabalhista, a exemplo das que definiram a questão da justiça gratuita.

As disposições normativas do CPC atuam como fonte subsidiária para regulamentação deste importante benefício. A partir desta premissa, alguns pontos trazidos pelos dois dispositivos merecem atenção especial, e são eles: a gratuidade da justiça referente ao depósito recursal e, quanto ao pagamento dos honorários do perito e dos advogados, conhecidos como honorários sucumbenciais.

Antes da reforma, apenas os empregados, autores da ação, usufruíam dos benefícios da gratuidade de justiça, e deste modo, não se discutia à dispensa do recolhimento do depósito recursal (MOLINA, 2019). Após a aprovação da reforma, passou a ser admitido também esse benefício aos empregadores pessoas naturais, se comprovassem enquadramento para obtenção de tal mérito. Com essa mudança, surgiu o questionamento sobre a legalidade da abrangência do benefício em sede recursal, até mesmo, no tocante ao depósito recursal prévio (PERINAZZO, 2019). A interpretação do Tribunal Superior do Trabalho versa que o depósito recursal não possui natureza jurídica de taxa judiciária, e sim de pressuposto processual objetivo. Deste modo, requisita-se seu recolhimento, mesmo aos empregadores beneficiários da gratuidade (MOLINA, 2019).

Contudo, o CPC expressa que a gratuidade de justiça compreende os depósitos previstos em lei para a interposição de recursos, referentes a realização da ampla defesa e do contraditório (BRASIL, 2015). Deste modo, o benefício da justiça gratuita está disponível como custeio provisório do processo, isentando ingressante da antecipação das despesas. Porém, isso não significa, que caso condenado, após o transitado e julgado, se sucumbente não deva arcar com os custos processuais, sendo cobrado mediante o desconto do seu crédito obtido, na mesma ação ou em outras.

As mudanças na legislação trabalhista versam sobre a responsabilidade da parte sucumbente, mesmo que beneficiária da gratuidade de justiça, arcar com pagamento dos honorários periciais e ao direito do advogado em receber os honorários advocatícios de sucumbência que podem variar de 5% a 15% (GAIA, 2019).

Em relação ao custeio de honorários de advogados e peritos, a divergência entre o CPC e a CLT prejudicam aquele que ingressar na justiça do trabalho, pois mesmo que

beneficiário da justiça gratuita, a parte sucumbente deve arcar com o ônus ter sua solicitação não atendida e com os custos dos honorários de peritos (Art. 790-B) e advogados (Art. 791- A).

Severo e Maior (2017, p.86) expõem que:

O § 4º desse mesmo dispositivo, quando menciona que o beneficiário da justiça gratuita terá as obrigações decorrentes de sua sucumbência “sob condição suspensiva de exigibilidade”, durante dois anos, nos quais o credor poderá provar que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”, estabelece uma contradição que não poderá ser resolvida senão pela inaplicabilidade dessa disposição legal. É que a gratuidade se dá em razão da situação do trabalhador no momento em que demanda. E se ela abrange, inclusive sobre a exegese do CPC – que, repita-se, nem sequer tem por princípio a proteção a quem trabalha –, todas as despesas do processo, não há como sustentar tal condição suspensiva sem negar, por via oblíqua, a gratuidade. O mesmo ocorre em relação à suposta autorização, contida nesse mesmo dispositivo, para compensação com créditos obtidos em juízo, “ainda que em outro processo”. Novamente aqui, a disposição legal esbarra nas disposições do artigo 1.707 do Código Civil e no artigo 100 da Constituição.

Em 2018, o Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região (TRT/AL) emitiu decisão pela inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A, pois considerou que o pagamento de honorários sucumbenciais viola as a prerrogativa fundamental de assistência jurídica integral e gratuita, além dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Tal decisão se apoia no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal que garante como dever do Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos cidadãos que comprovarem a hipossuficiência econômica (ALMEIDA, 2020).

Em março de 2020, o Ministro José Roberto Pimenta, da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho confirmou o direito ao benefício da assistência judiciária gratuita a bancário do Banco do Brasil, que declarou não possuir condições financeiras de arcar com as despesas do processo. O Relator observou que, em consonância com a jurisprudência do TST (com redação adaptada ao novo CPC, Súmula 463), a declaração de hipossuficiência financeira apresentada pelo declarante ou seu advogado é o bastante para configurar a condição econômica. O Ministro enfatizou que:

a alteração da CLT sobre a matéria não é incompatível com a do CPC e que as duas normas podem e devem ser aplicadas conjuntamente, e, portanto, que a comprovação a que se refere o parágrafo 4º do artigo 790 da CLT pode ser feita mediante declaração de miserabilidade da parte (Tribunal Superior do Trabalho, 2020).

Nesse sentido, outras decisões foram favoráveis ao trabalhador no tocante ao benefício da gratuidade de justiça, aplicando conjuntamente as redações do CPC e da CLT, uma vez que, a análise somente do parágrafo 4º do artigo 790 da CLT resultaria num retrocesso social, obstando o acesso do trabalhador ao Poder Judiciário. Em decisão de 04 de agosto de 2020 referente ao processo Nº TST-ARE-1002229-50.2017.5.02.0385, o Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, relatou que o empregado não possuía como arcar com as custas do processo, sem prejudicar o sustento próprio ou de sua família, uma vez que, estas totalizavam R\$ 4.361,73 e sua remuneração mensal era de R\$ 3.400,00. Deste modo, foi concedido ao requerente o benefício da justiça gratuita, com base no artigo 4º da Lei 1.060/1950, que “estabelecia como requisito para a concessão da gratuidade da justiça apenas a afirmação da parte nesse sentido na petição inicial”. De acordo com Relator, a declaração do requerente e o último salário indicado, admitem o pressuposto da veracidade em relação a declaração de miserabilidade.

Percebe-se que até a aplicação do §3º do artigo 790 conforme estabelece a CLT, e pelo posicionamento jurídico dos Tribunais que os condicionam, espera-se que haverá ainda muitos demanda, controvérsia até sua efetiva aplicação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse estudo é detalhado o instituto da gratuidade de justiça e o seu benefício é a primeira forma de garantir o acesso à justiça ao cidadão que comprovar sua hipossuficiência econômica, direito garantido pela Constituição da República, expresso no inciso LXXIV do artigo 5º.

O acesso à justiça constitui-se como direito básico do cidadão, pois serve como ferramenta para garantir o acesso aos demais direitos. Nesse aspecto, sua preservação é fundamental em um Estado democrático, que visa fornecer igualdade entre os seus, e, portanto, deve ser levado às instâncias máximas e não negligenciado.

As mudanças trazidas pela nova reforma trabalhista foram responsáveis pela queda do número de processos instaurados em primeira instância da Justiça do Trabalho. Do mais, conflitam com dispositivos trazidos na Carta Magna, mencionados no Art. 5º de que a assistência judiciária gratuita deve ser integral, bem como a redação do artigo 98, §1º do CPC, que descreve a abrangência da assistência judiciária gratuita,

dentre eles os custos com “os honorários do advogado e do perito”, percebe-se ainda que os Tribunais vem se posicionando de forma contrária a Reforma Trabalhista como reza a CLT, pois a mesma não pode ser aplicada isoladamente, devendo haver uma sistemática com as demais normas da própria CLT, da Constituição da República e do CPC, pois entendem que as reclamações feita a Justiça do Trabalho não pode ter uma condição menos favorável daquelas postuladas na Justiça Comum, pois afronta o princípio da isonomia .

A assistência judiciária gratuita se concretiza como uma grande conquista da cidadania, sendo importante ressaltar que se uma norma causa perda de direitos ao trabalhador beneficiário da assistência judiciária gratuita, e contrarie uma norma geral e os preceitos contidos no CPC, reduzindo o nível de cidadania já assegurado, ela passa a não proteger como deveria, e, portanto, não deve ser aplicada.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, M. S. Limites legais a gratuidade da justiça ofertada na Justiça do Trabalho. **Revista de Direito**, v. 12, n. 02, p. 01-23, 2020.

BRASIL. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Planalto. Lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10537.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Planalto. 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: 25 set. 2020.

BRASIL. Planalto. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

COUCEIRO, J.C.S. Gratuidade da justiça: um importante instrumento de acesso à justiça. **Revista Eletrônica OAB/RJ, Rio de Janeiro**, v. 30, n. 2, Jul.-Dez. 2019.

GAIA, F.S. Gratuidade de justiça e reforma trabalhista. Rev, **Dir. & Desenvol. da UNICATÓLICA**, v. 2, n. 1, Jan-Jun; 2019.

GASPAR, D. O Que Mudou (Se É Que Mudou) Na Sistemática Da Concessão Do Benefício Da Justiça Gratuita Com A Reforma Trabalhista. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, 2018.

GUIMARÃES, M. W. Honorários de sucumbência trabalhista: em busca da interpretação conforme a Constituição. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo. 2018. Disponível em:
<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/143389/2018_rev_tst_v0084_n0002.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=221>. Acesso em 15 out. 2020.

LÖBLEIN, R. P. **O benefício da gratuidade da justiça após a reforma trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/2017**. 2019.44p. Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito - UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2019.

MOLINA, A. A. A gratuidade da justiça no contexto da Reforma Trabalhista. **Revista AMATRA-V**, Salvador, v. 1, n. 15, p. 31-46, 2019.

Ordenações Filipinas, vols. 1 a 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro de 1870 Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p695.htm>>. Acesso em: 25 de set de 2020.

PERINAZZO, M. M. **A efetivação do acesso à justiça em xeque: a inconstitucionalidade da lei nº 13.467/2017 quanto à gratuidade da justiça no âmbito trabalhista**. Trabalho de conclusão de curso. DCJS- Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. - UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2019.

RODRIGUES JÚNIOR, José Augusto. Gratuidade da justiça. **Gratuidade da justiça**, 2018. Disponível em:
<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/170732/2018_rodrigues_j_r_jose_gratuidade_justica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set. 2020.

SADEK, M.T.A. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, R. **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. ISBN 978-85-7982-013-7.

SEVERO, V. S.; MAIOR, J. L. S. **Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos**. São Paulo: Sensus, 2017.

Tribunal Superior do Trabalho. **Declaração pessoal de pobreza é suficiente para garantir justiça gratuita a bancário**. Secretaria de Comunicação Social. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/declaracao-pessoal-de-pobreza-e-suficiente-para-garantir-justica-gratuita-a-bancario>. Acesso em: 08 nov. 2020.

Tribunal Superior do Trabalho. **Processo: RR - 1002229-50.2017.5.02.0385**. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=98182&anoInt=2019>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

CASO BRUMADINHO: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ENVOLVIDOS

LEYRIMI EDUARDA DE ALMEIDA PEDRO

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)

RESUMO: Este artigo dissertará sobre a Responsabilidade civil da Vale no desastre da cidade de Brumadinho, causando a morte de 270 pessoas, além da destruição da fauna e flora da cidade e também de regiões próximas a Brumadinho. A metodologia utilizada neste artigo foi o estudo de caso, analisando os processos que levaram ao rompimento da barragem até todos os processos julgados contra a Vale. A empresa não tinha legalidade em seus licenciamentos da barragem do Córrego do Feijão em Brumadinho, além de ilegalidades nos relatórios de inspeção de segurança do local, o estudo de impacto ambiental não estava corretamente efetuado pelas entidades competentes, o que foi feito é um estudo muito menos minucioso que não garantia segurança para o meio ambiente e nem para o funcionamento da barragem (que estava inativa a 3 anos antes do acidente). Por fim é válido dizer que houve uma grave negligência em relação a Vale, que não aprendeu com os erros que cometeu 4 anos antes no Desastre de Mariana, este artigo poderá contribuir para um entendimento maior sobre as responsabilidades civis das empresas de mineração sobre não só processo econômico, mas sobre a vida de quem está no local e aos arredores, como no meio ambiente.

Palavras chave: Brumadinho, Vale, licenciamentos, Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article will discuss Vale's civil liability in the disaster in the city of Brumadinho, in which the civil consequences for Vale, which was responsible for the maintenance and management of the Dam, This disaster caused the death of 270 people, in addition to the destruction of the fauna and flora of the city, and regions close to Brumadinho. The method used in this article was the case study, analyzing the processes that led to the dam breaking up to all the processes judged against Vale. The company had no legality in their licensing of the Córrego do Feijão dam in Brumadinho, in addition to illegalities in the site safety inspection reports, the environmental impact study was not correctly carried out by the competent entities, what was done is a very less thorough, which did not guarantee safety for the environment or for the operation of the dam (which had been inactive for 3 years before the accident). Finally, it is worth saying that there was a serious negligence in relation to Vale, which did not learn from the mistakes it made 4 years before in the Mariana Disaster, this article may contribute to a greater understanding of the civil responsibilities of mining companies on not only economic process, but about the lives of those in the place and the surroundings, as in the environment.

Key Words: Brumadinho, Vale, licensing, Civil Liability.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo traz a problemática de analisar as consequências civis para as partes envolvidas no desastre ambiental na cidade de Brumadinho, tendo como objetivo geral, estudar a responsabilidade civil nestes casos e entender a aplicação das leis civis quando ocorre desastres desta magnitude. Para que o objetivo deste trabalho seja atingido e a problemática apresentada tenha possíveis soluções, o método de abordagem indutivo foi utilizado, utilizando um caso específico - Brumadinho- para atingir conclusões mais abrangentes. Já o método monográfico, ou também conhecido como estudo de caso foi aplicado também neste trabalho.

De acordo com o artigo 225, parágrafo 3º da Constituição Federal

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. (BRASIL, 1988, Art. 225 § 3º)

Este artigo é o ponto inicial deste trabalho, visando entender como os lados envolvidos em acidentes naturais podem ser responsabilizados pelos seus atos sejam eles diretos ou indiretos, e partindo da análise da lei nº 6.938, mais precisamente sobre o artigo 14, parágrafo 1º, que diz: sobre a obrigatoriedade da reparação ou indenização dos danos causados ao meio ambiente e a terceiros pela atividade do poluidor (neste caso a mineradora). Assim como a teoria do risco integral, acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, a mesma informa que todo e qualquer risco que é conexo ao empreendimento (mineração) deve ser internalizado integralmente pelo processo produtivo, assim qualquer dano que tenha conexão com a atividade realizada, deve ser reparada pelo responsável da mesma.

Socialmente a pesquisa deste trabalho é importante, 16 meses se passaram desde o desastre de Brumadinho e ainda pairam sobre o contexto jurídico, processos de indenização em relação a vidas e propriedades perdidas, assim como a reparação do município que foi amplamente afetado pelo desastre.

No primeiro capítulo, foi realizado um resumo sobre como ocorreu o desastre de Brumadinho, se antes do acidente, todas as normas de segurança estavam em condições aceitáveis para a realização do processo econômico no local, e as consequências para a cidade.

O segundo capítulo, o foco é a responsabilidade civil das empresas responsáveis por processos de mineração, um pequeno resumo de como a mineração começou no

país, e quais são atualmente suas obrigações civis, para poder operar sem causar grandes problemas ambientais e sociais nos locais que realizam seu modo de produção.

Por fim o terceiro capítulo adentra, sobre a responsabilidade civil das empresas responsáveis pela barragem, que rompeu em Brumadinho, quais são as sanções, processos judiciais que sofreram, como as legislações vigentes foram aplicadas e como a justiça brasileira “cuidou” do caso.

2 ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE BRUMADINHO

No dia 25 de janeiro de 2019, no horário de 12h28min a barragem 1 da mina do Córrego do Feijão se rompe, as sirenes de segurança que deveriam ter sido acionadas para alertar funcionários e moradores próximos ao local, não tocou (vale frisar que mesmo com as sirenes tocando, as áreas administrativas e o refeitório, eram próximos a barragem 1, então dificilmente haveriam salvação para os funcionários que estavam no local), funcionários que estavam na área administrativa foram atingidos assim como parte da comunidade da Vila Ferteco, ambas ficavam cerca de um quilômetro a jusante da barragem. O rio Paraopeba foi atingido pelos rejeitos vazados às 15h50min.

Até aproximadamente 17h não havia ainda confirmação de mortes segundo o Corpo de Bombeiros de Minas Gerais, após 10 minutos uma estimativa do próprio Corpo de Bombeiros apontava quatro vítimas feridas e duzentas pessoas desaparecidas, um dia depois, o governo mineiro confirmava 9 mortes e 300 desaparecidos em Brumadinho. Com o rompimento da barragem 1, ocorreu “naturalmente” um aumento nos níveis das outras barragens presentes, no dia 27, por volta das 5h30 da manhã, as sirenes anunciaram o risco do rompimento da barragem 6, assim 24 mil moradores de Brumadinho foram evacuados, e com os riscos de um novo rompimento, as buscas foram encerradas até às 15h do mesmo dia.

De acordo com a ONG conectas, o rompimento da barragem causou a morte de 270 pessoas, os impactos não foram somente em Brumadinho, mas nas cidades que compõem a região também foram atingidas, devido aos impactos sociais e ambientais causadas, com a liberação de cerca de 12 milhões de metros cúbicos de rejeitos, quatro estados foram atingidos, barragens hidrelétricas foram atingidas, bacias hidrográficas que faziam o abastecimento de cidades da capital mineira e região metropolitana foi atingida, fauna e flora do local foram contaminadas com os rejeitos da barragem, poucos locais tiveram melhora de ambiente pós desastre, a vida aquática na região quase foi extinta, além dos impactos econômicos no cenário municipal da cidade.

2.1 Licenciamento da Barragem do Córrego do Feijão

A Barragem 1 do Córrego do feijão foi construída em 1976 pela Ferteco Mineração, e adquirida pela Vale em 2001, A Vale sem seguir as normas em vigor no

estado mineiro, continuou utilizando a barragem sem todos os documentos de licenciamento de uso, sendo apenas regularizados em 2009, e foi regularizado com grandes ressalvas, na época não foi exigido da mineradora estudos aprofundados sobre o impacto ambiental da barragem. O EIA/Rima deve contemplar possibilidades de desastre além de propor ações para minimizá-las, este estudo é obrigatório a todo empreendimento em que há supressão de Mata Atlântica, sobretudo de atividades minerárias, conforme dito na lei 11.428 de 2006 em seu artigo 32º:

A supressão de vegetação secundária em estágio avançado e médio de regeneração para fins de atividades minerárias somente será admitida mediante:

I – licenciamento ambiental condicionado à apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, pelo empreendedor, e desde que demonstrada a inexistência de alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto;

II – adoção de medida compensatória que inclua a recuperação de área equivalente à área do empreendimento, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica e sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, independente do disposto no art. 36 da lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

A Secretaria do Meio Ambiente (Semad) do governo de Minas Gerais constatou que haveria a retirada de 3 hectares de Mata Atlântica no local, e mesmo assim, não exigiu o EIA/Rima, aceitou o RCA, que é uma modalidade de estudo ambiental menos minuciosa, e que o resultado é emitido mais rapidamente.

A barragem do córrego do feijão, antes do acidente, estava desativada desde 2016, com o objetivo de eliminá-la, contudo essa desativação causaria aumento de produção das outras minas, causando um risco maior na região, o Córrego do feijão se encontra dentro da zona de amortecimento do Parque Estadual da Serra do Rola Moça, que é uma unidade de proteção integral criada em 1994 com o objetivo de proteção de seis mananciais (Taboão, Rola-Moça, Barreirinho, Barreiro, Mutuca e Catarina), que abasteciam 40% da Região Metropolitana de Belo Horizonte, fornecendo água a cerca de dois milhões de pessoas.

Em novembro de 2018 o conselho gestor do Parque Estadual, que tem caráter consultivo, foi consultado sobre a continuidade do processo de licenciamento ambiental, para a possibilidade de mineração na zona de amortecimento do parque

(onde fica o Córrego do Feijão), dez dos 22 conselheiros foram favoráveis pela continuidade das atividades na mina (na época desativada), juntamente com a eliminação da barragem, contra três votos contrários e uma abstenção. Neste contexto, entidades ambientais e moradores da região protestaram contra a expansão da mineração no local, essa expansão aumentaria em 88% sua capacidade de extração de minério até 2032.

Após o desastre, o Senado e a Câmara dos Deputados abriram uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) para a apuração do rompimento da barragem de Brumadinho, ao decorrer das audiências, além das irregularidades no processo de licenciamento após a compra da barragem, foram localizadas mais irregularidades no novo licenciamento da barragem, em novembro do ano anterior ao desastre o Fórum Nacional da Sociedade Civil na Gestão das Bacias Hidrográficas (Fonasc), apontou inconsistências no processo, de início os ritos tradicionais não foram seguidos, a Vale não tinha as licenças prévias de instalação e de operação (LAT ou trifásico), ao invés disso, possuíam uma licença chamada LAC1, que por meio de deliberação do governo mineiro garante que empreendimentos de mineração de grande porte tal como a vale, antes de classe 6, fossem enquadrados como classe 4, que exigia um procedimento mais simples, além da minimização do seu impacto. No pedido também havia problemas técnicos como a incorreta delimitação da Área de Influência Direta (AID) da área no Estudo de Impacto ambiental (EIA), e também com a ampliação existia a supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente (APP), que é considerada pelo Governo Mineiro como área prioritária para conservação da biodiversidade, situada na zona de amortecimento do Parque do Rola Moça.

3 PROCESSO DE MINERAÇÃO NO BRASIL: SEU INÍCIO, E SUAS RESPONSABILIDADES.

O Brasil começou com seu projeto de mineração já no século XVII, a partir do processo de desbravamento do interior da então colônia, operada pelas denominadas Entradas e Bandeiras, em 1696, jazidas de ouro foram encontradas nas regiões montanhosas de Minas Gerais, onde teve início a ocupação do Vale do Ouro Preto (Onde hoje é localizada a cidade de Ouro Preto). Estima-se que apenas no século XVIII, foram enviadas 800 toneladas de ouro para Portugal. Séculos a frente, com a revolução industrial já consolidada no mundo, Getúlio Vargas em seu plano de governo, decide criar a Companhia Vale do Rio Doce, empresa estatal baseada na exploração de minério bruto no país. Com o constante aumento da produção de minério bruto no país, foi criado em 1967 o Código de Minas ou Código de Mineração, um conjunto de leis, para administração dos recursos minerais, a indústria, distribuição, comércio e consumo de produtos minerais, o código ao longo do tempo foi atualizado para suprir as necessidades e manter as garantias legais para as indústrias e não ter incoerências com o Código Florestal Brasileiro.

3.1 Responsabilidades legais das empresas de mineração

Para uma empresa do ramo de mineração poder operar no Brasil, é necessário um conjunto de fatores e leis para tal operação, o Brasil em seu código ambiental, salienta alguma dessas leis devido ao fato que este processo de exploração afeta primordialmente a fauna e flora do local, e caso não tenha a devida fiscalização e responsabilidade ambiental, pode ter sérios danos ao sistema ecológico da região. Neste contexto existe o Licenciamento Ambiental, que era previsto inicialmente pela Lei 6.938/81 - Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), e teve sua regulamentação dezesseis anos depois com a Resolução 237/97 do CONAMA. É um conjunto de procedimentos e atos que a empresa que engloba, dentre outros o pedido de autorização para que determinado empreendimento tenha condições de funcionar, com a demonstração de que a empresa atende à legislação ambiental, pode ser solicitada a licença ambiental, a licença é o objetivo principal da mineradora, é o ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente concede o pedido pela empresa, podendo por meio de concessão, estabelecer restrições e medidas e condições de controle ambiental para observância obrigatória pela empresa.

De acordo com as idéias de Milaré (2001, p. 165),

A implantação de qualquer atividade ou obra efetiva ou potencialmente degradadora deve submeter-se a uma análise e controle prévios. Tal análise se faz necessária para se anteverem os riscos e eventuais impactos ambientais a serem prevenidos, corrigidos, mitigados e/ ou compensados quando da sua instalação, da sua operação e, em casos específicos, do encerramento de suas atividades.

Um instrumento importante e que é um dos principais para tal controle é a avaliação de impactos ambientais, presente na Constituição Federal de 1988, no artigo 225, §1º, inciso IV, sob a forma de estudo prévia de impacto ambiental (EIA), bem como na lei 6.938/81 (art. 9º, inc. III).

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, a Resolução CONAMA n. 237, reiteram a exigência do estudo prévio de impacto ambiental para as atividades consideradas potencialmente ou efetivamente causadoras de degradação significativa do meio ambiente, apenas será permitido um estudo menos detalhado e complexo como o EIA/Rima, caso o órgão ambiental competente entenda que a atividade em questão não apresenta potencial significativo de agressão ambiental. Esses procedimentos não tiram também a obrigatoriedade de a empresa ter outras autorizações ambientais, como a outorga de direito de usos de recursos híbridos (Lei 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos).

4 CONSEQUÊNCIAS CIVIS PARA AS RESPONSÁVEIS POR BRUMADINHO

Após o rompimento da barragem do Córrego do Feijão, a Vale que é detentora dos direitos do local, sofreu várias sanções referentes às licenças de operação de barragens e postos de mineração (vale lembrar que a Vale também tinha parte dos direitos da barragem da Cidade de Mariana, que rompeu em 2015). No dia seguinte à tragédia, a Semad (Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável) de Minas Gerais e o Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), multaram a Vale em 99 milhões de reais e 250 milhões de reais respectivamente, a Justiça de Minas Gerais no dia 25 a noite, determinou a indisponibilidade na negociação de ações da vale na Bolsa de Valores do Brasil, Espanha e Estados Unidos, além de entre os dias 25 e 28 o bloqueio de 11,8 bilhões de reais, para reparação ambiental do local do rompimento da barragem, e para reparação de danos às vítimas.

No dia 4 de fevereiro, três deputados estaduais protocolaram pedidos de abertura de CPI, para investigação dos fatores que levaram ao rompimento da barragem, a primeira sessão aconteceu no dia 19 de março, e com o relatório da mesma foi apontado em vários níveis a responsabilidade civil da Vale em níveis de danos morais, materiais trabalhistas e ambientais. De acordo com o relatório final da CPI,

O colapso anterior da barragem da propriedade da Vale e da BHP em Mariana, que matou 19 pessoas em 2015, não foi suficiente para alterar o comportamento da Vale no que se refere à prevenção de futuros desmoronamentos de barragens. Evidente que os custos de um desmoronamento foram percebidos nos escritórios executivos e salas de reuniões como menores do que os custos de investigação e prevenção adequadas de um desastre.

Em julho de 2019 a Vale e o Ministério Público do Trabalho assinaram um acordo para reparação de danos materiais e morais. O acordo previu que cônjuge, filho e pai dos funcionários da Vale, que faleceram na tragédia, iriam receber individualmente a quantia de 700 mil reais, sendo 500 mil para reparação do dano moral e 200 mil a título de seguro por acidente de trabalho. Irmãos dos trabalhadores falecidos receberam 150 mil reais devido ao dano moral. As famílias que eram dependentes dos trabalhadores mortos iriam receber uma pensão mensal até a idade de 75 anos, que segundo o IBGE é a expectativa de vida do brasileiro.

Em fevereiro de 2020, ou seja, mais de um ano depois do desastre, o CIAEA (Comitê Independente de Assessoramento Extraordinário de Apuração), divulgou um relatório com a conclusão que a Vale tinha informações que indicavam fragilidades da barragem desde 2003, e se tornaram “especialmente relevantes” após o desastre de

Mariana 4 anos antes. Segundo o relatório, não havia atuação “verdadeiramente independente” nas auditorias externas, já que os contatos eram administrados pela própria área de Diretoria de Ferros, a quem cabia às exigências regulatórias cumpridas.

5 CONCLUSÃO

Dados do Snisb (Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens) mostram que a Vale atualmente possui 46 barragens (entre empresas que controla e a própria) com o seu CRI (Categoria de Risco) em níveis altos, ou seja, com grandes riscos de rompimento, esses dados mostram a incapacidade de aprender com os erros que cometeu no passado, dois graves desastres que afetou não só a fauna e flora do local, mas tirou vida de trabalhadores, prejudicou o sustento de pessoas, afetou estrutura política, histórica e cultural de todas as pessoas das cidades atingidas e também das regiões ao redor.

A Vale ainda recebe sanções, multas, ordens judiciais, até os dias atuais, aproximadamente 17 meses após o desastre, um desastre que poderia ter sido evitado muito antes que o que ocorreu em 2015 em Mariana, a forma pífia que foi tratado esse problema ainda causa preocupações até hoje, e pode causar problemas no futuro, é de total responsabilidade civil da empresa ter o mínimo de condições aceitáveis para operação de suas barragens, e nem essas condições a Vale possuía, uma empresa que continua mandando rejeitos sem documentos necessários para manter essa produção, e só regularizando oito anos depois, não existia um estudo detalhado sobre os impactos ambientais que poderia ser causado pela barragem, e além de continuar com a operação, ampliou a barragem, era 12,7 milhões de metros cúbicos de rejeitos contaminados com o “resto” do processo de mineração do ferro, e para manter a utilização, produziu um estudo que não tem a mesma minuciosidade e atenção que o exigido pelas autoridades ambientais e federais.

As consequências sofridas deveriam servir de exemplo para manter a integridade de seus empreendimentos, e ter o mínimo de preocupação e zelo não só pela empresa, mas também com o que ela é composta, os trabalhadores, o local que está operando, a região residencial que se forma ao redor por conta do aumento de emprego e de renda para as cidades próximas, entretanto não é isso que é visto, sanções continuam, barragens ainda estão com risco de rompimento, e mais e mais vidas podem ser perdidas por conta da negligência civil criminosa e gananciosa.

REFERÊNCIAS

BARROS, Juliana Neves. **Legislação Ambiental Aplicada à mineração**, Especialização em Mineração e Meio Ambiente, Universidade Federal Do Recôncavo da Bahia, Cruz das

Almas. Disponível em
<https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/175231/1/Legislacao_Juliana.pdf>.
Acesso em: 20. Jun 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21
Jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.428, de 22 de Dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e
proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm>. Acesso em: 22 Jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional
do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras
providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 22 Jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de Janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de
Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e
altera o art. 1 da Lei nº 8.001, de 13 de Março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990,
de 28 de Dezembro de 1989. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm>. Acesso em: 24 Jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 227, de 28 de Fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao
Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de Janeiro de 1940. Disponível
em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm>. Acesso em: 23
Jun. 2020.

BRASIL. **Resolução Conama nº 237, de 19 de Dezembro de 1997**, Dispõe
necessidade de revisão dos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento
ambiental. Disponível em:
<<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 24
Jun. 2020.

BRASIL, Agência Nacional de Águas (Brasil). **Relatório de segurança de barragens
2018** / Agência Nacional de Águas. -- Brasília: ANA, 2019. Disponível em:
<http://www.snisb.gov.br/portal/snisb/relatorio-anual-de-seguranca-de-barragem/2018/rsb2018_0312.pdf>. Acesso em: 25 Jun. 2020.

CARVALHO, Gil de. Vídeo mostra o momento exato em que barragem da Vale se
rompe em Brumadinho. **G1**, Belo Horizonte. 01/02/2019. Disponível em: <
<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/02/01/video-mostra-o->

momento-exato-em-que-barragem-da-vale-rompe-em-brumadinho.ghtml>.
Acesso em: 23 Jun. 2020.

CIAEA, **Sumário Executivo do Relatório da Investigação Independente: Rompimento da Barragem 1 da Mina do Córrego do Feijão – Brumadinho, MG.** Rio de Janeiro, Fevereiro 2020. Disponível em:
<http://www.vale.com/PT/investors/Documents/2020_02_20_Relatorio_CIAEA.pdf>.
Acesso em: 24. Jun 2020>. Acesso em: 24 Jun. 2020

Dados: Os números da tragédia de Brumadinho. **Conectas Direitos Humanos**, São Paulo, 25 Jan, 2020. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/fact-sheets-o-numeros-da-tragedia-de-brumadinho#:~:text=O%20rompimento%20da%20barragem%20B1,da%20mineradora%20trabalhavam%20no%20local.>> . Acesso em: 28 Set. 2020.

GONÇALVES, Eduardo. Barragem de Brumadinho foi ampliada sem licença: Documentos reunidos na CPI de Brumadinho revelam que a expansão da barragem da Vale e as licenças ambientais concedidas estão repletas de irregularidades. **Revista Veja**. São Paulo,

Maio, 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/barragem-de-brumadinho-foi-ampliada-sem-licenca/>>. Acesso em: 24 Jun 2020.

KOKKE, Marcelo. **Responsabilidade civil e dano ambiental individual no desastre de Brumadinho.** Revista IBERC, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01-15, Jan-Abr./2019. Disponível em:
<<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/19/16>>. Acesso em: 24 Jun. 2020.

LUZ, Douglas Ferreira; BACCHI, Kethelen Severo; Tybusch, Francielle Benini A. **A**

Responsabilização Civil no Caso de Desastres Antropogênicos: O Caso Brumadinho - MG. Em - 5º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE. 2019, Santa Maria. Disponível em:
<<https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/wp-content/uploads/sites/563/2019/09/3.10.pdf>>. Acesso em: 22 Jun. 2020.

MINAS GERAIS, Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais – ALMG.

Comissão Parlamentar de Inquérito. **Relatório final da CPI da Barragem de Brumadinho.**

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/56a->

legislatura/cpi-rompimento-da-barragem-de-brumadinho/documentos/outros-documentos/relatorio-final-cpi-assembleia-legislativa-mg>. Acesso em: 22 Jun. 2020.

TOZZI, Rodrigo Henrique B. B. **As Teorias do Risco na Responsabilidade Civil**

Ambiental, Lex Magister, Porto Alegre. Disponível em:

<http://www.lex.com.br/doutrina_24857023_AS_TEORIAS_DO_RISCO_NA_RESPONSABILIDADE_CIVIL_AMBIENTAL.aspx#:~:text=2.1.6%20Risco%20Integral,mas%20causou%20dano%20a%20outrem>. Acesso em: 24 Jun. 2020.

OS LIMITES DOS PODERES DO CONCILIADOR-INSTRUTOR NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

DANIEL FREDERICO FAGUNDES DE LIMA ANDRADE:
Advogado, Bacharel em Direito e Pós Graduado em Direito Previdenciário.

RESUMO: O presente trabalho tem por definição analisar os limites dos poderes atribuídos a figura do Conciliador em sede de Juizados Especiais Federais, em especial no tocante as audiências de processos previdenciários. Ao Conciliador Federal são atribuídos poderes de indagação as partes e testemunhas, quase de instrução, quando da presidência em audiência de conciliação. A figura dos Conciliadores é tratada em todas as Leis que versam sobre os Juizados Especiais, citando as Lei 9.099/95, Lei 10.259/2001 e a 12.153/2009. E após o Código de Processo Civil de 2015, sendo obrigatória a realização de audiência de conciliação em todos os processos civis. Possibilidade legal, baseado nos princípios norteadores dos Juizados Especiais. Poderes outorgados pelo Juiz Togado aos Conciliadores.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliador. Juizado Especial Federal. Aposentadoria Rural.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade a análise da figura do Conciliador e suas atribuições em sede de Juizado Especial Federal.

Em nossa legislação pátria existem vários tipos de Conciliador, indo da Justiça Comum Estadual, Federal e da Fazenda Pública.

E diante de várias figuras, a escolhida para o tema é a do Conciliador dos Juizados Especiais Federais, que durante uma audiência de conciliação, podem inquirir testemunhas e partes, podendo estes depoimentos servirem de prova e fundamentação da sentença.

Os poderes outorgados aos Conciliadores pelos Juízes Federais, em especial de instruir o processo com a oitiva das partes e testemunhas, são por alguns consideradas aceitáveis, mas há julgamentos de Turmas Recursais que consideram nulas.

No presente trabalho, busca-se demonstrar a legalidade da colhida de depoimentos das partes e das testemunhas durante uma audiência de conciliação pelo Conciliador, pois, a Lei admite assim, sendo homologadas pelo Juiz Togado.

E através deste trabalho, busca-se fundamentar e consolidar a validade das audiências de conciliação realizadas pelos Conciliadores, validando os atos de oitiva

das partes e testemunhas, pois são feitas diante das partes, com prevalência do contraditório em todos os momentos.

Logo, com a escassez de Juízes Togados e o aumento de demandas judiciais, por vários motivos que não baseiam este trabalho, a figura do Conciliador-Instrutor facilita a análise e julgamento dos processos, trazendo uma Justiça mais rápida e eficaz para todos.

A metodologia adotada no trabalho, foi a pesquisa bibliográfica e experiência de campo junto a Justiça Federal do Estado do Rio Grande do Norte.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O SURGIMENTO DA FIGURA MODERNA DO CONCILIADOR NOS JUIZADOS ESPECIAIS

A figura do Conciliador é muito recente em nosso ordenamento, sendo uma figura criada para dinamizar as demandas judiciais, pois algumas delas podem ser resolvidas em uma única audiência, quando as partes se encontram pessoalmente e podem diretamente dialogar.

Na modalidade dos Juizados Especiais, a figura moderna do Conciliador adveio pelo art. 73 da Lei 9.099/95, aliando a seu status de cidadão a qualidade de estudante ou já bacharel em Direito, elevando-o a condição de auxiliar da Justiça para exercer um múnus público.

É o que podemos chamar de "terceiro neutro", o qual deve ter conhecimento jurídico e técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo, tendo como principal função a de restabelecer a comunicação entre as partes, inicialmente apenas conduzindo as negociações.

O conciliador deve garantir às partes que a discussão proporcione um acordo fiel ao direito da comunidade em que vivem, moral e justo, devendo conhecer o direito material relativo ao mérito da questão em discussão.

2.2 A MUDANÇA DE CONCILIADOR-CONDUTOR PARA CONCILIADOR-INSTRUTOR

Após o advento da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) e da Lei do Juizado Especial da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009), a figura do Conciliador deixou de ser apenas um condutor da audiência, para ter mais voz ativa, em especial nas audiências de Direito Previdenciário, auxiliando o Juiz Togado na coleta de provas.

E a mudança ocorreu por consequência de uma das características predominantes dos Juizados, qual seja, da possibilidade de o Juiz (Togado ou Leigo) conduzir livremente os atos de instrução e julgamento, sem a necessidade de atendimento ao formalismo comum do procedimento ordinário, conforme se depreende do art. 13 e § 1º, da Lei nº 9.099/95, *in verbis*.

“Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo”.

Sendo assim, pode o Juiz Togado atribuir poderes de coleta de depoimentos ao Conciliador, que através de perguntas próprias e conduzindo a das demais partes do processo, torna-se um Conciliador-Instrutor para facilitar e dinamizar os processos.

E claro, todos os atos realizados no processo podem e devem ser analisados e validados pelo Juiz Togado, que entendendo não serem satisfatórios pode realizar novos atos ou atos complementares.

E diante da necessidade e permissibilidade legal foi criada ou transformada a função do Conciliador em Conciliador-Instrutor para promover o dinamismo dos processos judiciais, em especial os que tramitam no Juizado Especial Federal em matéria de Direito Previdenciário.

2.3 PENSAMENTOS DIVERGENTES PARA A FIGURA DO CONCILIADOR-INSTRUTOR

E como não se pode agradar a todos, há sempre aqueles que pensam de forma divergente. E no caso do presente trabalho é o pensamento daqueles que entendem que Conciliadores não podem ser Conciliador-Instrutor, pois, não poderiam realizar atos instrutórios.

Há o entendimento de que o exercício das funções do Juiz Togado o é indelegável, como as relativas ao Poder de instrução, de presidir audiências de instrução e, especialmente, de proferir sentenças.

Exploram e entendem que o entendimento da Lei 12.153/2009, na qual se permitiu ao conciliador presidir audiências de instrução é equivocado.

Art. 16. Cabe ao conciliador, sob a supervisão do juiz, conduzir a audiência de conciliação.

§ 1º Poderá o conciliador, para fins de encaminhamento da composição amigável, ouvir as partes e testemunhas sobre os contornos fáticos da controvérsia.

§ 2º Não obtida a conciliação, caberá ao juiz presidir a instrução do processo, podendo dispensar novos depoimentos, se entender suficientes para o julgamento da causa os esclarecimentos já constantes dos autos, e não houver impugnação das partes.

A Lei, para este grupo de pessoa, é tida como muito clara, ao afirmar que ao Conciliador cabe a condução de audiência de conciliação, sob a supervisão do juiz.

E que somente sob a supervisão do Juiz, é que poderia acontecer a oitiva das partes e testemunhas, com uma finalidade específica, tal seja, o encaminhamento da composição amigável.

Assim, nos casos em que uma das partes motivadamente informa previamente a impossibilidade de composição amigável do litígio, resta desautorizado ao conciliador fazer tais oitivas.

Esta é uma posição que alguns adotam, porém, neste trabalho vamos demonstrar que é uma posição equivocada, conforme vem sendo decidido pelo Conselho Nacional de Justiça e Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais.

2.4 DECISÕES SOBRE O TEMA

E sobre este tema, existem vários julgados, mas podemos ter e utilizar como norte o Enunciado 45 da FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais, este trata especialmente das audiências de conciliação e a possibilidade do Conciliador em escutar as testemunhas, fazendo perguntas e repassando as perguntas do autor e réu.

Enunciado nº. 45 - *Havendo contínua e permanente fiscalização do juiz togado, conciliadores criteriosamente escolhidos pelo Juiz, poderão, para certas matérias, realizar atos instrutórios previamente determinados, como redução a termo de depoimentos, não se admitindo, contudo, prolação de sentença a ser homologada.* (FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais)

E claro, que este Enunciado deve ser interpretado diretamente com a regra de que não se pronunciará nulidade se não houver prejuízo (Lei 9.099/95, art. 13, caput e

§ 1º), vinculando-se aos princípios da simplicidade, informalidade e economia processual.

E não podemos esquecer das permissões legais existentes, em especial na Lei 12.153/2009, que assim estabelece:

Art. 16. Cabe ao conciliador, sob a supervisão do juiz, conduzir a audiência de conciliação.

§ 1º Poderá o conciliador, para fins de encaminhamento da composição amigável, ouvir as partes e testemunhas sobre os contornos fáticos da controvérsia.

§ 2º Não obtida a conciliação, caberá ao juiz presidir a instrução do processo, podendo dispensar novos depoimentos, se entender suficientes para o julgamento da causa os esclarecimentos já constantes dos autos, e não houver impugnação das partes.

E esta situação já foi analisada pelo Conselho Nacional de Justiça, em pedido de providências formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Cascavel - PR, tendo obtido a seguinte:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. *Audiências de instrução. Conciliadores. Juizados Especiais. Princípio da informalidade. Art. 2º. Lei nº 9.099/95. Admissibilidade. PCA nº 453. Entendimento superado. Lei nº 12.153/2009. Prevalência. Pedido improvido. Admite-se a condução de audiências de instrução por conciliadores no âmbito dos Juizados Especiais, por força do princípio da informalidade que rege os atos jungidos pela Lei nº 9.099/95, conforme seu art. 2º. Também, a Lei nº 12.153/2009 superou o entendimento proferido no julgamento do PCA nº 453, por autorizar, expressamente, a realização de oitivas de partes e testemunhas por conciliadores, no âmbito dos Juizados Especiais. Pedido conhecido, mas que se nega provimento. (PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - CONSELHEIRO 0000073-50.2010.2.00.0000)*

Nesse pedido, a manifestação ou indagação foi sobre a possibilidade do Conciliador presidir audiência de instrução, no sentido de coleta de depoimentos de partes e testemunhas.

A resposta a indagação dessa possibilidade, foi uma aula jurídica, na qual foram levantados os Princípios que norteiam os Juizados Especiais, sendo um dos principais o da Informalidade, que pode ser considerado o é o impulsionador dos procedimentos relacionados aos feitos de menor complexidade.

Deste ponto, voltamos a diretriz de que as "nulidades somente serão reconhecidas mediante prova de efetivo prejuízo", o qual após uma interpretação lógico-sistemática aponta, para a possibilidade e autorização da realização de oitivas de testemunhas e partes pelos conciliadores e, por via de consequência, aproveitadas pelo Juiz Togado em sua sentença.

Há de lembrar que os Juizados Especiais foram criados para "fugir" dos preciosismos e aplicação de padrões tradicionais do processo civil.

Logo, a regra é clara, em que não causando evidentes prejuízos às partes, qualquer procedimento adotado pelos Juizados Especiais produz regulares efeitos e deve ser aproveitado/validado, somente podendo haver limitação, como nos demais atos da vida civil, pelos bons costumes e pela existência de lei proibitiva.

Por fim, podemos dizer que a instrução conduzida por Conciliador ou Conciliador-Instrutor, em nada afeta o Direito das partes, ou encontra impedimento legal expresse; até porque, caso haja alegação de eventual irregularidade, nada impede que o Juiz togado proceda a nova instrução, antes de proferir sua sentença final.

3.CONCLUSÃO

Pelo que observamos, a condução da conciliação com colhida a termo dos depoimentos por um Conciliador perante a Justiça Federal é totalmente válido e eficaz.

O ato de atermação dos depoimentos estão imbuídos dos Princípios da Ampla Defesa, Contraditório, da Economia Processual, Celeridade, Informalidade e da Simplicidade, não se esquecendo do Princípio do Juiz Natural, o qual é respeitado, uma vez que a sentença é dada pelo Juiz Togado.

Deste modo é totalmente válido os atos praticados pelo Conciliador-Instrutor em sede dos Juizados Especiais Federais durante a audiência de conciliação, pois no final serão sempre homologados pelo Juiz Titular do Juizado Especial, que após análise proferirá sua sentença.

4.REFERÊNCIAS

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Manual do Conciliador** – Juizados Especiais Federais. Brasília/DF: 2002.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal**. Brasília/DF: 2019

SANTANA, Danilo. **Como Funciona o Juizado Especial Federal**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=114>, Acesso em: 10 jul. 2020, 19:40:00.

CARDOSO, Oscar Valente. **Conciliador e Juiz Leigo nos Juizados Especiais da Fazenda Pública**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 26 de julho de 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pedido de Providências nº 0000073-50.2010.2.00.0000

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO FORMA DE RESPALDO À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A APLICABILIDADE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

INAÊ MUNIZ PIRES DE QUEIROZ:

Mestranda em Direito Constitucional PUCSP. Bacharel em Direito pela PUC SP. Curso de extensão de RJ e falência PUCSP. Advogada do contencioso na empresa Itaú Unibanco SA.

RESUMO: O presente artigo abordará a temática da diferenciação entre as garantias constitucionais e os direitos fundamentais. Ademais, trará como enfoque também a discussão sobre a natureza jurídica do mandado de segurança e da ação de improbidade administrativa. Discute-se acerca da natureza jurídica do mandado de segurança, a discussão continua com relação à espécie, sendo que tem quem considere como ação constitutiva, outros ação mandamental, além dessas espécies, alguns observam que o que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido formulado pelo impetrante. Serão abordados também as três corretes acerca dos efeitos da lei de improbidade administrativa.

Palavras chave: garantias constitucionais, direitos fundamentais, natureza jurídica, remédios constitucionais.

ABSTRACT: This article will address the issue of differentiating between constitutional guarantees and fundamental rights. In addition, it will also focus on the discussion of the legal nature of the writ of mandamus and the action for administrative improbity. It is discussed about the legal nature of the writ of mandamus, the discussion continues with respect to the species, and there are those who consider it as constitutive action, others mandatory action, in addition to these species, some observe that what determines and qualifies the nature of the action of security is the request made by the petitioner. The three corrections on the effects of the administrative improbity law will also be addressed.

Key words: constitutional guarantees, fundamental rights, legal nature, constitutional remedies.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 2. MÉTODO. 3. DESENVOLVIMENTO E DISCUSSÃO. 3.1 GARANTIA CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA. 3.2 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A DISCUSSÃO DOS SEUS EFEITOS. 4. CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a temática de discussão acerca da diferenciação entre direitos fundamentais e garantias constitucionais. A questão é de suma relevância, pois sabemos que atualmente os conceitos ainda são confundidos e geram dúvidas nas pessoas que até mesmo atuam no mundo jurídico.

Para tanto utilizarei como base o desenvolvimento dos modelos de Fioravante para discorrer acerca da evolução dos direitos fundamentais até a consolidação do que hoje consideramos como um direito fundamental, será mencionado a importância histórica destes direitos, para que assim, possamos exemplificar quais são os direitos fundamentais mais conhecidos e populares na prática.

O texto fará também importante menção às garantias constitucionais, que, como já mencionado, não se confundem com direitos fundamentais. O principal objetivo é mostrar que por meio das garantias constitucionais conseguimos ter um respaldo da aplicabilidade correta dos direitos fundamentais. Tendo em vista que os direitos fundamentais são conteúdos, normas expressas, declarações que visam assegurar os limites estatais e prerrogativas aos cidadãos, é mister que precisamos de um meio, um instrumento hábil, uma disposição assecuratória para que possamos nos valer para práticas destas normas, quando violadas. Assim, as garantias aparecem como meios assecuratórios dos direitos fundamentais.

Garantia fundamental de extrema relevância é exemplificada por meio do Mandado de segurança, remédio constitucional que protege direito líquido e certo não amparado por habeas data ou habeas corpus, previsto no Artigo 5º LXIX¹⁹⁵ e com caráter residual, destinando-se a tutela de direito individual, coletivo, ou difuso, ameaçado ou lesado por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Sua normatização encontra-se na L 12016/2009. O remédio é colocado à disposição de pessoa física ou jurídica, pública ou privado.

Mister frisar que muito se discute acerca da natureza jurídica do mandado de segurança, a discussão continua com relação à espécie, sendo que tem quem considere como ação constitutiva, outros ação mandamental, neste entendimento e, além dessas

195 Art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 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:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

espécies, alguns observam que o que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido formulado pelo impetrante.

Outra discussão recorrente se dá com a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, mais conhecida como LIA, que tem por escopo a efetivação do bom zelo à coisa pública, o Estado dispõe de previsões normativas e instrumentos jurídicos aptos a combater a desonestidades, os crimes, a corrupção e a deslealdade à coisa pública, assim o ordenamento jurídico traz o instrumento fundamental a prevenção e a punição daqueles que atentarem contra os valores consagrados, prevendo diversos procedimentos e sanções garantindo máxima efetividade das normas éticas.

A LIA traz algumas sanções de naturezas diversificadas que abrem respaldo as discussões acerca de sua natureza jurídica. Em uma mesma lei há sanções de natureza política, civil, administrativa e penal, logo, a natureza jurídica da lei em si abre respaldo para discussões que são abordados no presente artigo.

2.MÉTODO

Como respaldo técnico das discussões, será tomado como base de argumentação as discussões dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais nas doutrinas. Para os direitos fundamentais nos valeremos das discussões do modelo de Fioravante, trazidos por Georges Abboud em seu Livro, abordando brevemente sua evolução histórica para exemplificar estes direitos. Assim, será feito, posteriormente a distinção entre direitos fundamentais e garantias constitucionais, como forma de exposição das diferenças entre o que seria um direito e o que seria uma garantia, para que, então, seja possível adentrar nas discussões acerca do Mandado de Segurança em si e da Lei de Improbidade Administrativa.

3.DESENVOLVIMENTO E DISCUSSÃO

Começaremos abordando a temática dos direitos fundamentais em sua origem, podemos observar que a origem dos direitos fundamentais advém alguns, assim como trouxe Georges Abboud¹⁹⁶ modelos sendo estes: modelo historicista, modelo individualista e modelo estatalista. O modelo historicista, introduzido por Fioravante, foi desenvolvido pela tradição anglo-saxônica, possuindo como principal característica a constatação de que o reconhecimento dos direitos se dá pelo processo histórico. O modelo individualista é fruto tanto da tradição continental como anglo saxônica, aborda as transformações sociais e culturais, já o modelo estatalista, formou-se na Europa continental a partir do século XIX, e aborda a máxima de que todas as

¹⁹⁶ ABBOUD, Georges- Processo Constitucional Brasileiro- 2º edição- revista atualizada e ampliada- Revista dos Tribunais-(páginas 714-757)

liberdades se fundem única e exclusivamente sobre as normas impostas pelo próprio Estado, assim, neste modelo existe apenas um direito fundamental, qual seja, de ser tratado conforme as leis do Estado.

Direitos fundamentais, em sua conceituação, não deve ser confundido com garantias constitucionais, pois aqueles constituem, na atualidade, um conceito mais abrangente, englobando os direitos humanos universais e os direitos nacionais do cidadão¹⁹⁷. Assim, os direitos fundamentais constituem uma reserva de direitos que não podem ser atingida pelo Estado. Nas palavras de Georges Abboud 198 : “Na realidade, os direitos fundamentais asseguram ao cidadãos um feixe de direitos e garantias que não poderão ser violados por nenhuma das esferas do Poder Público. Os referidos direitos apresentam dupla função: constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo em que constituem limites/restrições à atuação do Estado”.

Bobbio traz uma definição muito utilizada, o qual diz¹⁹⁹:

“Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, 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.(...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”

Com essa máxima, podemos assim afirmar que não há a existência do Estado Constitucional se não houver a respectiva proteção e consagração dos direitos fundamentais. Disso tiramos a função primordial dos direitos fundamentais, qual seja, constituir prerrogativas e limitar a atuação Estatal. Outra função importantíssima, é assegurar a existência de posição juridicamente garantida contra decisões políticas de eventuais maiorias políticas.

Os direitos fundamentais estão disciplinados e no artigo 5º da Constituição Federal, porém, mister frisar que no § 2º há a determinação de que direitos e garantias constitucionalmente expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos

197 ABOUD, Georges- Processo Constitucional Brasileiro- 2º edição- revista atualizada e ampliada- Revista dos Tribunais-(página 726)

198 **IDEM**

199 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992

princípios adotados na Constituição Federal, e, também, dos tratados internacionais de que a nossa República faça parte.

Os exemplos do que de fato sejam direitos fundamentais podem ser abordados quando nos valem da temática da divisão por gerações, assim, temos direitos fundamentais de primeira geração, segunda geração, terceira geração, quarta geração.

Os direitos fundamentais de primeira geração foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade, abordam os direitos relacionados as pessoas, aos indivíduos, podemos listar quais sejam: liberdade de crença, direito à vida, propriedade, manifestação do pensamento, dentre outros.

Os direitos fundamentais de segunda geração abordam a temática dos direitos sociais, em que o impõem ao Estado obrigação de fazer ou de prestar, como, por exemplo, moradia, trabalho, saúde, educação.

Os direitos fundamentais de terceira geração são os chamados de Transindividuais, ou seja, aquele de várias pessoas, surgiram da revolução tecnocientífica, pertencem ao grupo de indivíduos, como, por exemplo o direito ao meio ambiente, direito do consumidor, direito a paz.

O direito de quarta geração, seria o relativo a engenharia genética. Com a breve explanação sobre direitos fundamentais acima, podemos observar algumas características essenciais e primordiais sobre os mesmos, quais sejam: direitos fundamentais, com todo seu histórico e processo de evolução na constituição federal, foi abordado por meio de disposições declaratórias, assim, como o Brasil é um país em que prevalece no sistema jurídico o *Civil Law*, ou seja, o direito positivado, temos normas expressas que possibilitam ao indivíduo uma vida digna, freando os limites do Poder Estatal.

Estes possuem também como cartelistas a Universalidade, a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a relatividade, a irrenunciabilidade, complementariedade e a historicidade.

Exemplo prático da temática abordada com relação aos direitos fundamentais é o direito à igualdade, tema muito debatido ultimamente e que está previsto na Constituição Federal. Englobando questões relacionadas ao gênero, etnia, classe, crença, trazendo a questão do tratamento respeitando as diferenças.

Enfatizado a questão dos direitos fundamentais adentraremos na temática das garantias fundamentais. Tendo em vista que os direitos fundamentais são conteúdos, normas expressas, declarações que visam assegurar os limites estatais e prerrogativas aos cidadãos, é mister que precisamos de um meio, um instrumento hábil, uma

disposição assecuratória para que possamos nos valer para práticas destas normas, quando violadas.

Assim adentramos no universo das garantias constitucionais, que nas palavras de Attilio Brunialtti 200 :

“Quando alguém tem um direito e o Poder Público não o respeita, para fins de ser preservado atendendo seu propósito máximo que é o reconhecimento dessa declaração, usam-se as garantias como instrumento que tem a função de proteger esse direito”

Adentrando no universo das garantias constitucionais percebemos que estas dão base e subsídios para uma maior constitucionalização do processo civil, dão ao processo civil o toque necessário de atuação conforme os valores da ordem jurídica. Nas palavras de João Batista Lopes²⁰¹ :

“ Não se pode ignorar, à evidência, os princípios e regras do direito processual civil. Não se trata, pois, de esvaziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica”.

É evidente que todas as normas jurídicas devem respeitar os ditames e princípios constitucionalmente estabelecidos, porém devemos ter em mente que a classificação do que seja garantia constitucional não se restringe apenas as garantias conferidas ao processo civil.

Há a classificação de garantias constitucionais dada pelo doutrinador Paulino Jacques, sendo estas subdivididas em: garantias criminalmente preventivas, garantias criminais repressivas, garantias tributárias e garantias civis.

Como exemplo clássico das garantias criminais preventivas temos a abordagem das temáticas de legalidade de prisão, previsão de fiança para o delito, comunicabilidade da prisão, plenitude de defesa, inexistência de foro privilegiado e de tribunais de exceção e o remédio Constitucional do Habeas Corpus.

Para ilustrar as garantias criminais repressivas, grupo da divisão das garantias constitucionais, temos a personalização e humanização das penas, inexistência de

200 BRUNIALTTI, Attilio. Guia para o Estudo do Direito Constitucional, p. 148, 1995.

201 LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. Revista de Processo, vol. 116, julho – agosto/2004, p. 30. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

prisão civil por dívida, multa ou custas, inexistência de extradição de brasileiro nato dentre outras.

As garantias tributárias, abarcam em sua ampla explanação, a legalidade do tributo e de sua cobrança. Já as garantias constitucionais civis, abrangem o remédio constitucional do mandado de segurança, assistência jurídica gratuita, expedição de certidões, devido processo legal, inafastabilidade jurisdicional dentre outros.

Como exposto, as garantias constitucionais possuem função assecuratórias dos direitos, ou seja, visam o real cumprimento de um direito. Assim, é importante enfatizar que as principais garantias constitucionais são os conhecidos remédios constitucionais, quais sejam, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, mandado de segurança e ação popular, todos previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Vejamos, diferentemente de um direito, os remédios constitucionais exercem a função de garantia, assim podemos ilustrar que a garantia constitucional do habeas corpus, visa assegurar o direito fundamental de locomoção.

3.1 GARANTIA CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é um dos remédios constitucionais mais utilizados e que, nas palavras de Hely Lopes Meirelles 202:

“será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante”

O Remédio visa proteção do direito líquido e certo não amparado por habeas data ou habeas corpus, previsto no Artigo 5º LXIX 203 e com caráter residual, destinando-se a tutela de direito individual, coletivo, ou difuso, ameaçado ou lesado por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Sua normatização encontra-se na L 12016/2009. O remédio é colocado à disposição de pessoa física ou jurídica, pública ou privada.

202 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

203 Art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 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:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Nas palavras de Georges abboud 204:

“Na valiosa lição de Pontes de Miranda, a prestação jurisdicional no mandado de segurança, assim como no habeas corpus, tem eficácia predominantemente mandamental, tendo em vista que o juiz ou o tribunal mandam já é, por si só, o conteúdo dessa prestação”

Em função de sua subsidiariedade, o mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo recursal para atacar decisões judiciais. Assim, apenas pode ser admitido Mandado de segurança contra ato judicial se ficar demonstrada manifesta ilegalidade ou teratologia da decisão.

Para Arlete Aurelli²⁰⁵ não se pode criar uma teoria do mandado de segurança contra atos administrativos e outra, deferente, contra atos judiciais, pois a medida é regulada pelos mesmos dispositivos, quer em nível constitucional, quer em nível infraconstitucional.

O Mandado de Segurança coletivo não se trata de ação diferente do Mandado de segurança Individual, apenas se presta à tutela de direito difuso, coletivo ou individual, mas os requisitos de direito material para concessão de Mandado de Segurança Coletivo são os mesmos do individual, tendo também o mesmo procedimento.

Muito se discute acerca da natureza jurídica do mandado de segurança, acerca da natureza jurídica do Mandado de segurança contra ato judicial, explica Cássio Scarpinella Bueno que²⁰⁶ “mandado de segurança contra ato judicial” deve ser entendido como um “sucedâneo recursal” no sentido de “medida que, embora não seja definido pela lei processual civil como recurso, desempenha finalidade similar, e no que lhe diz respeito, até mesmo, idêntica a de um recurso”.

A doutrina majoritária o elegeu a natureza jurídica como ação, mas a discussão continua com relação à espécie, sendo que tem quem considere como ação

204 ABOUD, Georges- Processo Constitucional Brasileiro- 2º edição- revista atualizada e ampliada- Revista dos Tribunais-(página 757)

205 AURELLI, Arlete Inês. O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 151.

206 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2014

constitutiva, outros ação mandamental, neste entendimento e, além dessas espécies, outros entendem como ação executória.

Neste sentido, a oportuna lição de Alfredo Buzaid:²⁰⁷

“O que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido formulado pelo impetrante, que pode ser: meramente declaratório; constitutivo; condenatório. Exemplo da primeira espécie é o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica tributária criada por lei inconstitucional; exemplo da segunda espécie é a desconstituição de nomeação de servidor público por inobservância da ordem de classificação no concurso; exemplo da terceira espécie é a ação do servidor da administração direta ou autárquica, tendo por objeto o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”

Importante ressaltar que as Súmulas 269- O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, e 271 - “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação ao período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”, do STF, apontam no sentido da impossibilidade dos chamados “efeitos condenatórios” do mandado de segurança, ao menos no que tange ao período anterior à impetração

“Em razão disto, tomando por base as mandamentais descritas por KUTTNER e GOLDSCHIMDT, pode-se dizer que, do elenco organizado por PONTES DEMIRANDA, só o mandado de segurança seria uma ação propriamente mandamental; as demais seriam impropriamente mandamentais, porque o órgão estatal incumbido do cumprimento do mandado não é o órgão que teria violado ou ameaçado violar o direito do demandante”²⁰⁸.

Considerando que no mandado de segurança jamais poderá prescindir o mandamento, devendo conter em si a ordem, que é o seu efeito específico e preponderante, a obrigar a autoridade coatora, a quem é dirigida, ao seu cumprimento. A posterior expedição do mandado, ofício a ser a ela entregue, é consequência formal da ordem emanada pelo juiz, conforme dispõe o art. 11da Lei do Mandado de Segurança, julgado procedente o pedido, “o juiz transmitirá em ofício

²⁰⁷ BUZAID, Alfredo- **Do mandado de segurança**, vol. I, p. 76.

²⁰⁸ MESQUITA, José Ignácio Botelho- Sentença Mandamental- Academia Brasileira de direito processual Civil

(...) o inteiro teor da sentença à autoridade coatora”. A corrente que entende que a natureza jurídica é ação mandamental, parece ser a mais adequada e justificável.

3.2 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A DISCUSSÃO DOS SEUS EFEITOS

Outra temática bastante discutida, tange acerca das ações de improbidade administrativas. No âmbito do direito administrativo os agentes públicos estão subordinados a uma série de princípios e leis que possuem como objetivo o zelo pela probidade administrativa, respeito à moral por todos aqueles que se relacionam com o Estado²⁰⁹. Para a efetivação do bom zelo à coisa pública, o Estado dispõe de previsões normativas e instrumentos jurídicos aptos a combater a desonestidades, os crimes, a corrupção e a deslealdade à coisa pública, assim o ordenamento jurídico traz o instrumento fundamental a prevenção e a punição daqueles que atentem contra os valores consagrados, prevendo diversos procedimentos e sanções garantindo máxima efetividade das normas éticas.²¹⁰

Um dos mais importantes instrumentos para o combate a improbidade no sistema é a lei nº 8.429/ de 1992- conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que, nas palavras de José Augusto Delgado²¹¹, três correntes estão formadas a respeito, a primeira entende que os efeitos da lei são de natureza administrativa e patrimonial; a segunda entende que abarca conteúdo de direito penal e, a terceira, firma o sentido de que a depender da autoridade que for chamada para integrar o polo passivo, ela terá natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade ou responsabilidade patrimonial e administrativa. Porém, mesmo com três correntes acerca dos efeitos, a lei de improbidade administrativa traz que uma das condenações impostas ao réu é a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens.

Outro instituto aos quais os agentes públicos devem observar é a lei nº 8666/1993- lei de licitações. A lei estabelece normas gerais sobre as licitações e

²⁰⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Improbidade administrativa. São Paulo: Ed. GEN-Saraiva, 2019

²¹⁰ IDEM

²¹¹ Delgado, José Augusto- Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudencial sobre a lei de improbidade Administrativa

contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, locações e etc., no âmbito dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios²¹².

A lei já traz hipóteses de dispensa de licitação, sendo essas²¹³: 1-) Em situações de emergência: exemplos de Casos de guerra; grave perturbação da ordem; calamidade pública, obras para evitar desabamentos, quebras de barreiras, fornecimento de energia; 2-) Por motivo de licitação frustrada por fraude ou abuso de poder econômico: preços superfaturados, neste caso pode-se aplicar o artigo 48 parágrafo 3º da Lei 8666/93 para conceder prazo para readaptação das propostas nos termos do edital de licitação; 3-) Intervenção no Domínio Econômico: exemplos de congelamento de preços ou tabelamento de preços; 4-) Dispensa para contratar com Entidades da Administração Pública: Somente poderá ocorrer se não houver empresas privadas ou de economia mista que possam prestar ou oferecer os mesmos bens ou serviços. Exemplos de Imprensa Oficial, processamento de dados, recrutamento, seleção e treinamento de servidores civis da administração. 5-) Contratação de Pequeno Valor: Materiais, produtos, serviços, obras de pequeno valor, que não ultrapassem o valor estimado por lei para esta modalidade de licitação. 6-) Dispensa para complementação de contratos: Materiais, produtos, serviços, obras no caso de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido. 7-) Ausência de Interessados: Quando não tiver interessados pelo objeto da licitação, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas em edital. 8-) Imóvel destinado a Administração: Para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia. Deverá a Administração formalizar a locação se for de ordem temporária ou comprá-lo se for de ordem definitiva. 9-) Gêneros Perecíveis: Compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis durante o tempo necessário para a realização do processo licitatório correspondente. 10-) Ensino, pesquisa e recuperação social do preso: Na contratação de instituição brasileira dedicada a recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos na aplicação de suas funções. 11-) Acordo Internacional: Somente para aquisição de bens quando comprovado que as condições ofertadas são vantajosas para o poder público. Obras de Arte e Objetos Históricos: Somente se justifica a aplicação da dispensa de licitação se a finalidade de resgatar a peça ou restaurar for de importância para a composição

²¹² Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993- Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

²¹³ <https://www.licitacao.net/o-que-e-dispensa-de-licitacao>

do acervo histórico e artístico nacional. 12-) Aquisição de Componentes em Garantia: Caso a aquisição do componente ou material seja necessário para manutenção de equipamentos durante o período de garantia. Deverá a Administração comprá-lo do fornecedor original deste equipamento, quando a condição de exclusividade for indispensável para a vigência do prazo de garantia. 13-) Abastecimento em Trânsito: Para abastecimento de embarcações, navios, tropas e seus meios de deslocamento quando em eventual curta duração, por motivo de movimentação operacional e for comprovado que compromete a normalidade os propósitos da operação, desde que o valor não exceda ao limite previsto para dispensa de licitação. 14-) Compra de materiais de uso pelas forças armadas: Sujeito à verificação conforme material, ressaltando que as compras de material de uso pessoal e administrativo sujeitam-se ao regular certame licitatório. 15-) Associação de portadores de deficiência física: A contratação desta associação deverá seguir as seguintes exigências: Não poderá ter fins lucrativos; comprovar idoneidade, preço compatível com o mercado.

É máster frisar que podem os particulares e terceiros também respondem pela lei quando infringirem a probidade administrativa, exemplo esse, forjar licitações, em conjunto com os agentes, conforme disposto no artigo 3º da Lei de Improbidade administrativa,²¹⁴ “Art. 3º - As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

Feitas as considerações sobre a ação de improbidade administrativa e as penas trazidas pela LIA (Lei de Improbidade Administrativa), segundo José Augusto Delgado²¹⁵ existem três possíveis correntes, a primeira que entende que é cível no sentido lato, englobando a questão patrimonial e administrativa, a segunda corrente conteúdo penal e a terceira corrente eclética, pois a depender da autoridade que for chamada para integrar o polo passivo da ação, terá a natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa.

A jurisprudência do STJ afastou a corrente de natureza penal, pois a LIA, cuida de reparar atos de improbidade administrativa contra a administração pública por via específica, não se confundido com a via penal comum, além disso, tem como uma das suas penas a reparação ao erário, ou seja sanção de natureza civil, e, tem também, a sanção política.

214 “Art. 3º - As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”(Lei de Improbidade administrativa)

215 Delgado, José Augusto- Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudencial sobre a lei de improbidade Administrativa

Outro argumento utilizado para “descaracterizar a natureza penal estaria contida no artigo 8º, que dispõe que: “O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança””. Como sabemos, no âmbito do direito penal, nenhuma pena passará do condenado.

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Melo²¹⁶:

“Em casos de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o servidor público ficará sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 33, § 4º), sendo imprescritível a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário (art. 37, § 5o).

Com isso podemos observar que a discussão acerca da natureza jurídica da ação ocorre ao redor do tipo de sanção aplicada na própria Lei de Improbidade, a natureza penal hoje é corrente minoritária, sendo que, a corrente que abarca a natureza civil em sentido lato parece ser a mais adequada na medida em que a lei traz, na maioria dos casos, uma violação de natureza patrimonial, que será corrigida com a reparação ao erário, e, as vezes, uma sanção administrativa, como a suspensão dos direitos políticos.

Para confirmar o exposto acima, mostraremos que:²¹⁷

“A Lei 8.429/1992 arrola no art. 12 as sanções civis típicas contra atos de improbidade administrativa. Convém obtemperar que ela só estabelece sanções pessoais aos autores, beneficiários ou partícipes de atos ímprobos, o que não impede a imposição de provimentos jurisdicionais em face do próprio ato jurídico impugnado. Antes de sua edição, as sanções civis relativas à prática de ato de improbidade administrativa – para além do domínio da ação popular – se restringiam à perda de bens amealhados ilicitamente, como previsto na Lei 3.164/1957 e na

²¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 6. ed. Silo Paulo: Malheiros, 2013.

p.135.

²¹⁷<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>

Lei 3.502/1958 – conquanto esta última permitisse cumulativamente o ressarcimento integral do dano. As sanções civis contra o ato de improbidade administrativa são (a) a perda de bens, (b) a perda da função pública, (c) a suspensão temporária dos direitos políticos, (d) o pagamento de multa civil, (e) o ressarcimento do dano, e (f) a proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Destas, só constam do § 4º do art. 37 da Constituição de 1988 a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos e o ressarcimento do dano. A Lei 8.429/1992 acrescentou outras como o pagamento de multa civil, a proibição de contratação com o Poder Público ou do recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, e a perda de bens ou valores ilicitamente acrescidos.

Importante observação foi feita por Amir José Finocchiaro Sarti, Lia Sarti e Cauê Simon²¹⁸ ao mencionar que com uma leitura desatenta do artigo 17, parágrafos 7º e 12 da Lei 8.429/92 podem levar à ideia de que a ação de improbidade administrativa possui uma natureza penal ou mista, como já mencionei acima cerca da própria LIA em si.

Primeiro, porque este dispositivo legal se encontra no Capítulo III, cujo título significativamente é “Das penas”; segundo, porque o parágrafo 7º permite o oferecimento de uma defesa prévia, fase característica dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos prevista no Código de Processo Penal (art. 514); e terceiro, porque o parágrafo 12 remete o operador do direito ao artigo 221 do Código de Processo Penal. Porém, analisando o artigo 37, § 4º da Constituição Federal não há como deixar de compreender que a ação de improbidade administrativa tem natureza estritamente civil, pois não descarta a possibilidade da propositura de uma ação penal, utilizando a expressão “sem prejuízo da ação penal cabível”. Assim, as penalidades previstas tanto na Constituição Federal quanto na própria Lei 8.429/92 caracterizam-se como sanções civis, pelo que o agente público ímprobo está sujeito à responsabilização civil e também penal, cumulativamente.

Além disso, Arlete Inês Aurelli²¹⁹ comenta que, segundo uma corrente doutrinária, a ação de improbidade administrativa possui regime e objetivos próprios,

218 SARTI Jose Finocchiaro, SARTI, lia e SIMON Cauê – Natureza Jurídica da Ação de Improbidade Administrativa- Legal nature of action administrative misconduct

219 AURELLI, Arlete Inês. Condições para o exercício da ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013.

na medida em que a proteção do erário público não constitui interesse difuso. Ademais, o artigo 17 da Lei 8.429/92 teria estabelecido o rito ordinário, distanciando assim a ação de improbidade da ação civil pública propriamente dita. Contudo, para a citada doutrinadora, a adoção do rito ordinário na ação de improbidade administrativa apenas tem o condão de privilegiar o princípio constitucional do contraditório, ampliando a possibilidade de defesa dos réus.

CONCLUSÃO

A primeira e mais importante conclusão que extraímos de toda a explanação acima é que não podemos confundir direitos fundamentais com garantias constitucionais.

Enquanto os direitos fundamentais constituem, na atualidade, um conceito mais abrangente, englobando os direitos humanos universais e os direitos nacionais do cidadão e possuem uma reserva de direitos que não podem ser atingida pelo Estado permitindo um feixe de direitos e garantias que não poderão ser violados por nenhuma das esferas do Poder Público, e possuem como exemplo, direito à vida, à locomoção estando disciplinados e no artigo 5º da Constituição Federal, podendo ser divididos em primeira, segunda, terceira e quarta geração frisando que no § 2º há a determinação de que direitos e garantias constitucionalmente expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados na Constituição Federal, e, também, dos tratados internacionais de que a nossa República faça parte e não são absolutos. As garantias por sua dão base e subsídios para uma maior constitucionalização do processo civil e dos próprios direitos fundamentais. Possuem então função assecuratória dos direitos, ou seja, visam o real cumprimento de um direito. Assim, é importante enfatizar que as principais garantias constitucionais são os conhecidos remédios constitucionais, quais sejam, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, mandado de segurança e ação popular, todos previstos também no artigo 5º da Constituição Federal. Assim, diferentemente de um direito, os remédios constitucionais exercem a função de garantia, podemos ilustrar que a garantia constitucional do habeas corpus, visa assegurar o direito fundamental de locomoção, a garantia Mandado de Segurança, visa proteção do direito líquido e certo de maneira subsidiária.

O artigo trouxe a discussão acerca do remédio Mandado de Segurança mostrando que este visa proteção do direito líquido e certo não amparado por habeas data ou habeas corpus, previsto no Artigo 5º LXIX e com caráter residual, destinando-se a tutela de direito individual, coletivo, ou difuso, ameaçado ou lesado por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Sua normatização encontra-se na L 12016/2009. O remédio é colocado à disposição de pessoa física ou jurídica, pública ou privado. Mostrando também que o Mandado de Segurança coletivo não se trata de ação diferente do Mandado de segurança Individual, apenas se presta à tutela de direito difuso, coletivo

ou individual, mas os requisitos de direito material para concessão de Mandado de Segurança Coletivo são os mesmos do individual, tendo também o mesmo procedimento.

Adentamos da discussão acerca da natureza jurídica do Mandado de Segurança para mostrar que a natureza jurídica do remédio contra ato judicial segundo Cássio Scarpinella Bueno deve ser entendida como um “sucedâneo recursal” no sentido de “medida que, embora não seja definido pela lei processual civil como recurso, desempenha finalidade similar, e no que lhe diz respeito, até mesmo, idêntica a de um recurso”.

Além disso, a doutrina majoritária o elegeu a natureza jurídica como ação, mas com relação a discussão sobre a espécie, continua tendo divergências, pois há quem considere como ação constitutiva, outros ação mandamental, neste entendimento e, além dessas espécies, outros entendem como ação executória.

Alfredo Buzaid: entende que o que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido formulado pelo impetrante, que pode ser: meramente declaratório; constitutivo; condenatório, mas é importante ressaltar que as Súmulas 269- “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, e 271 - “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação ao período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”, do STF, apontam no sentido da impossibilidade dos chamados “efeitos condenatórios” do mandado de segurança, ao menos no que tange ao período anterior à impetração

Em razão disto, pode-se dizer que, do elenco organizado por Pontes de Miranda, só o mandado de segurança seria uma ação propriamente mandamental; as demais seriam impropriamente mandamentais, porque o órgão estatal incumbido do cumprimento do mandado não é o órgão que teria violado ou ameaçado violar o direito do demandante” .

Considerando que no mandado de segurança jamais poderá prescindir o mandamento mesmo a posterior expedição do mandado, ofício a ser a ela entregue, é consequência formal da ordem emanada pelo juiz, conforme dispõe o art. 11da Lei do Mandado de Segurança, julgado procedente o pedido, “o juiz transmitirá em ofício (...) o inteiro teor da sentença à autoridade coatora”. A corrente que entende que a natureza jurídica é ação mandamental, parece ser a mais adequada e justificável.

A discussão acerca da natureza jurídica da ação de Improbidade Administrativa também transcende de visões diferentes existindo três possíveis correntes, a primeira que entende que é cível no sentido lato, englobando a questão patrimonial e

administrativa, o segundo corrente conteúdo penal e a terceira corrente eclética, pois a depender da autoridade que for chamada para integrar o polo passivo da ação, terá a natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa.

A jurisprudência do STJ afastou a corrente de natureza penal, pois a LIA cuida de reparar atos de improbidade administrativa contra a administração pública por via específica, não se confundido com a via penal comum, além disso, tem como uma das suas penas a reparação ao erário, ou seja, sanção de natureza civil, e, tem também, a sanção política.

Celso Antônio Bandeira de Mello, autor das obras de direito administrativo, principal ramo do qual deriva a LIA (Lei e Improbidade Administrativa), mostrou que em casos de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o servidor público ficará sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 33, § 4º), sendo imprescritível a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário (art. 37, § 5o), assim deixou claro o caráter subsidiário de natureza penal da LIA.

Com isso, a corrente que abarca a natureza civil em sentido lato parece ser a mais adequada na medida em que a lei traz, na maioria dos casos, uma violação de natureza patrimonial, que será corrigida com a reparação ao erário, e, às vezes, uma sanção administrativa, como a suspensão dos direitos políticos.

A Lei 8.429/1992 arrola no art. 12 as sanções civis típicas contra atos de improbidade administrativa. Convém obtemperar que ela só estabelece sanções pessoais aos autores, beneficiários ou partícipes de atos ímprobos, o que não impede a imposição de provimentos jurisdicionais em face do próprio ato jurídico impugnado.

Isto posto, fica demonstrado que garantias constitucionais são instrumentos que asseguram, dentre outras coisas, o exercício de direitos. Exemplo dado pelo remédio constitucional Mandado de Segurança, instrumento que assegura o direito líquido e certo não amparado por Habeas Corpus ou Habeas Data e que tem como natureza jurídica ação mandamental, embora isso não seja pacificado, nem todos entendem da mesma forma.

A natureza jurídica da ação de improbidade Administrativa quando observamos que analisando o artigo 37, § 4º da Constituição Federal não descarta a possibilidade da propositura de uma ação penal, utilizando a expressão "sem prejuízo da ação penal cabível". Assim, as penalidades previstas tanto na Constituição Federal quanto na própria Lei 8.429/92 caracterizam-se como sanções civis, pelo que o agente público ímprobo está sujeito à responsabilização civil e também penal,

cumulativamente, passavam a compreender que a ação de improbidade administrativa tem natureza estritamente civil, rechaçando a corrente que enxerga como natureza de ação penal.

REFERÊNCIAS

___ “Art. 3º - As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”(Lei de Improbidade administrativa)

___ Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993- Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

___ <https://www.licitacao.net/o-que-e-dispensa-de-licitacao>

___ <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>

___ Art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 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:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

ABBOUD, Georges- Processo Constitucional Brasileiro- 2º edição- revista atualizada e ampliada- Revista dos Tribunais

AURELLI, Arlete Inês. Condições para o exercício da ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013.

AURELLI, Arlete Inês. O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 151.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2014

- BRUNIALTTI, Attilio. Guia para o Estudo do Direito Constitucional, p. 148, 1995.
- BUZAID, Alfredo- Do mandado de segurança, vol. I, p. 76.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992
- Delgado, José Augusto- Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudencial sobre a lei de improbidade Administrativa
- LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. Revista de Processo, vol. 116, julho – agosto/2004, p. 30. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho- Sentença Mandamental- Academia Brasileira de direito processual Civil
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Improbidade administrativa. São Paulo: Ed. GEN-Saraiva, 2019
- SARTI Jose Finocchiaro, SARTI, lia e SIMON Cauê – Natureza Jurídica da Ação de Improbidade Administrativa- Legal nature of action administrative misconduct

A CULPABILIDADE DOS PSICOPATAS NO DIREITO PENAL: O LIMIAR ENTRE A INSANIDADE MENTAL E O DESEJO DE MATAR

GABRIELA SANDRIN DATORE:
Bacharelanda em Direito, Universidade
Brasil.

MARCO ANTONIO COLMATI LALO

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho versa a respeito da forma que os casos de psicopatias e assassinos em série são tratados na legislação penal brasileira, levando em conta os fatores biológicos, psicológicos e sociais que podem levar a pessoa a cometer um delito, tornando evidente que urge uma necessidade de um tratamento e análises mais sistemáticas de alguns casos para que o sistema penal cumpra sua função de ressocialização, quando possível, de detentos e em casos onde fica provado que o réu oferece risco, caso seja colocado em liberdade, receba o tratamento adequado. Foi realizada uma análise de forma transdisciplinar na intenção de elucidar alguns pontos relacionados a real motivação de algumas condutas previstas no ordenamento jurídico penal como crimes contra a vida e afins. Para tal análise detalhada, trabalhou-se com casos concretos que demonstram tanto o *modus operandi* dos réus como a forma que a justiça tratou cada caso, o que permitiu ter um real panorama das falhas da justiça nos tratamentos de casos onde os crimes hediondos cometidos contra diversas vítimas, causadas pela conduta displicente em relação à análise real do problema.

Palavras chaves: Psicopatia; Imputabilidade; Serial Killers.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A PSICOPATIA. 1.1 Conceito de Psicopatia. 1.1.1 Danos Cerebrais, Condutas Violentas e o Perfil do Psicopata. 2 A CULPABILIDADE DO PSICOPATA E O SISTEMA PENAL. 2.1 Teorias da Culpabilidade. 2.1.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade. 2.1.2 Teoria Psicológica – Normativa. 2.1.3 Teoria Normativa Pura. 2.2 Teorias da Imputabilidade. 3 INSANIDADE MENTAL. 4 CASOS CONCRETOS DE PSICOPATAS NO BRASIL. 4.1 Caso Chico Picadinho. 4.2 Caso Maníaco do Parque. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A evolução dos meios de comunicação colaborou com a disseminação de informações a respeito de crimes hediondos que chocam a população, devido ao grau de crueldade e frieza com que são praticados. Muitos ao verem tais casos se questionam o porquê de determinada ação, pré-julgando o autor do crime com base no que a mídia divulga ou em boatos que se espalham nas redes sociais, sem avaliar

que existem inúmeros fatores que podem ser a razão para o cometimento de crimes, como a psicopatia por exemplo.

O termo susodito, psicopatia, é cercado de inúmeros preconceitos por parte da sociedade e encarado de forma um tanto quanto “mistificada”, tornando o tema um grande tabu que deve ser discutido à luz da psicologia e ciências jurídicas na intenção de encontrar as formas mais adequadas de lidar com delitos causados por portadores desse transtorno.

Psicopatas, de uma forma geral, representam um grande risco à sociedade por seus comportamentos e sua postura sem empatia, o que os torna capazes de qualquer ação para atingir seus objetivos, sem que se importe com as consequências a terceiros.

O presente trabalho visa discutir, sem a intenção de esgotar o assunto, a psicopatia enquanto patologia mental e suas influências nos atos criminosos cometidos por psicopatas e as formas que o ordenamento jurídico penal pátrio trata tais casos. Para isso, tomaremos como estudo de caso casos de psicopatas realizando uma análise com parâmetros na psicologia forense, dentro do ambiente da transdisciplinaridade, para entender o que motivava tais crimes para posteriormente analisar o tratamento que o judiciário concede a esses casos. A necessidade do questionamento a respeito da forma que o sistema legal brasileiro encara a psicopatia é mister, levando em conta as lacunas presentes no código penal e legislação extravagante.

O método que embasa é o presente trabalho é o de pesquisas bibliográficas e documentais, artigos científicos e também notícias e artigos de jornais e revistas a respeito de casos que ganharam notoriedade no cenário nacional.

O primeiro capítulo versará a respeito da psicopatia do ponto de vista da medicina, enquanto transtorno mental. Essa definição torna-se necessária, tendo em vista que por se tratar de um assunto que extrapola os limites da esfera criminal, é preciso buscar compreender de fato a psicologia com base nos estudos de psicólogos e psiquiatras para posteriormente enquadrar as definições de especialistas nos casos analisados.

Posteriormente avaliar-se-á crimes praticados por psicopatas com o intento de compreender – de acordo com a ciência – as motivações do crime e avaliar a forma de tratamento dado aos casos pelos magistrados e colegiados (Supremos Tribunais). Essa arguição contribuirá para a problematização necessária dos institutos legais e preceitos penais, visando uma melhor adequação do sistema penal aos casos de psicopatas, garantindo um julgamento e punições justas para sua situação, conforme preconizado na carta magna.

1 A PSICOPATIA

A medicina enquadra a psicopatia dentro da Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10. Entretanto, os especialistas afirmam que esse diagnóstico só pode ser comprovado quando o indivíduo completa 18 anos, pois é quando o *modus operandi* que caracterizam a psicopatia se tornam mais frequentes – ainda que estes tenham se manifestado durante a fase da infância e adolescência. Para Cardoso (2014), o comportamento do psicopata é, via de regra, “anti-social”²²⁰, não se importando com as regras sociais impostas pela sociedade, o direito de outros, ainda para Marsh (2013), os psicopatas não costumam apresentar respostas emocionais pelo fato destas não existirem ou serem mitigadas.

Dado todas as características supracitadas, ao falarmos de psicopatia muitas pessoas imaginam um estereótipo de uma pessoa louca, um assassino em série e um criminoso frio, que perambula pelas ruas em busca de suas vítimas como se estivesse em um tipo de “transe” que só será finalizado ao cumprir sua tarefa delituosa. Todavia, para a ciência, o psicopata não necessariamente precisa apresentar as características cinematográficas que vemos nos *Blockbusters* de Hollywood, muito pelo contrário, eles podem ser pessoas acima de qualquer tipo de suspeita, como preconiza Huss (2011)

Os psicopatas não são apenas aqueles que cometem os atos criminosos mais hediondos que podemos pensar e acabam na prisão. Eles podem morar naquela casa no final da rua. Eles podem trabalhar na mesa ao lado da sua ou até mesmo atuam como o político em quem você votou (HUSS, 2011, p.90).

Para que a discussão a respeito objeto de estudo do presente trabalho seja profícua, dando assim o alicerce necessário para a compreensão das ideias doravante apresentadas e defendidas, é imperioso a necessidade de uma análise minuciosa do que a ciência nos apresenta como as características comportamentais mais comuns dos psicopatas para que, dessa forma, consigamos ter uma dimensão da real necessidade das adaptações que o ordenamento jurídico pode fazer para que o Estado exerça o *ius puniendi* com a moderação necessária.

1.1 Conceito de Psicopatia

A partir dessa etapa serão apresentados os prolegômenos que tanto a psicologia quanto a psiquiatria nos apresentam a respeito do psicopata. Como dito precedentemente, para uma perquirição eficaz do tema será necessário transitar entre

²²⁰ Esse termo não é usado no sentido de falta de contato com a sociedade, como poderia ser deduzido à primeira vista. Cf. LEE, Jessica H. PHILL, M. -- The Treatment of Psychopathic and Antisocial Personality Disorders: A Review, p. 1

diversas disciplinas usando o conceito de transdisciplinaridade em oposição ao famigerado conceito de interdisciplinaridade, seguindo o entendimento de Petraglia (2000) que preconiza que

A interdisciplinaridade controla as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer a sua soberania territorial, e, à custa de algumas magras trocas, as fronteiras se confirmam, em vez de se desmoronarem (PETRAGLIA, 2000, p.74 *apud* Freitas, 2015, p.59).

por fazer coro a tal entendimento e entender que o saber não se constrói pautado apenas num campo de pesquisa e conhecimento, recorrer-se-á à epistemologia referente à saúde mental e patologias relacionadas a esta.

Para Mira e Lopez (2005), a análise do psicopata dentro do campo da psicanálise acredita que a agressão nasce de conflitos internos do indivíduo, e vai além, ao partir do pressuposto que o crime acontece quando três estâncias mentais (id – forças irracionais e inconscientes; ego – forças racionais, lógicas e derivadas da experiência e educação; superego – forças surgidas do processo de introjeção, coercitivas e punitivas) entram em conflito. Ainda de acordo com a psicanálise, Dias e Andrade (1984) afirmam:

[...] o crime exprime uma perda do poder inibitório do Super-ego em relação ao Ego, que fica, assim, livre para obedecer às exigências do Id. O crime significa, em noutros termos, uma fuga à vigilância do 'juiz interior' por parte do delinquente que vive em cada homem. (DIAS; ANDRADE, 1984, p.193)

Partindo desse entendimento, Dias e Andrade (1984) afirmam que, mesmo que a prática do crime tenha como meta a satisfação de instintos libidinosos (ainda que de forma simbólica), é importante lembrar que todos possuem um delinquente em potencial dentro de si, entretanto não significa que todos irão mais dia ou menos dia cometer algum tipo de delito. Esse fato mostra que há uma constante pressão interna no que tange à luta em reprimir esses impulsos que não conseguem ultrapassar a barreira da moral e ética para se manifestar e acaba por buscar algumas válvulas de escape definidas como “[...] mecanismos psicológicos de defesa [...]” (FIORELLI; MANGINI, 2009, p.49), dos quais podemos citar para exemplificação deslocamento; fantasia; identificação; negação da realidade; racionalização; regressão; projeção; idealização; entre outros. A respeito dessa linha tênue de comportamentos, Myra e López (2005) determinam que:

[...] do equilíbrio entre aqueles e estes resulta a conduta normal da personalidade; um ligeiro predomínio de qualquer deles e já

nos encontramos diante de um tipo de personalidade mal preparada para a vida social e, por conseguinte, apta para entrar em conflito com as leis e consigo mesma. (MIRA; LÓPEZ, 2005, p.62).

Como podemos deduzir frente ao que a ciência nos apresenta, um psicopata tem – via de regra – que lidar com inúmeros impulsos internos que podem ferir objetos jurídicos tutelados. Esses impulsos muitas vezes começam ainda na infância e adolescência e podem ser estimulados por experiências traumáticas, como preconiza Johnson (2005), crianças e jovens que foram submetidas a abusos físico-psicológicos, negligência, doença mental parental, punição excessiva e agressiva; tendem a ser mais vulneráveis à presença de traços ou sintomas de personalidades. Dito isso, é necessário deixar claro que situações como essa não justificam determinados comportamentos, entretanto podem explicar algumas situações – nesse caso podemos citar o criminoso que ficou conhecido como “Maníaco do parque” (Francisco de Assis Pereira) que alega ter sido abusado por uma tia como uma de suas justificativas aos delitos de estupro e homicídio por ele cometidos na década de 1990.

Além de situações como as anteriormente citadas, a ciência tem feito inúmeras descobertas a respeito da relação entre os danos cerebrais e comportamentos delinquentes, como afirma Trindade “Com efeito, as modernas técnicas de neuroimagem estão confirmando antigas hipóteses de uma correlação entre comportamento delincente e alterações no lobo frontal e temporal, em estruturas subcorticias como a amígdala e o hipocampo” (TRINDADE, 2012, p.150).

1.2 Danos Cerebrais, Condutas Violentas e o Perfil do Psicopata

Estudos de Raiane e Sanmartín (2002) a respeito de criminosos impulsivos acabaram por demonstrar que o córtex pré-frontal dos participantes apresentava taxas de atividade menores do que das pessoas normais. Del Pino e Werlang (2004) afirmam que “No que se refere aos estudos dos chamados crimes violentos (como sexuais e homicídios) há importantes indícios de uma base neurobiológica propulsora de condutas agressivas/violentas e criminosas”.

Alguns outros estudiosos também traçaram a recensão entre danos físicos no cérebro e as condutas violentas. Dentre esses podemos destacar Foster, Hillbrand e Silverstein (1993), que apresentaram o baixo desempenho em medidas neuropsicológicas sem detentos que haviam cometido crime violento e apresentavam alta frequência e severidade de conduta agressiva durante internação em hospital penitenciário.

Martell (1992), afirma que 84% dos 50 pacientes psiquiátricos estudados (de um hospital penitenciário para infratores com distúrbios mentais) mostravam ter pelo

menos um indicador potencial de disfunção cerebral e 64% exibiam múltiplos indicadores.

Ainda, Raine, Buchsbaum e LaCasse (1997) examinaram 41 homicidas utilizando técnicas de neuroimagem. Ao comparar os resultados obtidos com os do grupo controle, os primeiros apresentaram processos cerebrais disfuncionais nas regiões subcortical e cortical.

2 A CULPABILIDADE DO PSICOPATA E O SISTEMA PENAL

De acordo com Capez (2012), a culpabilidade é a possibilidade de considerar alguém culpado pela prática do crime. Jesus (2020) preconiza que a culpabilidade é a ligação subjetiva do autor com o resultado e ainda determina que “[...] a culpa tem um elemento normativo: a censurabilidade da conduta, a reprovabilidade do comportamento”.

O conceito de culpabilidade não está claro no ordenamento penal pátrio e ainda é motivo de discussão entre doutrinadores pois, alguns creem ser essa é um conceito de crime, outros enxergam como pressuposto de pena, outros ainda como fator de juízo de valor – como determina Bitercourt “Tradicionalmente, a culpabilidade é entendida como um *juízo individualizado* de atribuição de responsabilidade penal” (BITENCOUT, 2020, p.970).

Para compreender de fato o que é culpabilidade e sua relação com objeto de pesquisa que norteia o presente trabalho, será necessário uma análise de algumas teorias a respeito da culpabilidade, com o intento de delimitar as linhas que unem a culpabilidade no fato típico e antijurídico praticados por psicopatas com a forma que os órgãos de justiça julgam tais situações.

2.1 Teorias da Culpabilidade

Ao tratar a respeito dos antecedentes das teorias de culpabilidade, remontamos ao Direito Penal italiano da Idade Média, bem como à doutrina do Direito Comum, criada nos séculos XVI e XVII. Bittencourt afirma que

O Direito Natural, do qual Puffendorf (1636-1694) é reconhecido como autêntico representante, apresenta a primeira aproximação à teoria da culpabilidade, partindo da ideia de *imputação*, que corresponderia à atribuição da responsabilidade da ação livre ao seu autor, ou seja, atribuíam-se a responsabilidade penal àquele que, livremente, praticasse a ação. (BITENCOURT, 2020, p.979).

Além dessa teoria preconizada por Puffendorf (1636-1694), com o passar do tempo outras teorias surgiram, como a dos *hegelianos*, que traziam o entendimento da imputação subjetiva, justificada no fato de que o indivíduo, por sua própria escolha, afastava-se da vontade geral, ou seja, da lei. Todavia esse conceito entrou em declínio a partir da segunda metade do século XIX, dando espaço para a teoria preconizada por Von Liszt que fazia distinção entre a antijuridicidade e a culpabilidade. Tal transformação deu-se durante o ápice do método positivista no campo das ciências sociais, fato que contribuiu de forma ímpar para o surgimento da teoria psicológica da culpabilidade.

2.1.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade

Essa teoria está intimamente ligada ao que ficou conhecido como *naturalismo-causalista*, ambos os conceitos fundamentados no positivismo do século XIX. Von Lizts defendia a ideia de que “culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou” (Von Lizts, 1927, p.375), destarte, de acordo com Bitencourt (2020), a culpabilidade é a relação subjetiva do autor com o fato, proveniente de sua mente. Todavia, não podemos pressupor que a teoria psicológica da culpabilidade, nos moldes susoditos, fosse cronologicamente a primeira a surgir, pois, na Roma Antiga já havia uma teoria com mais riqueza de ideias e detalhes que tratava da vontade, previsão e consciência da ilicitude, o que fazia a distinção entre o *dolusmalus* e o *dolusbonus*.

2.1.2 Teoria Psicológica – Normativa

Criada por Reinhard Frank, a teoria psicológico – normativa faz com que a culpabilidade deixe de ser um fenômeno meramente natural, de cunho psicológico e passa a ter um novo elemento que, inicialmente, será chamado de normalidade das circunstâncias concomitantes, posteriormente de motivação normal, atualmente esse fenômeno é definido como exigibilidade de conduta diversa. Na cosmo visão dessa teoria, a imputabilidade deixa de ser um pressuposto da culpabilidade para atuar como seu elemento, ainda de acordo com Masson:

O conceito de culpabilidade assume um perfil complexo, constituído por elementos naturalísticos (vínculo psicológico, representado pelo dolo ou pela culpa) e normativos (normalidade das circunstâncias concomitantes ou motivação normal)(MASSON, 2020, p.629).

Bitencourt determina ainda que “Circunstâncias anormais afastariam a reprovabilidade da conduta” (Bitencourt, 2020, p.986). Analisando essa afirmação, pode-se pressupor, a título de exemplo, que o instituto da legítima defesa presente

em nosso código penal encaixa-se perfeitamente dentro de tal teoria, pois a doutrina ainda afirma que

Frank foi reelaborando nas sucessivas publicações de seus comentários ao Código Penal alemão; de “circunstâncias acompanhantes normais” passa para “motivação normal” e, por último, somente à consideração das “causas de exclusão da culpabilidade” (BITENCOURT, 2020, p.986).

Freudenthal (1919), outro importante contribuinte dessa teoria, suscitava ainda a ideia de que a exigibilidade da conduta era o elemento que separava a culpabilidade da inculpabilidade, pois para ele a culpabilidade era a desaprovação do comportamento do autor quando havia possibilidade de comportar-se de outra forma. Dias ainda era mais provocativo ao questionar

Mas o que é censurável? Um acto no seu puro conteúdo externo-objectivo ou também na sua qualidade de desvalor jurídico? Uma certa conformação da vontade do seu autor? A perigosidade dele? Uma certa condução ou decisão da sua vida, uma defeituosa preparação ou formação de sua personalidade? Um certo carácter ou uma certa personalidade que no facto se exprimiu? E depois: o que é censurabilidade? O actuar-se contra o dever no pressuposto do poder de agir de outra maneira? Ou simplesmente um certo sentido objectivo do desvalor jurídico? Eis só algumas das perguntas que de forma mais próxima condicionam a relevância ou irrelevância da consciência da ilicitude como problema de culpa e às quais se não pode responder com o simples apelo a uma concepção da culpa como pura normatividade ou censurabilidade” (DIAS, 1987, p.143).

Portanto, seriam componentes da culpabilidade a imputabilidade, uma determinada relação dos autos com o fato (dolo ou culpa) e a ausência de causas especiais de exclusão da culpabilidade.

2.1.3 Teoria Normativa Pura:

Proveniente do finalismo de Welzel (1930), tornando-os inseparáveis. O que faz obrigatório a adoção do sistema finalista para o uso da teoria normativa pura.

Nessa teoria não se admite o dolo e culpa como espécies ou elementos da culpabilidade e sim como integrantes da ação de injusto

Asúa (1999) define a culpabilidade do finalismo da seguinte forma “a reprovação do processo volitivo: nas ações dolosas, a reprovabilidade da decisão de cometer o

fato; na produção não dolosa de resultados, a reprovação por não tê-los evitado mediante uma atividade regulada de modo finalista”.

Nessa teoria temos ainda a visão de que a conduta é reprovável ao levar em conta que o agente, ao ter determinada ação que fere os princípios tutelados pelo direito, poderia ter agido de modo diferente.

Sobre esse entendimento, Masson (2020) explica que “O dolo passa a ser natural, isto é, sem a consciência da ilicitude. Com efeito, o dolo é levado para a conduta, deixando a consciência da ilicitude na culpabilidade. Aquele vai para o fato típico, esta permanece no local em que estava”.

Para entender a teoria normativa é indeclinável alegar os conceitos de antijuricidade e culpabilidade dentro da visão normativa pura de acordo com a doutrina.

Para Bitencourt (2020), a antijuricidade é a relação entre a ação e ordenamento jurídico e a desconformidade entre ambos, ou, a realização da vontade não corresponder de forma objetiva com o que o ordenamento jurídico determina.

Todavia, ao tratar de culpabilidade, o autor determina “A culpabilidade, por sua vez, não se esgota nessa relação de desconformidade entre ação e ordem jurídica” (Bitencourt, 2020, p.1003), pois se espera do agente uma motivação e uma ação consoante à norma legal.

É nisso que se resume a culpabilidade, no “poder em lugar de”, por conseguinte, “poder agir de outro modo”.

É especificamente frente ao instituto do livre-arbítrio que encontra-se o fundamento da reprovação pessoal que depõe contra o agente que realizou determinada ação que se opõe ao Direito.

2.2 Teorias da Imputabilidade

O direito penal adota a teoria tripartida para que determinada ação seja considerada crime, sendo assim, o fato deve ser típico, ilícito e culpável. Para que uma conduta seja determinada culpável o agente deve ser imputável e na ausência desse requisito exclui-se a culpa e também a pena. Dito isso, analisaremos o que a lei e doutrina dizem a respeito do instituto presente no artigo 26 do CP e dessa forma buscar uma análise mais detalhada se a judicatura de fato adota os princípios necessários ao julgar o réu que apresente características de psicopatia.

Para a doutrina “Só é inimputável o sujeito que, em consequência de anomalia mental, não possui capacidade de compreender o caráter criminoso do fato ou de

determinar-se de acordo com essa compreensão” (Jesus, p.525,2020). Levando em conta que anteriormente foi demonstrado que as deficiências em regiões do cérebro podem sim causar a ausência de empatia ou de autocontrole sobre seus atos, o fator biológico manifesto em reflexos no psicológico do agente (demonstrado nos artigos 26, *caput*, e 28, § 1º) faz-se presente. A respeito desses dois aspectos, Bitencourt determina que

Devem reunir-se, portanto, no caso de *anormalidade psíquica*, dois aspectos indispensáveis: um *aspecto biológico*, que é o da doença em si, da anormalidade propriamente, e um *aspecto psicológico*, que é o referente à capacidade de entender ou de *autodeterminar-se* de acordo com esse entendimento. (BITENCOURT, 2020, p.1054).

Todavia, não há a adoção da inimputabilidade em casos assim, pois, seguindo o entendimento da doutrina, se o autor tiver capacidade intelectual de autodeterminação, esse deve ser considerado imputável (JESUS, 2020).

Muñoz Conde (1988), ao tratar sobre o instituto da inimputabilidade preconiza que “quem carece desta capacidade, por não ter maturidade suficiente, ou por sofrer de graves alterações psíquicas, não pode ser declarado culpado e, por conseguinte, não pode ser responsável penalmente pelos seus atos, por mais que sejam típicos e antijurídicos” (MUÑOZ CONDE, 1988, p.137), contudo, a doutrina deixa claro que a inimputabilidade e responsabilidade são institutos distintos, logo, ambos não devem ser julgados como uno ao avaliar um caso de psicopatia. A respeito dessa diferença, a doutrina traz o seguinte entendimento

Fala-se comumente em *imputabilidade diminuída*. A expressão é incorreta, pois o agente é *imputável*. Há diminuição da *responsabilidade* (a pena é diminuída) e não da *imputabilidade*. Assim, podemos falar em *responsabilidade diminuída* e não em imputabilidade diminuída (JESUS, 2020, p.527)

Fala-se ainda em três requisitos para que de fato haja diminuição da responsabilidade que são:

- Requisito causal – perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado;
- Requisito cronológico – ao tempo da ação ou da omissão;
- Requisito consequencial – falta de plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Dados esses fatores, fica claro que devido a sua anormalidade psíquica, o agente não tem o entendimento pleno do caráter ilícito do fato, portanto, é válida a diminuição de pena prevista no CP.

A capacidade psicológica do agente é manifesta por meio de seu entendimento e de sua vontade. Portanto, considera-se imputável todo aquele que no momento da conduta, possuía a capacidade de entender a ilicitude do fato e a capacidade de determina-se dentro desse entendimento. Sendo assim, a doutrina preconiza dois requisitos obrigatórios para a imputabilidade: intelectual e volitivo. O requisito intelectual trata sobre a capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato, enquanto o requisito volitivo versa a respeito da capacidade de dirigir o comportamento de acordo com o entendimento de que ele (comportamento) é reprovável socialmente, como determina Capez ao afirmar que

O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além desta capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputáveis não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento. (CAPEZ, 2014, p.326)

Há ainda um terceiro requisito discutido por Capez (2014), pautado no art. 26, *caput*, o desenvolvimento retardado

É incompatível com o estágio de vida em que se encontra a pessoa, estando, portanto, abaixo do desenvolvimento normal para aquela idade cronológica. Ao contrário do desenvolvimento incompleto no qual não há maturidade psíquica em razão da ainda precoce fase de vida do agente ou a falta de conhecimento empírico, no desenvolvimento mental retardado a capacidade não corresponde as expectativas para aquele momento da vida, que significa que pela potencialidade jamais será atingida (CAPEZ, 2014, p.335)

Há ainda outra forma de se analisar o indivíduo que comete o crime: o sistema psicológico. Nesse método de avaliação, nota-se claramente que não há uma preocupação se a constituição fisiológica cerebral do sujeito ativo – o que causaria a deficiência que pode contribuir para a ação criminosa – mas apenas a preocupação se de fato ao agente tinha consciência do potencial de ilicitude ao realizar o fato, mantendo atenção apenas no momento do crime.

Nesse sistema, toda a atenção estaria voltada única e exclusivamente para o momento do delito, ou seja, se o agente comete o crime sob forte emoção, segundo o que determina o sistema psicológico, ele seria inimputável. Por essa razão, o ordenamento jurídico penal não aceita tal método de análise, pois a forte emoção – citada anteriormente – não é aceita como causa de excludente de ilicitude.

Na falta de um dos requisitos, surge a inimputabilidade, pois há casos em que o sujeito está ciente do caráter ilícito do fato, todavia, não possui condições de vontade capazes de fazer com que deixe de praticá-lo – ou seja, não é necessária a combinação de ambas as condições para que se declare a inimputabilidade do agente, dado que o momento volitivo por vezes coloca-se em supremacia nos atos frente ao momento intelectual, fazendo com que o agente adote determinada conduta.

No caso dos agentes que se enquadrem no art. 26 do CP, onde por doença, desenvolvimento incompleto ou retardado, o indivíduo não tenha plena compreensão do caráter ilícito do fato, haverá aplicação de medida de segurança, conforme orientado nos artigos 373 a 380 do Código de Processo Penal (CPP). Dessas medidas, podemos citar como exemplo a internação do agente inimputável em hospital psiquiátrico ou tratamento ambulatorial no mesmo sentido.

Casoy (2014) determina que as diferenças entre o psicopata e o doente mental ficam evidentes nos crimes por eles cometidos. Os crimes cometidos por um psicopata são planejados, existe toda uma arquitetura até o momento da consumação do fato. Esse desenho de como se dará o fato faz com que o crime acabe sendo mais doloroso e cruel, levando em conta todo o planejamento homicida que vai desde a escolha do perfil da vítima até a consumação do ato, tomando todas as precauções para que rastros e vestígios sejam mitigados.

3 INSANIEDADE MENTAL

Nucci (2011) afirma que deverá ser realizado o exame mental sempre que houver alguma dúvida quanto a integridade da saúde mental do sujeito ativo do fato. Sendo assim, inicia-se um procedimento de incidente com o objetivo de apurar a imputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado tendo como base sua capacidade de entendimento a respeito da ação ilícita ou de determinação com tal compreensão à época do crime. Esse exame está previsto no art. 149 do CPP que determina:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Para que tal exame seja solicitado, na intenção de verificar a sanidade mental do acusado, devem haver motivos e provas contundentes nos autos que corroborem a necessidade de se provar a hipótese de que o agente não estava em pleno uso de suas faculdades mentais no momento do crime, todavia, se verificado que não existem argumentos ou provas que suscitem dúvidas a respeito da plena consciência do agente, essa solicitação pode ser negada.

A respeito dessa possibilidade presente no CPP, Nucci determina que “somente a dúvida razoável sobre integridade mental do acusado da margem a realização do incidente” (Nucci 2011, p.348). Essa afirmativa deixa claro que situações como reincidência, ausência de motivação para a prática do fato ilícito, reincidência ou testemunhas alegando a inimputabilidade do agente não são suficientes para que seja solicitada a perícia.

Já Trindade (2010) acaba contradizendo essa ótica ao determinar que enquanto houver dúvidas a respeito da sanidade mental do sujeito ativo, deve ser realizada sim a perícia.

É válido frisar que a solicitação desse tipo de perícia pode ser realizada a qualquer tempo no processo. Tal procedimento se mostra extremamente importante ao levar em conta que, caso de fato seja provada a insanidade mental do acusado no momento do crime, esse será considerado inimputável através do instituto da sentença absolutória imprópria e a este será imposto medida de segurança.

Contudo, caso fique claro que o agente tinha plena consciência do caráter ilícito do fato que praticava, responderá normalmente pelo crime praticado. Se ainda houver a hipótese de que, por condições pessoais, o agente não podia entender a ilicitude da conduta, aplica-se a redução de pena em 2/3 ou sofrer aplicação de medida de segurança, se assim o magistrado achar correto.

4 CASOS CONCRETOS DE PSICOPATAS NO BRASIL

Durante as pesquisas para a confecção do presente trabalho, tivemos como fonte importante de consulta o trabalho de Ilana Casoy para esclarecer alguns aspectos da mente de um psicopata. Estes são – via de regra – frios e sem compaixão

pelo próximo; incapazes de sentirem culpa pelos atos nefastos que praticaram com tamanha crueldade e vilania. Traremos agora alguns casos concretos de psicopatas que à época de seus crimes causaram grande comoção da população e clamor por justiça.

4.1 Caso Chico Picadinho

A alcunha acima pertence a Francisco Costa Rocha, nascido em 1942, fruto de um adultério. Aos 4 anos foi levado para uma fazenda de um dos empregados de seu pai e desde a tenra idade era mal visto pelos demais, tendo ganhado fama de “endiabrado” pois maltratava e matava os animais por mera diversão. Anos depois, quando sua mãe resolveu buscá-lo, Francisco mal se lembrava dela. Com o passar do tempo ele desenvolveu alguns problemas de saúde como asma, sangramento nasal recorrente e constates ataques de pânico.

Em 1966 conheceu Margareth Suida, que viria se tornar sua primeira vítima após uma longa noite de lubricidade. Francisco usou uma lâmina de barbear para retirar os mamilos de Margareth, além de remover sua genitália – processo denominado desfeminização – de acordo com Casoy (2014), o corpo parecia que havia passado por uma verdadeira dissecação. Francisco ainda tentou descartar as vísceras de sua vítima pelo vaso sanitário, porém não logrou êxito, decidindo então usar um balde para tal tarefa.

Pela desorganização na execução do crime, concluiu-se que este não fora premeditado.

Francisco foi preso no dia 05 de agosto de 1966 no Hotel Regente, localizado no Rio de Janeiro. Foi julgado e sentenciado a 18 anos de reclusão por homicídio qualificado, mais dois anos e seis meses de sentença por destruição de cadáver, contudo, teve sua pena comutada para 14 anos, quatro meses e 24 dias.

Na década de 70, Chico foi libertado por comportamento exemplar. Contudo, pouco tempo depois de ser solto, ele fez sua segunda vítima.

O crime cometido contra Ângela (2ª vítima) teve parte do *modus operandi* do primeiro, sendo cometido após ter relações sexuais com a ela. Chico estrangulou e retalhou a vítima, distribuindo os pedaços em sacos plásticos, uma mala e uma sacola para posteriormente descartá-los no rio Tietê, crendo que jamais seria descoberto – ledô engano.

Após encontrarem o segundo corpo, Chico foi condenado a 22 anos e seis meses de prisão por 4 votos a 3 no tribunal do júri. Em 1994 o Centro de Observação

Criminológica classificou Chico Picadinho como psicologicamente instável²²¹, intentando progredir o regime de pena para o semiaberto.

Em 1996 Chico Picadinho terminou o pagamento de sua sentença e deveria voltar a viver em liberdade. Todavia, a promotoria de Taubaté entrou com uma ação de interdição por conta do quadro mental do algoz. Ele foi transferido para a casa de custódia em Taubaté. A permanência de Chico na casa de custódia não se trata de *bis in idem* pois o que o impede de retornar ao convívio com a sociedade é uma ação no âmbito cível e não penal.

4. 2 Caso Maníaco do Parque

Francisco de Assis Pereira (vulgo Maníaco do Parque) nasceu no interior de São Paulo, na região de São José do Rio Preto, em 1968. Durante a infância foi abusado sexualmente por uma tia e quando adulto sofreu abuso de seu chefe que era homossexual.

Os crimes que cometeu foram sempre no mesmo cenário, num cenário de mata atlântica, no Parque do Estado – eis o motivo do apelido – no ano de 1998. As vítimas eram sempre mulheres jovens que Francisco abordava – Casoy denomina essa etapa do crime como “Fase da pesca” (2014, p.21 – em locais públicos, alegando ser um “agente de modelos”. Ludibriava suas vítimas com promessas vãs, além de bajulá-las com elogios para conquistar sua confiança. Propunha que a mulher fizesse algumas fotos em meio a natureza – Casoy chama essa etapa do crime de “Fase galanteadora” (2014, p.21) Após convencer as vítimas a irem para a suposta sessão de fotos, Francisco as levava na garupa de sua moto para o Parque do Estado – conhecida como “Fase da captura” (Casoy 2014, p.21) – e quando ele percebia que ambos estavam sós e isolados, ele estuprava e assassinava suas vítimas por estrangulamento – Fase do assassinato ou totem (CASOY, 2014, p.21).

Em 4 de julho de 1998 Francisco foi encontrado. Ele foi acusado por 7 mortes e 9 estupros, além dos crimes de roubo e ocultação de cadáver. Passou por 3 julgamentos e em todos a que foi submetido ele confessou ter assassinado 11 mulheres – apesar da perícia ter encontrado apenas 9 corpos – ele alegou que cometeu os crimes por “inspiração maligna”. Sua sentença final foi de 271 anos de prisão, porém a lei brasileira permite que penas de prisão sejam de no máximo 30 anos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

²²¹ Laudo emitido em 26AGO94, pela Dra. Dirce Marini, psiquiatra, Magaly Lazzetti Caliman, psicóloga, Ana Maria Manresa, assistente social e Mauro A. Cunha, estudo jurídico

Após longa perquirição, foi possível notar que nosso ordenamento jurídico ainda enfrenta dificuldades para lidar da forma correta com casos de psicopatia, tendo em vista que a identificação desse tipo de agressor ainda carece de mais profissionais especializados dentro do campo das ciências forenses. Tal problema deve ter prioridade na correção, pois o despreparo para lidar com a questão dos assassinos em série que cometem crimes por problema mentais pode onerar a sociedade de forma irreparável.

Há de se analisar também a possibilidade de uma reformulação da lei no que tange os homicídios, com intuito de possuir um *Ius puniedi* mais eficaz por parte do Estado, garantindo a segurança dos cidadãos. Os casos concretos expostos no presente trabalho mostram essa necessidade, pois pela descrição do *Modus Operandi* dos infratores, fica evidente que apenas o ordenamento jurídico vigente hodiernamente ainda não contempla, de forma cabal, a amplitude dos crimes cometidos por agentes que possuem distúrbios.

Nota-se também que transtornos de personalidade acabam não recebendo o cuidado necessário – seja por nossas leis, seja pela doutrina – o que causa problemas graves, seja pela aplicação de uma pena mais branda que colocará o criminoso em liberdade novamente, seja por uma pena mais severa a um agente que de fato possui sua *psiquê* corrompida por patologias mentais que o impedem de entender que seus atos são errados.

Urge a indispensabilidade de uma análise cautelosa de assassinos em série para a criação de prognósticos que determinarão o índice de probabilidade de reincidência – levando em conta o número de vítimas fatais até a data da captura e julgamento do réu – que será avaliado para decidir se de fato aquele agente terá condições de ser reintegrado ao convívio em sociedade. Em casos negativos, o Estado deve criar medidas para que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, para casos onde fique comprovado que a ação foi causada por algum distúrbio. Apenas abandonar o detento num hospital psiquiátrico ou casa de custódia sem a devida assistência mostra que infelizmente nossa justiça se importa apenas em punir, deixando as consequências de tal punição ao acaso, lançando os condenados à própria sorte. Tal ação está extremamente distante da real função do sistema punitivo em sua essência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Editor, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CASOY, Ilana. **Arquivos Serial Killers – Made in Brazil**. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2014.

CASTRO, Cláudia Isabel Bulha Almeida Carvalho de. **Da Imputabilidade Penal dos Psicopatas**. Tese (Mestrado Forense) Escola de Lisboa da Faculdade de Direito – Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2014

DIAS, Jorge de Figueiredo.; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

FIORELLI, JoséOsmir.; MANGINI, Rosana CathyaRagazzoni. **Psicologia jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009.

FOSTER, Hilliard G., HILLBRAND, Marc& Silverstein, Michael. **Neuropsychological deficit and aggressive behavior: A prospective study. Neuro-Psychopharmacologic & BiologicalPsychiatric**, 17, 939-946. 1993

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HUSS, Matthew. T., **Psicologia Forense: pesquisa, prática e aplicações**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MARTELL, A. D., Estimating the prevalence of organic brain dysfunction in maximum-security forensic psychiatric patients. **Journal of Forensic Sciences**, v.37, n.3, p. 878-893, 1992.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1 /13. ed.** – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MIRA Y LÓPEZ, Emílio. **Manual de psicologia jurídica**.2.ed. Campinas: LZN, 2005.

NUCCI, Guilherme. de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**.10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAINE, A. SANMARTÍN, J. **Violência y Psicopatía**. Ariel. 2 ed. Barcelona. 2002

TRINDADE, Jorge.**Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual, e ampi. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE DIREITO PRIVADO

DARA FREITAS DA SILVA: Graduada do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar a responsabilidade civil nas relações contratuais. Não há dúvida de que uma das relações jurídicas mais complicadas da sociedade moderna é a relação subordinada de trabalho. Responsabilidade contratual é a responsabilidade decorrente do não cumprimento de negócios jurídicos bilaterais ou unilaterais, ou seja, violações contratuais causadas pelo não cumprimento de obrigações contratuais, falta de cumprimento de obrigações ou atraso no cumprimento de quaisquer obrigações. A metodologia utilizada foi a de revisão bibliográfica, analisando autores modernos e contemporâneos.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil; Relações Contratuais; Direito Privado.

ABSTRACT: This paper aims to analyze civil liability in contractual relations. There is no doubt that one of the most complicated legal relationships in modern society is the subordinate labor relationship. Contractual liability is the liability arising from failure to comply with bilateral or unilateral legal transactions, that is, contractual breaches caused by non-compliance with contractual obligations, failure to comply with obligations or delay in fulfilling any obligations. The methodology used was that of bibliographic review, analyzing modern and contemporary authors.

Keywords: Civil Liability; Contractual Relations; Private right.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS ENTRE CONSUMIDOR E FORNECEDOR. 2.1 Conceitos de Consumidor. 2.2 Conceitos de produtos e serviços. 2.3 Princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. 2.3.1 Princípio da isonomia ou da vulnerabilidade do consumidor. 2.3.2 Princípio da Hipossuficiência. 2.3.3 Princípio da informação/transparência. 2.3.4 Princípio da confiança. 2.3.5 Princípio da boa-fé objetiva. 2.3.6 Princípio da equidade ou princípio do equilíbrio contratual absoluto. 3. RELAÇÃO DE CONSUMO. 3.1 Sujeitos da Relação de Consumo. 3.1.2 Consumidor por equiparação. 3.1.3 Fornecedor. 4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade contratual baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação

nascida da convenção prejudicial à outra parte; e só excepcionalmente se permite que um dos contraentes assuma, em cláusula expressa, o encargo da força maior ou caso fortuito.

Portanto, a responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior; e para que aquela exista é imprescindível que esta preexista, como, p. ex.: o comodatário que por sua culpa permite o perecimento e por isso deixa de entregar o objeto emprestado; o segurador que dolosamente se furta de pagar a indenização devida ao segurado; o escritor que por mera negligência se omite de entregar ao editor, no prazo fixado por contrato, a obra prometida e já anunciada.

O tema abordado mostra relevância atual, uma vez que nas negociações privadas, na maior parte das vezes pode se tornar onerosa para uma das partes, e muitas das vezes existe uma parte que é hipossuficiente, e para que a mesma não saia prejudicada, é preciso aplicar a responsabilidade civil, portanto, é necessário entender a origem da responsabilidade civil.

Sendo será dividido em 3 grandes tópicos, o primeiro abordaremos os elementos constitutivos entre consumidor e fornecedor, o segundo as relações de consumo, e por fim da responsabilidade civil nas relações contratuais.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS ENTRE CONSUMIDOR E FORNECEDOR

Analisaremos de forma mais aprofundada e detalhada, enfocando os elementos constitutivos das relações jurídicas de consumo relacionados ao Direito de Defesa do Consumidor. O Direito do Consumidor é o instrumento amplo e complexo que se tornará objeto de implementação de legislação de consumo. Sendo assim, para definir as relações de consumo legítimas, é necessário introduzir conceitos como consumidores, fornecedores, produtos e serviços, pois são essenciais para identificar facilmente as relações de consumo e implementar as regras estabelecidas. Na Lei de Proteção ao Consumidor.

2.1 Conceitos de Consumidor

Consumidores são todas as pessoas físicas ou jurídicas que empregam bens adquiridos ou emprestados para consumo final e prestam serviços para o seu beneficiamento ou para o beneficiamento de terceiros. Diante dessas considerações, o consumidor se apresenta como um dos participantes da relação de consumo, ou seja, uma excelente relação jurídica, porque envolve basicamente duas partes claramente definidas: de um lado, o consumidor como comprador de um produto ou serviço; por um lado, são fornecedores do mesmo produto ou serviço. Esse relacionamento é projetado para atender às necessidades particulares dos consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe o conceito de consumidor com a finalidade de esclarecer e dar uma maior abrangência do termo, no entanto, eventualmente, podem surgir problemas de interpretação, havendo uma necessidade de esclarecimentos.

O Artigo 2º, parágrafo único, do CDC prevê expressamente o conceito de consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se o consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Sendo assim, o legislador brasileiro protegeu, ainda, a coletividade de pessoas que possam estar sujeitas às ações dos fornecedores, direta ou indiretamente; protegeu a universalidade de consumidores que por algum motivo estejam ligados a um determinado produto ou serviço. Um exemplo claro disso é a proteção oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor no que se refere às propagandas, pois em razão da própria natureza desse instrumento dos fornecedores, não se pode determinar quantas e quais pessoas serão atingidas por ela.

Observa que o legislador propôs ainda, um conceito mais objetivo de consumidor, pensando somente na proteção daquele que não utiliza produtos e serviços com fins lucrativos. Assim, é necessário deciframos detalhadamente o artigo supramencionado, a começar pela expressão “destinatário final”.

Este termo “destinatário final” nos causa um problema, visto que não aborda apenas sobre adquirir produtos ou serviços, mas como utiliza-los.

Nesse sentido, destaca Claudia Lima Marques que:

(...) destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos de preço, como insumo da sua produção. (MARQUES, 2010, p.106).

Em conformidade com o parágrafo único do artigo 2º do CDC, para proporcionar uma maior amplitude no campo de aplicação das normas consumeristas, acrescentou o termo “consumidor equiparado”, além dos consumidores stricto sensu. Na forma que, o mesmo que as pessoas assim consideradas fossem atingidas e prejudicadas pelos produtos e serviços dos fornecedores no mercado de consumo, estas ocupavam uma posição de vulnerabilidade, logo seriam amparadas pelas normas do CDC.

Evoluindo sobre o tema, nos textos do STJ flexibilizou com entendimento anterior, o destinatário final dos bens pode ser considerado para os seus próprios interesses, independentemente das atividades profissionais diretas.

A ministra do STJ Nancy Andrighi ressalta que “a aplicação do CDC oferece um mecanismo para que o consumidor mantenha equilíbrio e transparência nas relações com o consumidor, principalmente considerando sua vulnerabilidade aos fornecedores.” Na determinação do CDC, é a relação que ocorre na cadeia produtiva. Esse aspecto (vulnerabilidade ou deficiência) deve ser considerado no estabelecimento do escopo do conceito de consumidor.

2.2 Conceitos de produtos e serviços

Objetivamente, o CDC dividiu os objetos das relações de consumo em duas categorias: serviços, que abrangem as atividades remuneradas prestadas no mercado de consumo, e produtos correspondentes a outras mercadorias em circulação. Em conformidade com o art. 3º, §1º do CDC, “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” O legislador preferiu adotar a expressão produto a bens, a qual já era comumente utilizada pelo Direito Civil.

Segundo o autor Nascimento:

Ao conceito de produto, interessa saber que é um bem com determinado conteúdo finalístico. É um bem porque, no sentido genérico, tem aptidão para satisfazer necessidades humanas e, mais do que isto, tem valor econômico e pode ser objeto de uma relação jurídica entre pessoas (NASCIMENTO, 1991, p. 23):

Dessa forma, qualquer bem de apropriação que tenha valor econômico, destinado a satisfazer uma necessidade do consumidor, é considerado produto nos termos do CDC.

O art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor conceitua serviço como sendo: “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária,

salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (ROSA; BIZELLI; FÉLIX, p.155-188, 2017).

A expressão “utilizado para compensação” deve ser totalmente compreendida, pois pode ser feita direta ou indiretamente pelos consumidores. Normalmente, os produtos ou serviços são fornecidos aos consumidores gratuitamente, mas seus custos inerentes são incluídos em outros pagamentos. É o que acontece no estacionamento “gratuito” do supermercado, e também são disponibilizados rádios automotivos com instalação “gratuita”. Essas duas situações são características de recompensas indiretas e estão incluídas na conexão de consumo (LEITE, 2014, online)

Porém, mesmo com essa enorme amplitude dada pelo CDC ao significado de consumidor, os bancos passaram a defender a ideia de que o referido diploma não se aplicava a eles. Segundo as instituições financeiras, além de prejudicar o Sistema Financeiro Nacional, o CDC era inconstitucional, já que, segundo tal grupo, a competência para tratar dessa matéria era de lei complementar, e o CDC foi aprovado como lei ordinária (ROSA; BIZELLI; FÉLIX, p.155-188, 2017).

2.3 Princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor

O Código de defesa do consumidor, assim como as demais áreas do direito, possui princípios caracterizam a sua aplicação e interpretação, servindo como pilar para aplicação da lei dos casos concretos.

São esses princípios que dão sentido para norma da lei, não são simplesmente taxativos, mas exemplificativos esgotando a expressamente a menção da lei, princípios que consagram o Direito do Consumidor.

2.3.1 Princípio da isonomia ou da vulnerabilidade do consumidor

A fragilidade econômica pode ser entendida como uma comparação entre um fornecedor com forte poder econômico e um consumidor comprometido. Porém, vulnerabilidade tecnológica refere-se à falta de conhecimento, tecnologia e subsídios específicos de produtos / serviços, relacionados às suas características e até mesmo utilidade. Além disso, as vulnerabilidades jurídicas / científicas refletem dificuldades em compreender as dificuldades jurídicas, econômicas e contábeis dos consumidores (VIZEU, 2019, online).

2.3.2 Princípio da Hipossuficiência

Inicialmente, os princípios de vulnerabilidade e a pessoa Hipossuficiente não devem ser confundidos, mas é sabido que os consumidores são vulneráveis, mas nem sempre insuficientes.

Segundo Vizeu (2019, online) com as funções da hipossuficiência podem cobrir não apenas os consumidores que não têm situação financeira e são pobres, mas também os consumidores que não têm conhecimento, o que produz uma enorme desigualdade não só em tecnologia, mas também em consumo.

Deste modo, a hipossuficiência no caso da justiça / assistência jurídica gratuita possui dois aspectos. Segundo o Artigo 4º da Lei nº 1.060/50, e a impossibilidade de o consumidor comprovar o teor das denúncias, em especial a inversão da carga envolvida no Artigo VI, Inciso VIII do CDC, essas explicações não precisam ser pertinentes (VIZEU, 2019, online).

2.3.3 Princípio da informação/transparência

Segundo com Vizeu (2019, online) “é pautado na confiança, que os produtos/serviços precisam ser precisos e sem duplas interpretações, o consumidor tem o dever de receber a informação adequada, eficiente e precisa sobre o produto ou serviço, inclusive de suas especificações de forma correta e dos riscos que podem apresentar”

Por exemplo, no caso da garantia, é necessário haver transparência em todas as etapas da relação de consumo, ou seja, na publicidade e na publicidade, na execução do contrato e mesmo após a celebração do contrato.

Além disso, os termos contratuais que questionam os termos de uso são sempre interpretados como benéficos para os consumidores, e a inércia do consumidor não inclui a aceitação, o que torna os termos inválidos, nos moldes do artigo art. 51, IV, do CDC.

Portanto, o fornecedor é obrigado a fornecer informações sobre o produto / serviço que incluam os direitos do consumidor nos termos do artigo 20 do CDC, e ainda a cumprir a oferta, e arcar com a pena pelo descumprimento da informação “enganosa”, nos moldes do artigo 35 do CDC.

2.3.4 Princípio da confiança

No que tange ao princípio da confiança está diretamente relacionado ao princípio da informação, portanto, o consumidor espera atender às suas expectativas de produtos / serviços com base nas informações que lhe são fornecidas.

Segundo Vizeu (2019, online) “um dos principais efeitos do princípio da confiança trazido pelo art. 30 do CDC é a vinculação do fornecedor à oferta, criando-se uma obrigação pré-contratual objetivando-se impedir que se frustrem as expectativas dos consumidores em tais contratações”.

É o princípio da confiança, instituído pelo CDC, para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídico-fornecedora, para regular também alguns aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor [...] (MARQUES, 2002, p. 981/982, grifo do autor).

Por meio dessa análise, levando em consideração os princípios de confiança inerentes a todas as legislações, os fornecedores devem buscar conquistar a confiança dos consumidores observando o bom comportamento, a cooperação, o equilíbrio contratual, respeitando a legislação do consumidor e as normas de cada consumidor. Agentes jurídicos e econômicos.

2.3.5 Princípio da boa-fé objetiva

Para haver a confiança recíproca entre os contratantes, necessário também se faz a presença da boa-fé objetiva.

De acordo com Souza (2005, online) O CDC se propõe a revitalizar um princípio jurídico geral, o princípio da objetividade e honestidade, que incorpora o valor ético dos contratantes que operam de maneiras diferentes em todos os momentos do contrato, desde a negociação, e a autenticidade e correção dos contratantes até a execução.

Este princípio está estipulado no artigo 4, inc. III do CDC, acrescentando que ambas as partes devem agir com respeito, sinceridade e honestidade, e não prejudicar uma à outra.

Pode-se analisar que o princípio da boa-fé é "como conceito nuclear, fundamental ou essencial, relacionado diretamente com valores éticos". Couto e Silva afirma que,

A honestidade tem muitos significados na lei. Às vezes, refere-se a um estado subjetivo que resulta do conhecimento de certas situações, e às vezes envolve a obtenção de certos direitos (como perceber os frutos). Seria tedioso esclarecer diferentes maneiras de aplicar o princípio em diferentes áreas do direito. No que diz respeito às obrigações, para além das obrigações claramente estipuladas no contrato, também se manifesta na determinação da meta máxima de aumento de responsabilidades. Tem como alvo todos os participantes do título e pode até criar obrigações

para os credores, que são tradicionalmente considerados apenas como titulares de direitos (COUTO E SILVA, 2006, p. 186).

Para Vizeu (2019) dizemos que “a honestidade é objetiva, porque se refere a um código de conduta, e as partes são obrigadas a agir de acordo com as normas da lei e com base na honestidade”. Seu objetivo não é analisar os aspectos subjetivos do indivíduo, como consciência e crença, mas o aspecto objetivo, ou seja, o respeito ao código de conduta para manter o equilíbrio nas relações de consumo.

Sendo assim, no que tange ao princípio da boa-fé visa estabelecer relações de consumo corretas e honestas e coordenar os interesses de ambas as partes.

A boa-fé está aqui como um princípio orientador para a interpretação, não como uma cláusula geral definida pelo código de conduta. Exprime um requisito básico, é o fundamento de uma sociedade organizada e tem como função sistematizar outras normas vigentes e orientar a sua aplicação. (PALUDO, 2005, p.7). É a referência para a interpretação e implementação do “Código”, porque se não for pela ênfase contínua na sua importância, não há idealização de uma sociedade organizada com base na intenção maliciosa, sendo até certo ponto dispensável.

2.3.6 Princípio da equidade ou princípio do equilíbrio contratual absoluto

Segundo o art. 51, IV, caracteriza como sendo abusiva a cláusula incompatível com a boa-fé ou a equidade.

[...] Institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade [...] (MARQUES, 2002, p. 741).

Não confunda com honestidade e tenha atuação independente, pois a justiça pode ser imposta a uma das partes, mesmo que seja honestidade, o comportamento leal é adequado à realidade do contrato e é a perda de direitos. Em outras palavras, um julgamento justo vai além da boa-fé, reduz valor (excluindo tarifas) e reduz obrigações, para que o compromisso de justiça do juiz com a sentença seja cumprido.

3. RELAÇÃO DE CONSUMO

Inicialmente, para analisarmos a questão do dano moral nas relações de consumo, devem-se entender quais são os elementos que configuram uma relação jurídica de consumo, identificando quem é consumidor e quem é fornecedor, o que é produto e serviço, e quais os princípios que norteiam essas relações consumeristas.

Para o doutrinador Luis Antonio Rizzato Nunes, preleciona que:

[...] haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços (NUNES, 2012, p. 120).

Portanto, como bem explicado pelo doutrinador, a relação jurídica de consumo é caracterizada quando ocorre uma relação entre consumidor e fornecedor, o qual se torna fundamental para o direito consumerista, pois, é onde este fornece um produto ou presta um serviço especializado, para suprir a necessidade do consumidor, visto como parte vulnerável desta relação, tendo em vista, que este não possui o produto ou não dispõe de conhecimentos técnicos para realizar tal serviço buscado por ele no mercado.

É importante ressaltar, que só haverá incidência do Código Consumerista, quando existir a figura do fornecedor (empresário ou profissional), caracterizando uma relação em que os polos estão em pé de desigualdade, como bem assevera a doutrinadora Cláudia Lima Marques:

O campo de aplicação do CDC ou a relação de consumo (contratual ou extracontratual) é sempre entre um consumidor e um fornecedor, é um campo de aplicação relacional. Neste sentido, podemos afirmar que o próprio conceito de consumidor é um conceito relacional, conceito pensado constitucionalmente para uma relação entre diferentes, para a proteção dos diferentes. Isso porque um profissional dispõe de informações sobre o produto, sobre o serviço e sobre o contrato, é um expert, um profissional no assunto, é este seu "ganha-pão", sua vocação, sua fonte de rendas, sua especialidade; já o outro na relação (o alter, o parceiro em um contrato ou vítima de um acidente de consumo), o consumidor, tem naturalmente um déficit informacional, é um leigo, ele e todos aqueles que como ele formam a coletividade de consumidores afetados por aquela publicidade, produto transgênico, serviço financeiro complexo etc (BENJAMIN, 2012, p. 87).

Percebe-se, que o CDC estará sempre relacionado à figura do empresário que disponibiliza o produto no mercado consumerista, do profissional que coloca seus conhecimentos técnicos à disposição do consumidor, para que assim, ocorra uma relação entre desiguais, haja vista que o consumidor não detém tal produto ou conhecimento técnico, portanto, se houver uma relação jurídica entre dois iguais, não

se configura relação de consumo, e sim uma relação regida pelo código civil ou comercial.

Neste entendimento explica Cláudia Lima Marques.

[...] se dois civis, duas vizinhas amigas, contratam (compra e venda de uma joia antiga), nenhuma delas é consumidora, pois falta o fornecedor (o profissional, o empresário), são dois sujeitos "iguais", regulados exclusivamente pelo Código Civil. Sendo assim, à relação jurídica de compra e venda da joia da família aplica-se o Código Civil, a venda é fora do mercado de consumo. [...]. Já o ato de consumo é um ato misto, entre dois sujeitos diferentes, um civil e um empresário, cada um regulado por uma lei (Código Civil e Código Comercial), e a relação do meio e os direitos e deveres daí oriundos é que é regulada pelo CDC (BENJAMIN, 2012, p. 82).

Dessa forma compreende-se que o código de defesa do consumidor aplica-se somente a relação entre pessoa física, como destinatário final, ou seja, aquele que adquire o produto para consumo, no qual foi disponibilizado no comércio através da figura do empresário, sujeito que disponibiliza bens e/ou serviços.

3.1 Sujeitos da Relação de Consumo

O Código de Defesa do Consumidor, ao invés de deixar para a doutrina a função de conceituar os elementos da relação jurídica, entendeu por bem trazer consigo a definição, e o fez de forma acertada, pois, abarcou de forma ampla todo e qualquer sujeito que possa configurar uma relação jurídica de consumo.

No mais, é de notável percepção que os conceitos estão interligados, sendo dependentes um do outro, como explica Bruno Miragem (MIRAGEM apud BOLZAN, 2016, p.109), que "só existirá um consumidor se também existir um fornecedor, bem como um produto ou serviço".

Consumidor e fornecedor são sujeitos da relação de consumo, portanto, são elementos subjetivos da relação de consumo, assim como o produto e os serviços que são os objetos da relação, também são definidos como sendo os elementos objetivos pelos quais recaem os interesses dos fornecedores em aliená-los e dos consumidores em adquiri-los. Dessa forma, tem-se que são conceitos racionais e dependentes entre si.

A esse respeito de acordo com Sergio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO apud BOLZAN, 2016, p. 76). "Didaticamente, os elementos da relação de consumo podem ser classificados em: a) subjetivos: relacionados aos sujeitos dessa relação jurídica; b)

objetivos: relacionados ao objeto das prestações ali surgidas. No primeiro grupo, encontram-se os consumidores e os fornecedores; no segundo, os produtos e serviços”.

Assim compreende-se que as definições estão atreladas umas às outras não podendo ser consideradas isoladamente, sendo necessária a presença de ambas para ensejar a aplicação do Diploma consumerista, sendo relevantes os elementos subjetivos e objetivos para a definição da relação jurídica em comento.

3.1.1 Consumidor

Consumidor é aquele que adquire produtos e serviços para benefício próprio ou de outrem sem intenção de repassá-los com objetivo de lucro, é que chamamos de destinatário final. Esse entendimento pode atingir também as pessoas jurídicas, quando essas adquirem produtos ou serviços para consumo próprio, nesse caso podemos citar o material de escritório ou internet.

O Código de Defesa do Consumidor - CDC, em seu art. 2º, define consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, ou seja, o título “destinatário final” refere-se aquele que não pretende utilizar o produto e não comercializar. Para o Legislador o consumidor é considerado vulnerável frente à capacidade técnica do fornecedor.

Observa-se, que para o legislador, consumidor é aquele que adquire produto ou serviço como “destinatário final”, ou seja, aquele que retira do mercado, que usa para consumo e não para revenda ou insumo para a produção de outro produto e/ou serviço disponível no mercado consumerista. No entanto, o mesmo Código entende que existem outros tipos de consumidores, são os chamados “consumidores por equiparação”.

3.1.2 Consumidor por equiparação

De acordo com o artigo 17 do Código de Defesa do consumidor, o consumidor equiparado é todo aquele que não participou da relação de consumo, não adquiriu qualquer produto ou serviço, mas são tratados como se consumidores fossem, caso venham a sofrer alguma espécie de lesão decorrente da falta na prestação de serviços ou defeitos de algum produto, recebendo assim a proteção dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do consumidor. Assim vejamos:

Art. 17- Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

No artigo 2º parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor descreve que “equipara-se a consumidor a

coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Assim podemos destacar como exemplo: os passageiros de um ônibus, que sofrem um acidente, devido a um problema mecânico no veículo que bateu em um poste, deixando todo o bairro sem energia, nesse caso além dos danos causados aos passageiros, toda a coletividade foi vítima da falha na prestação de serviços. Vale ressaltar que se caso uma pessoa que não estava dentro do ônibus, viesse a sofrer alguma lesão ou prejuízo, está se encaixa no disposto do artigo 17 do CDC.

Na visão de Claudia Lima Marques:

“Pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma, a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante (*Machtposition*) do fornecedor e a posição de vulnerabilidade dessas pessoas sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da Lei”. (MARQUES apud. BOLZAN, 2016, p. 131).

Assim entende-se que outras pessoas ou grupo de pessoas poderão enquadrar-se no perfil de vulnerabilidade e, conseqüentemente, valer-se da proteção insculpida no CDC, mesmo não se encaixando no conceito de consumidor em sentido estrito.

3.1.3 Fornecedor

É o fornecedor, quem desenvolve as atividades de produção montagem, criação, importação e exportação, bem como a distribuição e comercialização de produtos ou serviços ao destinatário final que é o consumidor, o conceito de fornecedor encontra-se descrito no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º caput, transcrevo in verbis:

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Percebe-se, que o conceito trazido pelo legislador não faz distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, trata-se, portanto, de um conceito amplo, que alcança inclusive, entidades públicas e estrangeiras, busca atingir qualquer modelo sem excluir qualquer tipo de pessoa jurídica, nesse entendimento esclarece Rizzato Nunes que:

“Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.”

Para caracterizar o conceito de fornecedor é necessário que a prática ocorra de forma habitual ou reiterada na produção, fornecimento ou comercialização do produto ou na prestação do serviço em atividade tipicamente profissional excluindo as relações puramente civis, nos quais se aplicam o Código Civil e não o CDC

Neste entendimento, Cláudia Lima Marques, dispõe sobre esses critérios caracterizadores:

“Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Essas características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, que são relações puramente civis às quais se aplica o CC/2002. A exclusão parece-me correta, pois o CDC, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores”.

“Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3.º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: menciona apenas o critério de desenvolver atividades de prestação de serviços.” (MARQUES, apud. BENJAMIN, 2012, p.107-108).

Portanto, o conceito de fornecedor é amplo, abrangendo pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas, nacional e estrangeira, e até mesmo os entes despersonalizados que forneçam, comercializem produtos ou prestem serviços profissionais ao consumidor, desde que esta prática seja feita de forma habitual ou reiterada, para que ocorra, assim, a caracterização de fornecedor.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Conforme exposto, a responsabilidade civil contratual é a priori, ou seja, a premissa do dano é que as partes tenham constituído um depósito judicial combinado por meio do contrato. Sua existência está confirmada no Código Civil de 2002, em seu artigo 389:

“Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

No mesmo diapasão, as já mencionadas, Gagliano e Pamplona Filho:

“De facto, para caracterizar a responsabilidade civil do contrato, é necessário aproximar a vítima e o agressor do dano e relacionados com a realização de um ou mais interesses, sendo a falta contratual uma violação do cumprimento, que é justamente o negócio jurídico. O objeto, e na culpa de Áquila, violou o inevitável dever negativo, isto é, o dever de não causar dano a ninguém (Gagliano e Pamplona,

Necessário faz-se, para fins elucidativos, conceituar o termo “contrato”, cerne da caracterização da responsabilidade civil aqui discutida. Nas palavras de Diniz:

“O contrato é o acordo de dois ou mais testamentos de acordo com a ordem jurídica, que visa estabelecer regras de interesse entre as partes, e tem como âmbito a obtenção, modificação ou eliminação de relações jurídicas de igual natureza” (DINIZ, 2015. p.24).

Tendo em vista o contrato encarregado de expressar a vontade entre as partes no ordenamento jurídico, faz-se necessário o descumprimento da obrigação estabelecida para a constituição da responsabilidade civil.

Para gerar responsabilidade civil, é necessário apresentar alguns pressupostos. O pressuposto que comprove que a obrigação alimentar decorrente da responsabilidade civil é ato ou omissão do agente, bem como de seu culpado, dano e causalidade.

Sobre o ato ou omissão do agente afirma Stoco (1997, p. 54) “o elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior”. Este tipo de comportamento ilegal visa proteger o bem protegido por lei, justamente porque causa dano, por isso está em conformidade com o ordenamento jurídico normativo. Não há responsabilidade por consequências prejudiciais.

No entanto, os danos aos bens legais serão confirmados no nível normativo culpado, e os danos dependem da existência de ações ou omissões que constituem a base para resultados prejudiciais no nível naturalístico de comportamento.

Sem certas ações humanas que violam a lei e a ordem, não há responsabilidade civil. Portanto, atos e omissões como crime constituem o primeiro momento da responsabilidade civil. Do mesmo modo, afirmou Rodrigues: "A indenização pode advir de atos ou omissões pessoais do agente, desde que o agente tenha violado a lei, contrato ou obrigação social no ato ou omissão, ou seja, no caso de abuso de poder" (RODRIGUES, 2016, p.4).

Dessa feita, podemos concluir que, o primeiro dos pressupostos para a responsabilização civil é através de conduta comissiva ou omissa que dá origem ao dano. Acerca da culpabilidade do agente comenta Diniz:

"A responsabilidade contratual assenta no sentimento de culpa e pode ser entendida em sentido lato, pelo que se pode considerar que o culpado pelo incumprimento de obrigações se deve ao seu incumprimento intencional. Não tem conhecimento de violação de contrato, nenhuma intenção de prejudicar intencionalmente os direitos de outrem, mas apenas negligência, imprudência ou omissão de procedimentos (negligência), que prejudica os credores. Uma vez que a culpa em sentido amplo é a intenção e a culpa em sentido estrito, é a principal base da responsabilidade contratual, portanto, só é possível assumir a responsabilidade de indenização quando a violação do contrato é causada pelo comportamento do devedor. Portanto, é necessário compreender o comportamento do devedor para verificar a intenção, negligência, imprudência ou imprudência do devedor e determinar com precisão a sua responsabilidade" (DINIZ, 2019, p. 246).

O segundo pressuposto é o dano em si. Consiste na lesão ao direito de terceiro, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial, através do inadimplemento contratual. Sobre dano explana Bittar:

"(...)o dano refere-se ao prejuízo reembolsável sofrido pela vítima, se for propriedade hereditária, será transformada em redução da propriedade hereditária de alguém devido ao comportamento do agente, mas pode atingir elementos de natureza monetária e moral. Danos à propriedade (incluindo direitos) de uma pessoa ou de terceiros que possam envolver propriedade, nos dois significados listados, são propriedade hereditária e moralidade - ambas - mas especialmente no último caso, deve ser baseada em padrões objetivos determinar (...)” (BITTAR, 2016, p. 64).

Pertinentemente contribui para a definição de “dano” Venosa (2016, p. 33) “(...) consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico”.

A conclusão tirada desta forma é que o dano se refere à redução total ou exacerbação de ativos legalmente protegidos ou dano fora do balanço. Por fim, o último elemento a ser analisado é a causalidade, que de forma simplificada inclui a conexão entre as ações ou omissões do agente, o que acaba levando a danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Portanto, pode-se concluir que a causalidade é um fator lógico que pode vincular o comportamento ilegal do agente ao dano econômico ou não econômico sentido pelo terceiro, para que este possa assumir a responsabilidade pela manutenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, vemos que a origem da responsabilidade civil contratual está relacionada ao descumprimento das disposições previamente acordadas entre as partes. Analisamos os pressupostos inerentes à responsabilidade civil geral e focalizamos a sua aplicação na forma de contratos.

Depois de discutir os elementos, conceitos e normas centrais do texto legal, vemos a hipótese que isenta o agente da responsabilidade civil, o que mostra que embora seja uma instituição de força ímpar, não o é sem dúvida.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRÉ; FILHO, José Luciano Freitas Henriques Acioli Lins. **A vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor na economia atual**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45988/a-vulnerabilidade-e-a-hipossuficiencia-do-consumidor-na-economia-atual>. Acesso em: 10/03/2021.

BRASIL. lei nº 8.078, de 11 de setembro de 2009. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em:14/03/2021.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor esquematizado**. Coordenação de Pedro Lenza (Coleção esquematizado), 4ª ed.- Saraiva, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor** – 4. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Cláudia Lima, MARQUES, Apud. BENJAMIN, 7ª ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2012.

BESSA, Leonardo Roscoe. **MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR - EDIÇÃO 201, VII. VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO.**

CASAGRANDE, Bruna Maria Ribeiro. **RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO – ACIDENTE DE CONSUMO.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-106/responsabilidade-pelo-fato-do-produto-e-do-servico-acidente-de-consumo/#_ftn17. Acesso em: 10/03/2021.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo.** São Paulo: Bushatsky, 1976.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIREITO DIARIO. **Diferenças entre vulnerabilidade e hipossuficiência,** 2015. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/diferencas-entre-vulnerabilidade-e-hipossuficiencia-2/>. Acesso: 06/04/2021.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GUEDES, Daniella Maria Brito Azêdo. **A responsabilidade Civil pelo Mau-atendimento ao consumidor.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-110/a-responsabilidade-civil-pelo-mau-atendimento-ao-consumidor/>. Acesso em: 10/04/2021.

LEITE, Gisele. **Linhas preliminares sobre Direito do Consumidor.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-127/linhas-preliminares-sobre-direito-do-consumidor/>. Acesso em: 10/03/2021.

LEONARDO ROSCOE BESSA. **Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor.** Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 20 n. 120 Fev/Maio 2018 p. 20-43.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. **EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE EM FACE DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** DISPONIVEL EM: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-23/excludentes-de-responsabilidade-em-face-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 10/03/2021.

MORAES, Paulo Valério dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo. 1992.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do consumidor.** 7ª ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. **Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo.** Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 1, p.155-188, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p155. ISSN: 2178-8189.

SILVA, Clovis do Couto e, 1930 -1992. **A obrigação como processo** – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SOUZA, Amanda Thais Zanchi de. **O princípio da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor.** <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2032/O-principio-da-boa-fe-objetiva-no-Codigo-de-Defesa-do-Consumidor>. Acesso: 05/03/2021;

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 01/04/2021.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. **STJ define amplitude do conceito de consumidor.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/outras-noticias/2010/setembro/stj-define-amplitude-do-conceito-de-consumidor>. Acesso em: 11/03/2021.

TJAM. **Incidentes de Uniformização de Jurisprudência.** Disponível em: <https://juizados.tjam.jus.br/juizados/index.php/artigos/8-institucional/102-incidentes-de-uniformizacao-de-jurisprudencia>. Acesso em: 27.03.2021.

Tribunal de Justiça, Turma Recursal. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO MANTIDO.** Recurso Inominado Cível. Processo: 0609100-33.2019.8.04.0015 - Partes litigantes. Relator: Sanã Nogueira Almendros de Oliveira. 05.08.2020, DECISÃO: "Vistos e discutidos os autos em epígrafe, DECIDE a 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais, na unanimidade, CONHECER e NO MÉRITO REJEITAR os Embargos de Declaração, nos termos do voto da Relatora, que integra esta decisão para todos os fins de direito".

PAULA, Alfredo Henrique Corrêa de. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3595, 5 maio, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24338>. Acesso em: 4/03/2021.

PALUDO, Daniel Maria. **PRINCÍPIOS ADOTADOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** Acadêmica formanda A/2005, do Curso de Direito da Univates, Lajeado/RS. Publicação ago/05.

VIZEU, Márcia. **Princípios Fundamentais na Proteção ao Direito do Consumidor.** Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/principios-fundamentais-na-protecao-ao-direito-do-consumidor>. Acesso em: 10/03/2021.

DESARMAMENTO E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

LEONARDO MARIN MENDES:
Bacharelado do curso de direito da
Universidade Brasil.

GUSTAVO ANTONIO NELSON
BALDAN222.
(Orientador)

Resumo: O presente artigo trata sobre o Estatuto de desarmamento e sobre a efetividade da segurança pública no Brasil. A Lei nº 10.826/2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, dispõe sobre o registro, a posse e a comercialização de armas de fogo e munição. Em 2019 uma série de decretos foram assinados pelo atual presidente Jair Bolsonaro, todos com a finalidade de flexibilizar as regras para posse de armas de fogo no Brasil. Tal provocação ao estatuto, foi motivo de novas discussões e debates sobre a efetividade do estatuto como política pública eficiente de segurança. É dever do Estado oferecer segurança pública aos cidadãos, evitando assim, que os particulares precisem se municiar de meios capazes de se defender. Mas, é sabido que atualmente o Estado não possui condições para garantir com eficiência segurança a todos. A escrita do artigo será realizada através de pesquisa e revisão bibliográfica, por meio de legislação, doutrinas e artigos disponíveis sobre o tema.

Palavras-Chave: Desarmamento. Segurança Pública. Porte de armas.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1 O ESTADO E A SEGURANÇA PÚBLICA. 2 ESTATUTO DO DESARMAMENTO; 2.1 Decreto nº 9.847 de 25 de junho de 2019; 2. 2 Decreto nº 9.981, de 20 de agosto de 2019; 2. 3 Lei nº 13.870, de 17 de setembro de 2019. 3 A INEFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE. 4 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

222 graduação em Direito pela Universidade Camilo Castelo Branco (2008), especialização em Direito Penal e Processo Penal com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2014). Advogado desde 2008. Professor Universitário do Centro Universitário de Jales, dos Cursos de Administração, Ciências Contábeis, Serviço Social e Sistemas de Informação, desde 01/08/2014. Professor Universitário da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis, do Curso de Direito. Membro da Comissão de Dados - Estudos Jurídicos da 63ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo. Mestrando em Ciências Ambientais na Universidade Brasil.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a violência que assola o país atinge todas as classes sociais e coloca em risco a vida de milhares de brasileiros. A sensação de insegurança e o medo estão presentes na vida de grande parte da população.

A garantia de ir e vir com segurança é um direito fundamental previsto pela Constituição Federal de 1988, e é dever do Estado assegurá-lo.

Porém, a verdade é que o Estado não é eficaz no combate à criminalidade, possibilitando assim, um crescimento exponencial do número de delitos praticados.

Isso ocorre em razão da falta de investimentos nas questões de prevenção, da ausência de efetiva fiscalização e da falta de criação de métodos e formas para combate à prática delituosa.

Até o ano de 2003, a população brasileira tinha fácil acesso as armas, naquela época era possível comprar um revólver ou uma pistola em qualquer loja de material esportivo. Nesse período, o índice de violência e o número de mortes cresceu consideravelmente e tal situação era atribuída ao uso de armas de fogo legalmente comercializadas.

Por essa razão, em 22 de dezembro de 2003, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 10.826/03, chamada de Estatuto do Desarmamento que atualizou a legislação sobre registro, porte e comércio de armas de fogo no Brasil e restringiu o acesso às armas.

O principal objetivo que motivou a criação do Estatuto do Desarmamento, foi em regulamentar o porte e a posse de armas de fogo por civis, bem como reduzir as mortes ocasionadas por disparo de arma de fogo. Mas, as estatísticas demonstram que

No início de 2019, o atual presidente Jair Bolsonaro assinou um novo Decreto de nº 9.685 foi assinado com a finalidade de alterar o Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004 (que regulamenta o estatuto do desarmamento, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, dispõe ainda sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes), o novo decreto instituiu novos critérios referentes ao registro e posse de armas. Entretanto, referido decreto foi revogado por ser considerado inconstitucional.

Após o ocorrido, outros novos decretos foram editados, e dentre eles, os decretos Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019; Decreto nº 9.981, de 20 de agosto de 2019 e também, a Lei nº 13.870, de 17 de setembro de 2019, que serão abordados neste artigo.

O presente artigo será realizado por meio de revisão bibliográfica, sendo a análise da legislação vigente e a revisão da literatura em livros, artigos, doutrinas.

1 O ESTADO E A SEGURANÇA PÚBLICA

Em razão da democratização política do fim dos anos 1980, que foi a responsável pelas mudanças na relação entre polícias e sociedade, e diante construção da democracia e pelas pressões sociais por novos modelos de política e de polícia, o Estado democrático de direito limitou-se a reproduzir relações que serviam ao governo ditatorial. Entretanto, o Estado continuou submetido às forças policiais (LIMA; BUENO; MINGARDI, 2016).

A Constituição Federal de 1988 prevê que a garantia de ir e vir com segurança é um direito fundamental, sendo, portanto, dever do Estado assegurá-lo.

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:

(...)

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;

A Constituição prevê ainda a segurança como um direito social, nos termos do seu artigo 6º.

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.

Os direitos fundamentais podem ser definidos como direitos inerentes à pessoa humana e essenciais à vida digna, sendo dever do Estado protegê-los (BASTOS, 2018).

A segurança pública pode ser definida como um processo complexo, sistêmico, abrangente e otimizado que tem por finalidade preservar a ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, permitindo assim o usufruto de direitos e cumprimento de deveres (MARCONDES, 2019).

De acordo com Silva (2008), a segurança pública consiste em:

Uma situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses (SILVA, 2008, p.780).

O artigo 144 da Constituição Federal prevê que a segurança pública é dever do Estado brasileiro, direito e responsabilidade de todos. Ou seja, é uma responsabilidade compartilhada entre os governos Federal, Estadual e Municipal.

A lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018 em seu artigo 2º, também determina que:

Art. 2º A segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, compreendendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito das competências e atribuições legais de cada um.

A segurança pública é de suma importância para o bem-estar e convívio da sociedade, e enquanto atividade desenvolvida pelo Estado é a responsável por empreender ações de repressão e oferecer estímulos ativos para que os cidadãos possam conviver, trabalhar, produzir e se divertir, protegendo-os dos riscos a que estão expostos (SILVA NETO, 2015).

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.

As instituições citadas no artigo 144 são as responsáveis por exercer atividades com a finalidade de prevenir, coibir, inibir e reprimir a prática de atos considerados ilegais perante a legislação vigente e situações de risco ao bem-estar social.

A polícia pode ser definida como:

atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente de sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais (ZANOBINI, 1950, p. 17 apud MORAES, 2011, p. 1965).

A atividade das polícias se diferenciam em administrativas e de segurança, sendo que, esta engloba a polícia ostensiva e a polícia judiciária (SOUZA, 2015).

O Estado exerce sobre o cidadão brasileiro o Poder de Polícia, vez que o cidadão quer e deve exercer plenamente seus direitos, e, a administração pública tem a obrigação de condicionar o exercício dos direitos ao bem-estar coletivo, e o meio utilizado para tanto é através de seu poder de polícia (SILVA NETO, 2015).

O Código Tributário Nacional em seu artigo 78, define o termo poder de polícia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando 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.

No exercício do poder de polícia o Estado deve gerar ordem e justiça (SILVA NETO, 2015).

Uma polícia que funcione inteligentemente, ou seja, desenvolvendo a investigação, poupará muitas vidas inocentes, solucionará crimes enigmáticos, respeitará o homem e fará com que a população, constituída predominantemente por pessoas de bem, a respeitem, em vez de temê-la. Não será a polícia ostensiva apenas que deverá estar empenhada na luta contra o crime, e, portanto, não será ela a única a responder pela preservação da ordem pública (PINHEIRO; MADEIRA, 2000, p.101).

Considerando o disposto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 observa-se que o direito à segurança é definido como um direito social, sendo um

direito fundamental e indissociável do conceito contemporâneo de dignidade da pessoa humana, dessa maneira, é imprescindível ao desenvolvimento de cada indivíduo e compoendo o ideário de mínimo existencial (SILVA JUNIOR; RANGEL, 2017).

A segurança pública é dever do Estado, conforme redação do artigo 144 da Constituição Federal, portanto, reconhece-se que a segurança pública é um típico direito fundamental (SILVA JUNIOR; RANGEL, 2017).

Nos últimos anos, a questão da segurança pública passou a ser considerada problema fundamental e um dos principais desafios do Estado de direito no Brasil.

Atualmente a violência atinge direta e indiretamente o país. O medo assola grande parte da população, que não mais confia somente no Estado para sua proteção e segurança. As pessoas buscam outros meios para se protegerem e manterem suas famílias em segurança, nesse ponto que entra a questão do desarmamento. Em razão da insegurança e do medo, os cidadãos acreditam que o armamento fará com que os índices de criminalidade diminuam, pois, assim como a vítima tem medo do criminoso, o criminoso também passará a ter medo da vítima.

2 ESTATUTO DO DESARMAMENTO

No Brasil sempre inexistiu uma política de contenção ao uso das armas de fogo, fazendo com que a violência tomasse ares de verdadeira guerra civil, já que cerca de 80% dos crimes no Brasil eram cometidos fazendo-se uso dessas armas, a preocupação não era com a segurança pública, como visto nas primeiras legislações sobre o tema como o Decreto 24.602 de 6 de julho de 1934 do Governo Getúlio Vargas (SANTOS, 2014).

O Estatuto do Desarmamento é uma política de controle de armas que vigora no país desde 22 de dezembro de 2003. O estatuto tinha o objetivo de reduzir a circulação de armas e estabelecer penas rigorosas para crimes como o porte ilegal e o contrabando. A regulamentação do estatuto ocorreu por meio de um decreto em 1º de junho de 2004.

A Lei Federal nº 10.826/03, chamada de Estatuto do Desarmamento, dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM, define crime e dá outras providências.

Arma de fogo são dispositivos mecânicos que arremessam projéteis utilizando a força de expansão dos gases, formando a partir da combustão de um propelente também chamado de carga de projeção dentro de um compartimento que possui um prolongamento cilíndrico em forma de cano cuja função é dar continuidade à combustão gerada, além de direção e

estabilidade ao projétil expelido (MARCONDES, 2020) .

O bem jurídico tutelado é a segurança pública e a incolumidade pública, interesses vinculados a coletividade. A finalidade específica da lei é punir todo e qualquer comportamento irregular relacionado à arma de fogo, acessório ou munição (SANTOS, 2014).

O Estatuto é responsável por regulamentar a posse e o porte de armas e, como o próprio nome indica, tem o intuito de coibir o uso de armamentos no território nacional.

A Lei determina que o direito de posse é restrito apenas àqueles que comprovarem a necessidade dela.

Ter a posse da arma de fogo significa poder mantê-la sob sua guarda em casa em suas dependências e no trabalho, desde que seja o responsável legal ou proprietário do estabelecimento. Já o porte de armas, se refere a portar a arma de fogo em qualquer local, transportar a arma consigo.

O Estatuto do desarmamento prevê que, para obter o direito de porte de armas, é preciso ter 25 anos, comprovar capacidade técnica e psicológica para o uso de arma de fogo, não ter antecedentes criminais nem estar respondendo a inquérito ou a processo criminal e ter residência certa e ocupação lícita.

O artigo 6º da lei determina a proibição do porte de arma em todo o território nacional, salvo casos específicos. Como por exemplo, os profissionais que necessitam de armamentos para o exercício de suas funções: agentes de segurança pública, membros do Exército ou funcionários de empresas privadas de segurança. O Estatuto estabelece ainda, que apenas um grupo restrito de pessoas pode possuir e portar armas, apenas quando o uso dessas for necessário para exercício profissional ou outros casos específicos (MORAES; CHAGAS, 2019).

Os crimes previstos do Estatuto, no geral, tratam-se de normas penais em branco heterogêneas, porquanto o seu complemento advém de fonte diversa daquela que ensejou o que é complementado; assim, a lei, que emana do Poder Legislativo, é complementada pelo decreto, de fonte executiva (FACCINI NETO, 2019).

Como será abordado nos subcapítulos a seguir, foram criados diversos decretos pelo Presidente da República entre 2019 e 2020. Neste artigo, serão abordados apenas três dos vários decretos promulgados. Um decreto somente pode ser elaborado pelo chefe do Executivo. No caso do âmbito federal, essa competência é do presidente da República. O decreto tem por objetivo detalhar regras já existentes em uma lei. Após ser promulgado, o decreto entrará em vigor imediatamente.

No entanto, ele ainda pode ser derrubado, parcial ou integralmente. Para isso, o Congresso cria um decreto legislativo, regulando a mesma matéria do presidencial.

Desde que o atual presidente assumiu a Presidência da República do Brasil, em 2019, diversos decretos referentes ao porte de armas de fogo foram promulgados. Entre decretos vigentes e decretos revogados, houveram grandes alterações da Lei Federal nº 10.826/03 - Estatuto do Desarmamento.

O objetivo dos diversos decretos foi facilitar o acesso ao porte de armas para o cidadão, para que o mesmo possa se autodefender, já que atualmente, a segurança pública existente não é capaz de manter a população em segurança, os índices de criminalidade aumentam a cada dia que passa.

2.1 Decreto nº 9.847 de 25 de junho de 2019

O Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019, regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas.

O Decreto n.º 9.847 alterou os critérios técnicos de classificação das armas de fogo de uso permitido e de uso restrito, dispondo em seu artigo 2º, inciso II, "b", que somente serão consideradas armas de uso restrito aquelas que produzem energia cinética superior a 1.200 (um mil e duzentas) libras-pés ou 1.620 (um mil seiscentos e vinte) joules.

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

(...)

II - arma de fogo de uso restrito - as armas de fogo automáticas e as semiautomáticas ou de repetição que sejam:

a) não portáteis;

b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou

c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules;

(...)

A principal alteração trazida por este decreto é no que diz respeito a alteração dos critérios técnicos de classificação das armas de uso permitido e de uso restrito, promovendo uma *novatio legis in melius*, ou seja, trata-se de hipótese da retroatividade da norma penal, disciplinada no artigo 2º do Código Penal, vez que, diversas armas de fogo, que antes eram consideradas como de uso restrito, passaram a ser consideradas de uso permitido, o que é mais benéfico para o réu, pois o artigo 16 do Estatuto do Desarmamento, que trata da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, é mais severo do que os artigos 12 e 14, que tratam da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (ESTRADA, 2020).

Dessa forma, as alterações promovidas por este Decreto, por serem mais benéficas, já estão produzindo efeitos, inclusive em processos já julgados, alicerçando revisões criminais a fim de desclassificar as condutas antes previstas como posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, para posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (ESTRADA, 2020).

2.2 Decreto nº 9.981, de 20 de agosto de 2019

O decreto nº 9.981, de 20 de agosto de 2019, altera o Decreto nº 9.847 - acima abordado - que regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas.

Este decreto dispôs sobre o inciso II do artigo 2º do decreto nº 9.847, que trata sobre quais armas de fogo são consideradas de uso restrito.

Ademais, alterou o artigo 42 o qual passou a dispor que:

Artigo 42: Fica vedada a importação de armas de fogo, seus acessórios e peças, de munições e seus componentes, por meio do serviço postal e similares.

Dessa forma, ficou expressamente proibida a importação de armas de fogo.

2.3 Lei nº 13.870, de 17 de setembro de 2019

A Lei nº 13.870, de 17 de setembro de 2019, altera o decreto do desarmamento para determinar que, em área rural, para fins de posse de arma de fogo, considera-se residência ou domicílio toda a extensão do respectivo imóvel.

Dessa forma, o artigo 5 do Estatuto passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 5º O certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

(...)

§ 5º Aos residentes em área rural, para os fins do disposto no caput deste artigo, considera-se residência ou domicílio toda a extensão do respectivo imóvel rural.

Anteriormente, a posse apenas era permitida dentro de casa, ou da sede, o que limitaria a defesa pessoal e da propriedade. A lei ampliou o conceito de residência do imóvel rural para todo o perímetro, toda a extensão, o chamado domicílio, de forma que entre as cercas, pode-se utilizar a arma para fins de defesa.

Tal alteração foi importantíssima aos moradores das zonas rurais, já que antes da edição deste decreto, a posse de arma era permitida apenas na sede da propriedade rural, agora, a posse é permitida em toda a extensão do respectivo imóvel, trazendo assim, mais segurança aos moradores da propriedade rural.

É importante frisar que a lei concedeu aos residentes em zona rural, o direito de posse, não porte. É permitida a posse rural ou a posse residencial da arma de fogo dentro de todo o perímetro do imóvel rural.

3 A INEFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

O desarmamento constitui um meio eficiente para controlar a sociedade. Quanto mais totalitário é um governo, maiores são as restrições ao armamento da população civil (BARBOSA, 2015).

O acesso às armas de fogo está relacionado a um direito fundamental que é o da legítima defesa. Com o advento da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o Brasil apresentou um retrocesso no direito à legítima defesa, uma vez que a aquisição, posse, porte e circulação de armas de fogo está sendo controlada apenas para pessoas de bem, porque na realidade e na prática, os criminosos têm livre acesso as armas de fogo (COIMBRA, 2019).

O Poder Público não pode criar restrições à liberdade individual senão na medida do estritamente necessário para proteger um interesse público, da coletividade (DALLARI, 2019).

Na teoria, quando uma lei é criada, significa que o legislador percebe uma necessidade de criação de um mecanismo capaz de reduzir uma situação de perigo para a sociedade que irá ser beneficiada com ela. Contudo, no caso do estatuto do desarmamento, a edição da lei constituiu meio de destituir a população de meios de defesa e, conseqüentemente, uma forma de controle social (COIMBRA, 2019).

Com a vigência da Lei nº 10.826/2003 diversas campanhas foram criadas pelo Governo Federal para reduzir o número de armas de fogo no país.

Porém, o estatuto do desarmamento não tem reduzido os índices de violência e de criminalidade, dessa forma, conclui-se que o estatuto é ineficaz para combater os índices de criminalidade no Brasil.

O doutrinador Nucci (2014, p.22) defende o estatuto do desarmamento:

A arma de fogo é instrumento vulnerante, fabricado, particularmente, para ofender a integridade física de alguém, ainda que possa ser com o propósito de defesa contra agressão injusta. De todo modo, para o bem ou para o mal, em função do direito individual fundamental à segurança pública, é preciso que as armas de fogo, tal como se dá no contexto dos tóxicos, sejam rigorosamente controladas pelo Estado. Em especial, quando se trata de um país pobre, ainda constituído de grande parcela da sociedade sem formação cultural adequada, como o Brasil, o espaço para a circulação da arma de fogo deve ser restrito (NUCCI, 2014, p. 22).

De acordo com os dados do Atlas da Violência, divulgado Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que utiliza dos números do Sistema de Informações de Mortalidade, do Ministério da Saúde, o percentual de assassinatos com uso de arma de fogo atingiu o maior patamar já registrado no Brasil e chegou a 72,4% dos homicídios do país em 2017 (MADEIRO, 2019).

Sendo assim, não se pode acreditar que a intenção do legislador foi a proteção do cidadão de bem, mas a garantia da vantagem da força do próprio Estado, em detrimento da segurança dos civis.

Cada vez mais, o Estado demonstra que é incapaz de garantir a segurança pública, deixando assim, os cidadãos vulneráveis aos perigos do dia-a-dia existentes em razão da criminalidade que assola o país.

De acordo com Araújo Junior e Fajnzylber (2001), a criminalidade é um problema social, econômico e político, pois afeta diretamente a qualidade de vida das populações; está associada às condições econômicas e limita o potencial de

desenvolvimento das nações; e, as ações para combater o crime envolvem a participação ativa dos governos e a alocação de recursos públicos escassos em detrimento de outros objetivos de políticas públicas.

Oliveira (2005, p.2) aduz que:

A economia certamente tem contribuições importantes na determinação das causas da criminalidade e na avaliação de suas consequências negativas para o desenvolvimento econômico. Entretanto, são poucas as pesquisas realizadas por economistas sobre o tema (OLIVEIRA, 2005, p.2).

Quando se trata de violência e de crime praticado com o uso de violência, qualquer meio pode ser utilizado, não apenas através do uso de armas de fogo, o crime pode ser praticado de diversas formas, não se pode culpar o porte e a posse de armas como o responsável pelos altos índices de criminalidade, e não se pode tirar o direito do cidadão em se autodefender e defender sua própria família, já que o Estado não consegue garantir segurança de forma eficiente a todos os cidadãos brasileiros.

No ano de 2019, o número de assassinatos caiu 19% em relação ao ano anterior. Foram registradas 41.635 mortes violentas, contra 51.558 em 2018. Os dados são do índice nacional de homicídios do *G1*, feito com base nos números oficiais dos 26 estados e do Distrito Federal, em parceria com o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e com Fórum Brasileiro de Segurança Pública (ALVES, 2020).

4 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA

A Lei nº 13.657/2018 disciplina sobre a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); além de alterar e revogar outros dispositivos.

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 13.657/2018, a Política Nacional de Segurança Pública é um de conjunto de princípios, diretrizes, objetivos que condicionará a estratégia de segurança pública a ser implementada pelos três níveis de governo (federal, estadual e municipal) de forma integrada e coordenada.

As políticas de segurança pública têm por objetivo visar à preservação da vida, manter a ordem pública, proteger e manter o meio ambiente conservado, garantir a incolumidade das pessoas e do patrimônio, enfrentar o e prevenir à criminalidade e à violência em todas as suas formas, assim como o engajar da sociedade, através da transparência e publicidade das boas práticas.

Compete à União estabelecer a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social e aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer suas respectivas políticas, observadas as diretrizes da política nacional.

As políticas de segurança pública enfatizam a necessidade de uma atuação mais decisiva do Poder Judiciário e das instâncias de controle social, ou seja, significa a criação de legislações mais duras e de maior policiamento ostensivo, para que as punições dos delitos aconteçam de forma rápidas, certas e severas (BEATO FILHO, 1999).

A única forma de alcançar sucesso em políticas públicas de segurança é elaborá-las de modo integral, incluindo medidas preventivas. O Brasil, além de aplicar menos recursos no setor em relação a outros países, não os gasta de maneira eficiente (POMPEU, 2018).

5 CONCLUSÃO

Hoje em dia, a sensação de insegurança afeta todo o país, especialmente as grandes cidades e capitais, colocando a segurança pública em destaque e gerando discussões de mecanismos e políticas públicas ao combate à criminalidade, principalmente sobre a eficácia e adequação das atividades públicas de prevenção de crimes.

Nos termos das leis brasileiras, o Estado deve ser capaz de oferecer segurança a toda a população. A criminalidade no país deve ser combatida por meio de um conjunto de políticas públicas sérias e efetivas nos planos do desenvolvimento social, além da criação de medidas administrativas no âmbito dos órgãos ligados à segurança pública com a ajuda da comunidade e a força da adesão da própria sociedade, destinando de forma firme e constante os projetos inerentes, não com a simples deposição ou apreensão das armas de fogo dos cidadãos de bem, dos trabalhadores, deixando-os cada vez mais vulneráveis às ações dos marginais (MARQUES, 2010).

No que se refere ao estatuto do desarmamento, os índices e as pesquisas demonstram que o mesmo não foi eficaz no combate à criminalidade. Por essa razão, é que o atual presidente tem realizado diversas mudanças no estatuto, através dos novos decretos assinados, todos com a finalidade de tornar mais fácil o acesso as armas de fogo, para que os cidadãos brasileiros possam se defender e não fiquem apenas dependendo da proteção estatal.

O presente artigo não teve o intuito de abordar todos os novos decretos assinados nos últimos dois anos, mas sim, apresentar e analisar três deles.

A violência e o descontrole da criminalidade afetam a todos, independentemente de classe social, raça ou etnia, afeta desde o cidadão mais simples

ao cidadão mais culto, e ocorre no ambiente das favelas e também nos condomínios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Bene; QUINTELA, Flávio. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. São Paulo: Vide, 2015.

BASTOS, Athenas. **Direitos e garantias fundamentais: o que são e quais as particularidades?**. 2018. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/direitos-e-garantias-fundamentais>>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019**. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.981, de 20 de agosto de 2019**. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9981.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13675.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.870, de 17 de setembro de 2019**. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13870.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BEATO FILHO, Cláudio C. **Políticas públicas de segurança e a questão policial**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/spp/v13n4/v13n4a02.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2020.

COIMBRA, Italo. **A ineficiência do Estatuto do Desarmamento na redução da criminalidade à luz da Constituição**. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74390/a-ineficiencia-do-estatuto-do-desarmamento-na-reducao-da-criminalidade-a-luz-da-constituicao#:~:text=Isso%20porque%2C%20malgrado%20a%20entrada,de%20viol%C3%A2ncia%20e%20de%20criminalidade>>. Acesso em: 26 set. 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. **Decreto das armas e o regulamento do direito à legítima defesa.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/interesse-publico-regulamento-direito-legitima-defesa>>. Acesso em: 26 out. 2020.

ESTRADA, Sylvio H. L. Duque. **O porte e a posse ilegais de arma de fogo à luz do Decreto Presidencial n.º 9.847/2019.** 2020. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54175/o-porte-e-a-posse-ilegais-de-arma-de-fogo-luz-do-decreto-presidencial-n-9-847-2019>>. Acesso em: 21 out. 2020.

FACCINI NETO, Orlando. **O novo decreto de armas e a inocorrência de *novatio legis in melius*.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/orlando-faccini-nao-novatio-legis-in-mellius-decreto-armas>>. Acesso em: 21 out. 2020.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. **Estado, polícias e segurança pública no Brasil.** 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0049.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2020.

MADEIRO, Carlos. **Mortes por arma de fogo no país atingem maior percentual desde 1980.** 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/06/05/mortes-por-arma-de-fogo-no-pais-atingem-maior-percentual-desde-1980.htm>>. Acesso em: 26 out. 2020.

MARCONDES, José Sérgio. **Armas de fogo: o que é? Definições e conceitos. Origem e classificação.** 2020. Disponível em: <<https://gestaodesegurancaprivada.com.br/arma-de-fogo-o-que-e-definicoes/>>. Acesso em: 26 out. 2020.

MARCONDES, José Sérgio. **Segurança Pública no Brasil – O que é, conceito, para que serve.** 2020. Disponível em: <<https://gestaodesegurancaprivada.com.br/seguranca-publica-no-brasil-estrutura>>. Acesso em: 25 set. 2020.

MARQUES, Archimedes J. Melo. **O desarmamento como instrumento ineficaz para conter a criminalidade.** 2010. Disponível em: <<https://www.algosobre.com.br/interesse-publico/o-desarmamento-como-instrumento-ineficaz-para-conter-a-criminalidade.html>>. Acesso em: 16 out. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Isabela; CHAGAS, Inara. **Porte de arma no Brasil: como funciona?**

2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/porte-de-arma-no-brasil/>>. Acesso em: 16 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8.ed., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Cristiano Aguiar. **Criminalidade e os tamanhos das cidades brasileiras: um enfoque da economia do crime**. Passo Fundo. 2005. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A152.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2020.

PINHEIRO MADEIRA, José Maria. **Reconceituando o poder de polícia**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

POMPEU, Ana. **Segurança pública eficiente exige medidas de prevenção, dizem especialistas**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-27/seguranca-publica-eficiente-exige-prevencao-dizem-especialistas>>. Acesso em: 25 set. 2020.

SANTOS, Ronaldo. **Estatuto do desarmamento**. 2014. Disponível em: <<https://ronaldosan1989.jusbrasil.com.br/artigos/175429315/estatuto-do-desarmamento>>. Acesso em: 25 set. 2020.

SCHAEFFER, Gilberto; SHIKIDA, Pery. F. Assis. **Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas**. Análise Econômica, Porto Alegre, v. 36, p. 199, 2001.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Silva Junior, Ivanildo Geremias da; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **O direito à segurança pública como direito fundamental**. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-seguranca-publica-como-direito-fundamental/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

SILVA NETO, Luis Gonzaga. **O federalismo cooperativo e a criação da força nacional de segurança pública**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42768/o-federalismo-cooperativo-e-a-criacao-da-forca-nacional-de-seguranca-publica>>. Acesso em: 26 set. 2020.

SOUZA, Adelson Joaquim. **Direito fundamental à segurança pública**. 2015. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-fundamental-a-seguranca-publica/>>. Acesso em: 26 out. 2020.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

GIOVANNA PASSONI REMÉDIO: Técnica em Administração pela Etec - Professor Rodolpho José Del Guerra. Estudante de Direito no Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos Caconde - SP.

RESUMO: A discriminação com portadores de deficiência existe desde o início dos tempos, já foram taxados de inúmeras maneiras, desde aberrações, anormais, filhos do demônio, incapazes, indesejados ou até pessoas comuns a seres mais próximos a Deus. Em determinada época até mesmo os próprios familiares sentiam repulsa e vergonha ao receber alguém especial em sua família por isso os escondiam, isolando-os da sociedade; Na Grécia com a valorização da estética eram vistos como feios então quando alguém nascia passava por uma análise fisiológica e se existisse traços de deficiência os recém nascidos eram jogados no rio. Com o passar dos anos as pessoas começaram a se sensibilizar e ter compaixão, porém a discriminação não foi erradicada. Através de alguns movimentos realizados passou a se voltar mais atenção para PCD's, especialmente na área educacional conscientizadora. Entretanto o preconceito está presente desde o início da vida escolar, fator preocupante, pois não deveria existir preconceito em nenhuma faixa etária, mas principalmente entre crianças que mal compreendem a gravidade de excluir um colega. Além da parte arquitetônica também é necessário trabalhar o psicológico dos funcionários antes de receber uma PCD, para que compreendam que é uma pessoa como todas as outras, porém que necessitam de adaptações no trabalho. Em relação à entrevista de emprego, cada pessoa defende uma tese, enquanto alguns acham que devem ser feita normalmente, outros pensam que devem se tomar devido cuidado para não ofender o concorrente à vaga. Apesar de existir uma lei para que contratem PCD's, isso é a única coisa que ela proporciona, contratação, excluindo o fato que muitos empreendedores ainda têm resistência em cumpri-la, aceitação da inclusão. Que só poderá acontecer quando estes forem nomeados da maneira correta, pessoas que são como qualquer outras entretanto que possuem certas necessidades.

Palavras chaves: tempo; PCD; atualmente.

INTRODUÇÃO

Segundo uma pesquisa realizada no ano 2016 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cerca de 24% da população brasileira é composta por pessoas portadoras de algum tipo de deficiência. De acordo com o último Censo 45 milhões de pessoas têm necessidades especiais no Brasil.

Ao longo da história a deficiência era nomeada como algo “anormal”, que era contagioso e poderia se espalhar pela sociedade. Em muitos lugares, pessoas deficientes eram sacrificadas ao nascerem.

Em algumas situações as PCD’s eram escondidas pelos familiares, ou por sentirem vergonha ou até mesmo para “protegê-los” de uma comunidade tão preconceituosa.

Apesar de o pensamento ter evoluído como passar dos anos, foi necessária a intervenção de alguns órgãos como a Organização Internacional do trabalho e a Comissão Internacional dos Direitos Humanos para proporem o fim daquela segregação, não era o ideal porém era uma iniciativa.

Uma lei de cotas foi criada para tentar inserir a PCD no mercado de trabalho, mas ainda existem empresas que, em primeiro lugar não são preparadas para receber uma pessoa deficiente, em relação a acessibilidade e outras que se recusam a recebê-los por achar que não são capacitados.

A recente lei N° 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida como *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, assim conceitua a expressão “pessoa com deficiência”:

“Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

1.1. Justificativa

O referente tema Portadores de Deficiência no Mercado de Trabalho necessita de um estudo aprofundado, para ter como foco a cidade de Caconde expondo se as empresas seguem a Lei de Cotas e como é realizado o recrutamento e seleção de pessoas deficientes em empresas.

Todavia, não deixando completamente de lado uma visão global, ou seja, se uma PCD é contratada por sua capacidade e tem a oportunidade de crescer no local de trabalho, ou se as empresas fazem a contratação apenas para não serem punidas.

1.2. Problematização

No mercado de trabalho, o maior problema quando o assunto é pessoa com deficiência, é a maneira pela qual os empregadores e outros funcionários da empresa devem agir ao se relacionarem.

As dúvidas mais frequentes são se o processo de recrutamento e seleção devem ser realizados da mesma forma que para uma pessoa não deficiente, além de como os outros colaboradores precisam se adaptar a esta realidade, se devem oferecer ajuda ou ter cautela com a comunicação por exemplo.

E outro grande questionamento, não somente das empresas, como de escolas e inúmeras pessoas, seria como ajudar nesta inclusão.

1.2.1. Hipóteses

Quando uma empresa, escola ou instituição recebe uma pessoa com algum tipo de deficiência, ela deve ter em mente que a mesma deve ser tratada como qualquer outra pessoa. Independentemente de sua condição física, intelectual ou sensorial, ela é exatamente igual a alguém não deficiente; pois também possui vida, sentimentos e necessidades.

O processo de recrutamento e seleção para PCD's vem sendo um enigma a ser resolvido, existem autores como Carreira (1997) que creem que se deve fazê-lo da mesma forma que para uma pessoa considerada "normal", porém outros como Nambu (2003) consideram que deve haver uma reformulação no tal processo.

Quanto à forma de tratamento no local de trabalho, não é nada complicada, pois não é necessário que o funcionário fique 24 horas por dia perguntando se a PCD precisa de ajuda, quando ela necessitar de algo, ela o solicitará; precaução com o que se fala deve-se ter com qualquer pessoa para não causar nenhuma ofensa, todavia não carece de apreensão, como citado anteriormente é uma pessoa como qualquer outra.

Um ótimo começo para que houvesse inclusão, seria o governo proporcionar cursos gratuitos de libras (linguagem dos sinais) para escolas, empresas, instituições a qualquer pessoa que tenha interesse, pois facilitaria a comunicação.

1.3. Objetivos gerais

O referente trabalho tem como objetivo explorar vários ângulos em relação a pessoas com deficiência, desde leis a fatores que possam os impedir ou acomodar. E abordando-os em parte na cidade de Caconde.

1.4. Objetivos específicos

Visando atingir os objetivos principais, alguns objetivos específicos são:

- Apontar os paradoxos que existem por trás da Lei das Cotas;
- Reforçar que pessoas deficientes são como qualquer outra pessoa sem a tal;
- Descobrir a melhor maneira de realizar o recrutamento e seleção para PCD's;
- Tentar oferecer soluções para problemas de inclusão;
- Expor até que ponto o benefício para deficientes ajudaria e até que ponto passa a causar comodidade.

2. REFERENCIAL TEORICO

Os deficientes em grande parte da História sempre foram excluídos ou abandonados, isso vem desde antes de Cristo, na Grécia antiga com os Espartanos, que ao nascimento faziam uma inspeção do recém-nascido, e se tivesse condições “Normais” eles criavam, caso não preenchesse os requisitos eles matavam imediatamente, pois ao longo da História a deficiência era tratada como algo “Anormal”, que a deficiência física se propagava, caso a pessoa com deficiência não fosse excluída colocaria a sociedade em que vivia em risco.

Por vários séculos pessoas deficientes físicas, visuais, mentais, entre outras, não eram considerados pessoas, e incapazes de exercerem quaisquer tipos de profissões. Sendo então muitas vezes escondidos e dados como inexistentes pelos próprios familiares, por sentirem vergonha de ter uma pessoa “diferente” dos demais.

Grande parte da sociedade fez uso de um olhar depreciativo na direção do deficiente, situação que precisava mudar para atingir uma abordagem não excludente.

Com o passar do tempo, foi criada a lei das cotas para que ocorresse a inclusão social dos deficientes no mercado de trabalho. Porém passadas mais de duas décadas ainda é possível encontrar organizações com dificuldades em cumprir essa lei.

Foi necessário que organismos internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho, a Comissão Internacional de Direitos Humanos, comesçassem a propor o fim daquela segregação (2010).

3. METODOLOGIA E PESQUISA

3.1. Metodologia para o desenvolvimento

O trabalho será realizado com base em uma pesquisa para explicar a inclusão de deficientes no mercado de trabalho, as barreiras enfrentadas, inclusão social, política e econômica, tanto de maneira global, como focado em Caconde.

3.1.1. Processos metodológicos

- Etapa 1: Estudo de caso de uma aula de Gestão de Pessoas I;
- Etapa 2: Discussões em grupo sobre o referente tema;
- Etapa 3: Estudos sobre a deficiência desde seus primórdios;
- Etapa 4: Pesquisas via internet;
- Etapa 5: Pesquisa de Campo com o comércio local;
- Etapa 6: Montagem de gráficos a partir de resultados obtidos, tanto em pesquisa online como em campo;

- Etapa 7: Entrevistas com pessoas portadoras de deficiência e pessoas da parte administrativa da cidade.

3.1.2. Local da Pesquisa

O tema é abordado com uma visão global, porém mantendo o foco principal no município de Caconde – SP.

3.1.3. Tipo de Pesquisa

A referente pesquisa se trata de um estudo de caso.

3.1.4. População e Amostra

24% da população brasileira (45 milhões de pessoas); 314 pessoas com deficiência beneficiárias cadastradas no Fundo Social em Caconde.

3.1.5. Instrumentos de Coleta de Dados

Pesquisas de Campo e via internet.

3.1.5.1. No processo de recrutamento e seleção costuma ter preferência por algum sexo?

Indica se o recrutador geralmente tem preferência em contratar pessoas de determinado sexo.

3.1.5.2. Você contrataria uma pessoa com deficiência?

Denota se os comerciantes estariam dispostos a contratar uma pessoa com algum tipo de deficiência.

3.1.5.3. Pessoas com deficiência causariam algum tipo de prejuízo à sua empresa?

Designa se os contratantes consideram as PCD's tão capazes quanto pessoas não deficientes ou se acreditam que causarão algum tipo de prejuízo.

3.1.5.4. Para você deficientes são capazes de desempenhar as mesmas funções que uma pessoa sem deficiência?

Demonstra o pensamento das pessoas em relação a capacitação das PCD's.

3.1.5.5. Você é favorável as cotas por deficiência?

Caracteriza se pessoas com deficiência de Caconde são contratadas por mérito próprio ou preenchimento de cotas.

3.1.5.6. Em algum momento uma pessoa deficiente veio a seu estabelecimento a procura de emprego?

Institui a procura por emprego da parte das próprias PCD's.

3.2. Desenvolvimento da pesquisa

4. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Inserir uma PCD no mercado de trabalho, não se trata apenas de empregá-lo, mas também se trata de torná-la parte da vida social, econômica e política. Para que a inclusão ocorra, acima de tudo, é necessário reconhecê-los como pessoas que carecem de determinadas condições de trabalho especiais.

Um dos maiores obstáculos encontrados pelos deficientes, é a locomoção; grande parte das empresas, escolas, ruas, lugares de lazer, etc., não são adaptados desde seu planejamento e acabam realizando mudanças apenas quando alguém exige que sejam feitas.

Por toda cidade nos deparamos com instituições sem rampas, escadas imensas, parquinhos inadaptados, calçadas desniveladas os quais uma cadeira de rodas jamais conseguiria passar, sem mencionar diversos problemas de acessibilidade.

Para que a inclusão se torne ainda mais tangível, os empregadores devem esclarecer aos seus colaboradores que adaptações ocorrerão devido a necessidade da própria empresa em capacitar-se no quesito de acessibilidade para futuras contratações.

4.1. Contexto histórico

Em cada época da nossa história, os deficientes foram vistos de diferentes formas, como bandidos, loucos, anormais, incapazes, filhos do diabo, etc. sendo excluídos e isolados da sociedade; mas também tinham as pessoas que sentiam compaixão e os aceitavam, todos os viam, mas poucos reconheciam o seu valor.

Com a evolução científica, a deficiência foi explicada como algo normal da natureza humana em alguns casos, mas infelizmente essa comprovação não foi o suficiente para quebrar a corrente do preconceito.

Desde o início da história da humanidade, a deficiência sempre esteve presente, porém de formas mais escondidas, ignoradas, omissas, rejeitadas ou aceitas. O fato é

que a deficiência em todo momento fez parte da vida do homem, como aceitação ou negação.

Vejam como o pensamento evoluiu ao longo da história. Na sociedade Egípcia, as questões de deficiência eram mais brandas, os egípcios eram mais caridosos, não excluíam ou condenavam os deficientes, fazem exatamente o oposto, os viam como pessoas “normais”, oferecendo trabalho para eles pudessem se sustentar e levar uma vida como qualquer outra. Podemos dizer que os egípcios mesmo não tendo nenhum tipo de conhecimento do que era a deficiência se mostravam uma cultura tolerante e respeitosa.

Já na sociedade grega, infelizmente, o pensamento era outro, em uma cultura que supervalorizava o corpo sarado e a mente sábia, os deficientes não eram aceitos. “Para os gregos, o corpo sadio deveria estar unido com a mente sábia, não se admitia a deficiência entre eles”. (SCHMIDT,2011)

Para os gregos, pessoas deficientes não contribuíam em nada para a sociedade, na verdade eram consideradas seres subumanos, ou seja, que estavam abaixo da vida humana. Por isso os deficientes não eram aceitos, e acreditavam que eles deveriam ser eliminados ainda bebês ou crianças, a partir do momento que se descobria a deficiência. Se algum guerreiro ficasse deficiente em batalha ele pedia para ser sacrificado. E o mais impressionante não são os sacrifícios, e sim, o fato de grandes filósofos como Platão e Aristóteles defenderem essa ideologia como algo perfeitamente normal.

A Doutrina Cristã trouxe certas melhorias, as pessoas ainda os excluíam da vida social, porém mesmo mantendo essa distância, os aceitavam um pouco mais e não sacrificavam, talvez por compaixão ou temor do que enfrentariam com Deus se não ajudassem.

Demorou muito para a deficiência ser aceita, já foi tencionada de diversas maneiras, desde castigo de Deus a filhos da besta, reconhecimento e valores eram raros, só após um longo período começaram a criar abrigos para deficientes. A partir deste momento as pessoas começaram a se preocupar socialmente com os deficientes, mas a sociedade não se torna boazinha da noite para o dia, ela tentava sanar a deficiência de forma que sua consciência não pesasse, porém não a queria inserida no meio social; foi quando se criaram os manicômios, prisões e orfanatos para isolarem, ou melhor, tirarem de circulação s deficientes, para que tivessem a estranha sensação de terem ajudado e terem cumprido sua missão.

4.2. Os movimentos sociais e as pessoas com deficiência no Brasil

A opressão de pessoas com deficiência se manifesta de maneira histórica, por muito tempo; o espaço para que esse segmento da população fizesse parte da tomada de decisões que lhes diz respeito era pouquíssimo ou nulo.

No século XX começaram a surgir algumas iniciativas para as pessoas com deficiência, principalmente na área educacional. No Brasil, no ano de 1926 foi criado Canoas (RS) o Instituto Pestalozzi inspirado no pedagogo suíço Johann Heinrich Pestalozzi (1746-1827), dedicado à educação especial. No Rio de Janeiro, em 1954 foi fundada a primeira Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), e no mesmo ano seria aberta as portas da Associação Brasileira Beneficente de Reabilitação (ABBR).

Na década de 60, houve o desenvolvimento de movimentos de pessoas com deficiência (DINNIZ, 2009), que desta forma passaram a ser protagonistas de suas lutas, assim surgiu o modelo social da deficiência que abandonou o ponto de vista meramente biológico, consistindo em ver os portadores de deficiência como pessoas autônomas com plena capacidade de fazer suas escolhas e a partir deste momento, tinham suporte social para isso.

Cresceu a consciência que resultaria no movimento político de pessoas com deficiência, ao fim da década de 70. A “fase heroica” desse movimento coincide com a abertura política, quando se encontram em Brasília no ano de 1980 construíram a pauta comum de reivindicações de seus direitos. Segundo Figueira, “se até aqui a pessoa com deficiência caminhou em silêncio, excluída ou segregada em entidades, a partir de 1981, Ano Internacional da Pessoa Deficiente, promulgado pela ONU, passou a se organizar politicamente”, e em depoimento Sasaki diz que, “pela primeira vez surgiu a palavra pessoa para conferir dignidade e identidade ao conjunto das pessoas deficientes”.

Em 1980, não se permitiu que houvesse uma cidadania separada para pessoas com deficiência, e sim, a inserção de seus direitos nos capítulos da Constituição de 1988.

Em âmbito federal, foi criada em 1986, a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência (Corde) e, em 1999, do Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (Conade).

O conjunto das leis brasileiras destinadas aos direitos das pessoas com deficiência é reconhecido como um dos mais abrangentes do mundo:

- A primeira lei federal abrangente sobre as pessoas com deficiência é a Lei 7.853/1989;
- A acessibilidade é tratada nas Leis 10.048 e 10.098/2000 e no Decreto 5296/2004;

- A Lei 10.436/2002 é específica para a pessoa surda e tornou oficial a Língua Brasileira de Sinais (Libras);
- As pessoas cegas ou com baixa visão, após a Lei 11.126/2005 e o Decreto 5904/2006, podem ingressar e permanecer com o cão-guia em ambientes e transportes coletivos, em lugar preferencial demarcado;
- A Lei 8.112/1990 determinou a reserva de cargos nos concursos públicos e a Lei 8.213/1991 estabeleceu a reserva de 2 a 5% dos cargos nas empresas com 100 ou mais empregados;
- A partir da recente Lei 13.409/2016, tornou-se obrigatória a reserva de vagas para o ingresso de alunos com deficiência nas escolas técnicas e nas instituições de ensino superior federais;
- A Lei 8.742/1993 estabeleceu o atendimento da pessoa com deficiência em diversos tipos de serviços da assistência social.

Por fim, foi instituída em 2015 a Lei Brasileira de Inclusão – Lei 13.146/2015, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

4.3. Processo de recrutamento e seleção de pessoas portadoras de deficiência

Em se tratando de recrutamento e seleção de PCD's, surgem algumas divergências, enquanto alguns autores sobre o tema dizem que o processo deve ser realizado idem ao de uma pessoa considerada "normal", outros acreditam que deve haver uma reestruturação para atender ao paradigma da inclusão.

O primeiro passo para recrutar uma pessoa com algum tipo de deficiência, é como qualquer outro recrutamento, é necessário analisar qual a natureza da vaga a ser preenchida, quais as qualificações necessárias para a seleção, quantas pessoas devem ser contratadas, etc. esse planejamento ajudará a empresa a decidir o número e tipo de colaboradores que devem ser contratados.

O autor Carreira (1997), defende que o processo de recrutamento deve ser único, também aponta alguns fatores como saúde, educação, transporte e tecnologia que devem ser analisados, pois interferem na inclusão de uma PCD no mercado e não exclusivamente responsabilidade da empresa.

Cabe destacar, que a descrição específica do cargo pode influenciar a contratação de uma pessoa deficiente como em qualquer mecanismo de recrutamento e seleção. Segundo o autor, se o recrutador não conhecer o perfil do cargo e a formação do candidato, pode cometer erros que tornem o contratado incapaz de exercer sua função.

Por outro lado, Garçon (2007), alega que não basta simplesmente inserir o deficiente no mercado de trabalho como a lei exige. Uma PCD precisa de capacitação, transporte, educação, atendimento médico especializado, entre outros; e isso não é responsabilidade apenas da empresa, mas do governo também.

Outro fator a ser analisado antes que o recrutamento onde pretende-se contratar um deficiente se inicie, é a estrutura da empresa, para a inclusão ocorrer a ABNT(2004) afirma que são necessárias adaptações no local de trabalho para que haja conforto e acessibilidade para a PCD. E ainda que a estrutura não se trata exclusivamente da parte física da empresa, mas também é conveniente a sensibilização dos colaboradores sobre a forma de tratamento e esclarecimento de dúvidas, para que realmente exista a inclusão.

É ressaltado por Carreira, a dificuldade que existe em encontrar PCD' s habilitadas, comparado a um recrutamento de pessoas não deficientes, na maior parte das vezes os empresários e principalmente administradores de recursos humanos não sabem onde e nem como procura-las.

Rodrigues (2007), afirma que o RH não está preparado para enfrentar essa questão, e além do despreparo, ainda existe a questão do preconceito, a absurda ideia que o portador de deficiência não conseguirá realizar as tarefas que forem delegadas a ele.

De acordo com Garçon (2007), uma saída para contornar essa situação, é contratar PCD' s para trabalharem em programas de diversidade e recrutamento e seleção de deficientes, pois segundo ele, uma pessoa que vivencia o mesmo "problema", saberá onde encontrar profissionais e as dificuldades que serão enfrentadas.

Araujo (2006), considera que a comunicação bilateral é extremamente importante, principalmente quando se trata de PPD' s, pois é a partir dela que o deficiente se sentirá seguro para aceitar as informações a ele oferecidas.

Carreira ainda diz, que apesar de existirem mais fatores que influenciam a contratação de uma PCD, o processo adotado deve ser o mesmo, a eficiência do processo dependerá dos meios de divulgação usados, e acrescenta que não cabe a empresa procurar um candidato, e sim, PCD ir até a vaga, da mesma que uma pessoa não deficiente.

Todavia a opinião de Carreira, não contempla a visão socialmente responsável que a empresa venha a ter, afinal se a empresa reconhece a necessidade da adaptação do espaço, passa a ser obrigação a adoção de procedimentos e apoios essenciais para

a concretização do ato, pois algumas técnicas usadas para a contratação de pessoas não deficientes podem ser ineficazes.

4.4. Causas para o desemprego

O desemprego para portadores de deficiência é causado por vários motivos, tendo como principal o fato de que a sociedade ainda os vêem como improdutivos e incapazes de exercerem qualquer tipo de função.

A escolaridade e qualificação de deficientes é baixa, pois a exclusão social começa desde a escola, e a falta de fiscalização do MTE (Ministério do Trabalho e Emprego).

Outro motivo para isto é também o descumprimento da Lei das cotas pelas demais empresas que agora pagam multas por isso.

Os deficientes mais afetados pelo desemprego são os intelectuais, por conta do conhecimento cognitivo, que precisam de apoios para serem treinadas diretamente no posto de trabalho.

4.4.1. Sem trabalho a PCD é ainda mais deficiente

As pessoas portadoras de deficiência enfrentam sérias dificuldades nas mais variadas esferas sociais como: escolas, que alegam não ter preparo para receber um indivíduo com determinadas peculiaridades, não tem acesso ao lazer em razão das barreiras arquitetônicas, e muitas vezes também são privadas do direito ao trabalho pelo mesmo problema de infraestrutura.

No Brasil, existem cerca de 9 milhões de PPD's, no qual apenas 2% estão inseridas no mercado de trabalho. Sem conseguir ingressar em uma carreira acadêmica o portador torna-se ainda mais deficiente pois passa a se enxergar como incapaz, muitas vezes a PPD terá certas limitações porém não é motivo para que ela deixe de viver, basta respeitar seu corpo.

4.4.2. A exclusão de pessoas portadoras de deficiência começa desde o âmbito escolar

Primeiramente exclusão são os problemas sociais que levam o indivíduo ao isolamento ou até mesmo à discriminação de um determinado grupo.

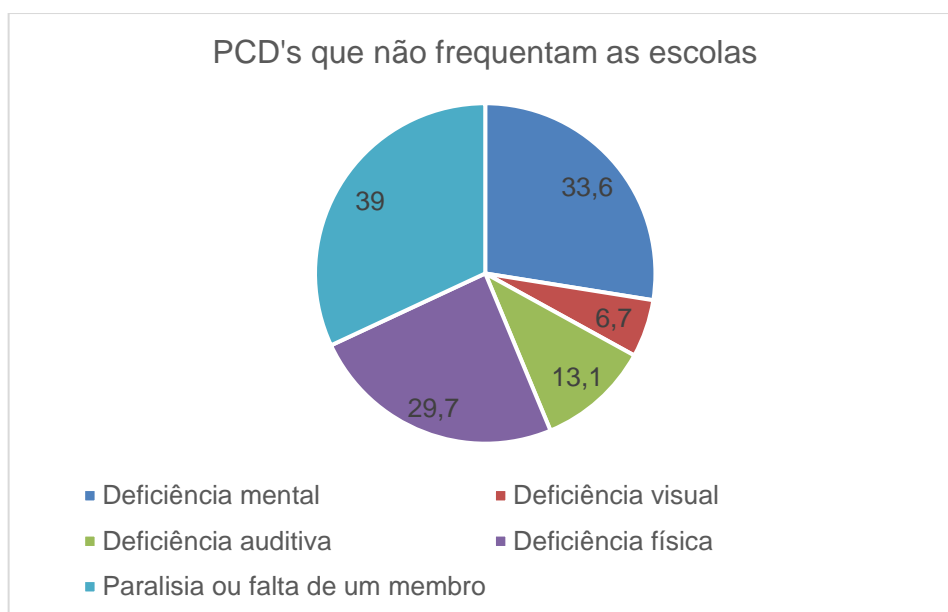
Acontece pois o ambiente escolar muitas vezes não é construído apropriadamente, tendo em mente que um dia o estabelecimento poderá vir a receber uma PCD. E também a cultura brasileira em seus inúmeros equívocos inclui considerar estranho e afastar tudo e todos que são um pouco diferentes, é função dos pais

ensinarem a respeitar e compreender que todos são iguais de maneiras diferentes e função dos professores reafirmarem isso.

A necessidade de inclusão escolar, já reconhecida e defendida por lei, também gera uma necessidade de organização da escola para receber e direcionar a aprendizagem de todos os tipos de alunos. Essa organização depende de ações políticas, pedagógicas, culturais e sociais, que facilitem e proporcionem a interação entre crianças com e sem necessidades especiais.

E acima de tudo, além de aceitação no ambiente escolar, os primeiros a reconhecerem as necessidades especiais de alguém, são os próprios pais; quanto mais rápido esse reconhecimento acontece em casa, melhores condições e maiores chances de sucesso e independência a criança terá.

GRÁFICO 1 - Crianças deficientes que não frequentam a escola



Fonte: o próprio autor

4.5. Só 1% dos brasileiros pcd' s estão no mercado de trabalho

Segundo o IBGE cerca de 24% dos brasileiros, ou seja, 45 milhões de pessoas possuem algum tipo de deficiência. Muitos enfrentam dificuldades de inserção social, e exercer uma função profissional pode ajudar a ultrapassar essas dificuldades. Porém apesar da obrigatoriedade legal, a quantidade de PCD' s inseridas no mercado de trabalho formal ainda é pequena. Apenas 403.255 estão empregados, o que corresponde a menos de 1% das 45 milhões de pessoas com deficiência no país.

Considerando apenas as pessoas com deficiência intelectual, o número de empregados vem crescendo de 25.332 trabalhadores em 2013 para 32.144 em 2015.

De acordo com a procuradora de trabalho, Maria Aparecida Gurgel que alguns dispositivos da lei de inclusão poderiam ser regulamentados e melhor explorados, como o trabalho apoiado e a capacitação pelas próprias empresas, a exemplo do que é feito pela APAE-DF. Para ela, as empresas também devem abrir oportunidades para as pessoas com deficiência intelectual em todas as funções. A procuradora do Trabalho, Maria Aparecida Gurgel, explicou que alguns dispositivos da lei de inclusão poderiam ser regulamentados e melhor explorados, como o trabalho apoiado e a capacitação pelas próprias empresas, a exemplo do que é feito pela APAE-DF. Para ela, as empresas também devem abrir oportunidades para as pessoas com deficiência intelectual em todas as funções.

4.5.1. O despreparo das empresas. Acessibilidade e adaptação do ambiente de trabalho

Muitas empresas reclamam que existe descompromisso com o trabalho da parte de PCD's, como na pontualidade, tarefas a serem realizadas e reivindicam um tratamento diferenciado.

No entanto, é importante ressaltar que a pessoa com deficiência necessita, em alguns casos, de horários mais flexíveis, pois devido a sua condição física/médica, precisa de tratamentos de reabilitação, como fisioterapia, fonoaudiologia ou terapia ocupacional, para que possa ter qualidade de vida e exercer o trabalho de forma mais produtiva. Portanto, a adoção de esquemas flexíveis no horário de trabalho é essencial para o bem-estar de algumas pessoas e deve fazer parte do programa de inclusão das empresas. Neste caso, a falta de informação por parte das empresas sobre as condições clínicas desses indivíduos dificulta a contratação ou mesmo a permanência deles no trabalho.

As ações de sensibilização e adequação do posto de trabalho que visam dar condições de igualdade são essenciais para modificar a relação de trabalho entre as pessoas com e sem deficiência.

Neste sentido, profissionais do setor de recursos humanos têm um papel fundamental no processo de inclusão. Eles são os responsáveis por receber os novos trabalhadores e por orientar os outros quanto à questão da deficiência, reduzindo assim, a falta de informação que pode levar à discriminação e a resistência na contratação desses indivíduos. Portanto, atividades de sensibilização têm função muito importante neste processo e devem incluir todos os funcionários.

4.6. Problematizando a relação entre estado, sociedade e organizações em torno da inclusão das PCD' s

Primeiramente é necessário que se perceba o paradoxo que existe por trás de uma lei ou declaração de direitos. Por um lado, o texto expressa os direitos de um determinado grupo, por outro leva a crer que a necessidade da formulação da mesma, significa que os direitos a que se refere não estão sendo reconhecidos ou respeitados pela sociedade.

Se por um ângulo tal lei defende, por outro ela demarca e formaliza a diferença entre as pessoas, no caso portadoras de deficiência e as consideradas não deficientes; é necessária cautela para não tornar diferenças físicas, sensoriais ou mentais em diferenças sociais.

Inserir PCD' s no mercado de trabalho tem sido uma tarefa difícil, em primeiro lugar é necessário que seus talentos sejam reconhecidos, tarefa que não é nada fácil para pessoas que tiveram seu desenvolvimento dentro de padrões considerados normais, tamanha dificuldade um pouco em razão da complexidade de tal tema. Entretanto, as mudanças viriam em favor da diversidade e do reconhecimento da igualdade humana.

4.7. Acessibilidade em locais de lazer para crianças portadoras de deficiência

De acordo com a Lei número 11.982, ao menos 5% dos brinquedos ou equipamentos em parques de diversões devem ser adaptados para portadores de deficiência ou que possuem mobilidade reduzida.

No Brasil, atualmente a situação da maioria dos parques de diversões é precária, com brinquedos velhos, sem manutenção, oferecem risco não só a deficientes, mas a todos. Os mesmos alegam que existe determinada dificuldade em adaptar todos os brinquedos, pois dizem que afeta a funcionalidade e características; porém os parques de diversões que não cumprirem com a Lei pode até perder o alvará de funcionamento.

Em alguns lugares a prefeitura está criando consciência, em Curitiba por exemplo foram construídos parquinhos infantis com gangorra, balanço, tirolesa e skate adaptados.

Brincar é essencial para os pequenos, atíça a curiosidade, desenvolve a imaginação e diverte; ao ar livre então, existem muito mais vantagens, como o contato com a luz do sol, prática de atividades físicas e não é diferente para PCD' s, por isso importância de parquinhos adaptados.

E também os playgrounds terem brinquedos acessíveis a todos, ajuda na inclusão das crianças, ensina-as a valorizar a amizade acima de qualquer diferença.

4.8. Aposentadoria por invalidez

Aposentadoria por invalidez é um benefício previdenciário recebido por pessoas que em razão de alguma moléstia ou incapacidade não pode mais exercer atividades laborativas.

Para receber a aposentadoria por invalidez, o indivíduo deve cumprir aos requisitos, ou seja, que cumpra a carência mínima e tenha sido acometido de alguma incapacidade que o impossibilite para o trabalho.

Os requisitos são carência, capacidade de segurado e incapacidade.

A Aposentadoria por Invalidez será cessada se o segurado voltar a trabalhar, quando falecer, ou quando recuperar a capacidade para o trabalho.

4.8.1. A Dificuldade de Deficientes em Aposentar

Segundo a perícia realizada no INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), alguns segurados que buscam sua aposentadoria têm encontrado dificuldades.

Poucos são os segurados que saem aposentados, entretanto muitos ficam devendo tempo de contribuição, pois o sistema de pontos exigido pela Previdência, estaria quase impossível atingir o grau de deficiência grave.

Mesmo com um documento sendo apresentado pela perícia, o benefício, muitas vezes, ainda é negado.

Para o advogado Sérgio Salvador, um dos maiores obstáculos é a burocracia, "O benefício é feito em etapas, sendo a primeira do agendamento, a segunda do entendimento, a terceira da perícia médica, a quarta da avaliação social e a última do resultado final. Entre elas, em algumas agências, o prazo é de meses".

Tempo de contribuição:

- Para pedir o benefício é preciso:
- Comprovar que estava deficiente há, no mínimo, dois anos antes do pedido da aposentadoria. Ter no mínimo 15 anos de contribuição como deficiente;
- Segurado com deficiência leve:
- Tempo mínimo de contribuição: 33 anos para homens e 28 anos para mulheres;
- Segurado com deficiência moderada:
- Tempo mínimo de contribuição: 29 anos para homens e 24 anos para mulheres;
- Segurado com deficiência grave:
- Tempo mínimo de contribuição: 25 anos para homens e 20 anos para mulheres.

4.9. Cotas, ajudam, mas falta inclusão

Em 1989 o presidente José Sarney deu início a tal lei, para que a ideia de igualdade começasse a fazer efeito na sociedade em geral, sendo então considerada pela BBC somente em 2004 entrando em vigor no ano de 2015.

A Lei exige que toda empresa de grande porte – com cem ou mais empregados – deverá preencher de 2% a 5% por cento dos seus cargos, com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, na seguinte proporção:

- De 100 a 200 empregados – 2%
- De 201 a 500 empregados – 3%
- De 501 a 1.000 empregados – 4%
- De 1.001 em diante – 5%

Muitas empresas sentem receio ao contratar pessoas portadoras de deficiência, pois não sabem como as mesmas irão se adaptar ao ambiente e as funções a serem exercidas. Não somente por receio, mas a falta de interesse é maior que tudo, apenas pelo fato do preconceito ainda existente, sendo contratados também apenas para cumprirem a lei federal.

Esse processo desestruturado, focado apenas em bater as cotas, traz resultados ruins para todos. Desta forma pessoas perdem por não serem valorizadas por suas competências e as empresas também perdem possuindo equipes despreparadas, colaboradores desmotivados e conseqüentemente taxas de absenteísmo acima de esperado.

Apesar desta lei ser a mais conhecida não é a única legislação que trata de inclusão social, antes de sua criação, a constituição brasileira garantia alguns direitos básicos á pessoas portadoras de deficiência, como acesso à saúde, educação e transporte. E com o passar do tempo leis mais específicas foram criadas para deixar as obrigações das empresas com essas pessoas mais claras.

Cerca de 33% dos gestores não tem resistência em contratar pessoas portadoras de deficiência, entretanto os outros 67% ainda resistem, pois as consideram incapazes de exercerem as funções que uma pessoa considerada “normal” exerceria. Sendo assim, boa parte contratando somente pelo fato da lei existente para cumprir as cotas.

Um dos problemas mais enfrentados pelos deficientes é na hora do recrutamento e seleção, pois muitos acabam se sentindo desprezados devido ao fato de tais abordagens feitas.

Em muitos casos quando o entrevistador vê que o candidato se trata de um PPD, pensa em dispensa-lo em primeiro momento, mudando somente de ideia após analisar seu currículo, percebendo que o tal é totalmente qualificado se encaixando nos requisitos da empresa.

Segue abaixo o depoimento do senhor Jose Wilson de Souza:

“Eu recebi o encaminhamento para uma entrevista e a pessoa designada para receber os currículos conversou comigo, mas não olhou nos meus olhos. Ele pegou meu currículo e virou as costas, quando percebeu que eu tinha curso superior, ficou surpreso e voltou. Eu disse que não tinha como esperar o entrevistador, eu queria a vaga, mas não quero mais. Disse: ‘Essa empresa não merece uma pessoa com deficiência qualificada, vocês precisam rever seus conselhos’”.

4.10. O que as pessoas com deficiência enfrentam no mercado de trabalho

Dentre os maiores obstáculos enfrentados pelos portadores de deficiência estão as barreiras arquitetônicas, e mais, ainda existe a dificuldade de comunicação com pessoas cegas e surdas, coisas que parecem tão simples, mas que fazem muitas PCD’s desistirem de procurar vagas de emprego, mesmo sendo extremamente capacitadas.

“Um estudo realizado em setembro de 2016 pelos sites “Vagas.com” e “Talento incluir” apontou que, de 4319 pessoas, 62% relataram enfrentar algum tipo de dificuldade no mercado de trabalho. Dentre os participantes (portadores de deficiência física, auditiva, visual, intelectual e pessoas reabilitadas pelo INSS), os problemas mais mencionados foram a falta de oportunidade para o perfil profissional (66%), baixos salários (40%), ausência de plano de carreira (38%) e falta de acessibilidade (16%).”

No geral, toda essa dificuldade acontece porque as empresas não estão preparadas para receber um profissional que necessite de condições especiais de trabalho. Contratar um portador de deficiência é sinal de responsabilidade social, porém é preciso saber lidar com alguém que, porventura, precise de auxílios.

É importante que as empresas sejam adaptadas para receber PCD’s, um cadeirante por exemplo precisa de espaço amplo, portas largas; um deficiente auditivo necessita de alguém que saiba libras (linguagem de sinais) e para uma pessoa deficiente visual, documentos em braile.

5. APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS

Por meio deste trabalho viu-se que o processo de recrutamento e seleção para pessoas portadoras de deficiência ainda é uma questão, começando pela abordagem da entrevista que muitos sentem receio em fazer, em seguida entram as perguntas, a estrutura do local, a vaga a ser preenchida e assim segue. Talvez seja esse um dos motivos, embora um tanto banal, que levam os gestores e entrevistadores a resistirem tanto para contratar uma PPD. Contratando-as apenas para seguir a lei e cumprir a cota.

A Lei das Cotas realmente ajuda os portadores de deficiência a conseguirem emprego, porém, existe uma contradição, ela ajuda por um lado, mas por outro expressa que é necessária uma declaração de direitos para que a PPD tenha seu lugar na sociedade.

Alguns fatores levam os deficientes a desistirem de procurar uma vaga de emprego, entretanto a oportunidade não vai bater em sua porta, da mesma forma que não bate na de ninguém; a partir do momento que se fala de igualdade, subentende-se que da mesma maneira que todos têm direitos, também têm deveres a serem cumpridos.

Considerando que a discriminação já se inicia no âmbito escolar, é dever dos pais passarem valores para seus filhos, para respeitar acima de tudo. Não só a prefeitura, como o governo também, deveria incluir libras na proposta, para que todos pudessem se comunicar, seria um passo mais próximo da inclusão e um passo mais longe do isolamento.

Retornando ao assunto das cotas, se analisada a lei em si, é um pouco preconceituosa, pois aparenta insinuar que pelo fato de ser uma pessoa deficiente ela não possui capacitação e nem qualificação para trabalhar e por isso precisa de uma lei que obrigue sua contratação.

Ao longo dos anos temos muitos exemplos de pessoas portadoras de alguma deficiência que superaram todas as barreiras. Tomando por exemplo o jogador argentino de futebol Lionel Messi, ele possui uma forma de autismo, porém usou isso a seu favor, ele possui um nível mais alto de concentração; Claudius, um imperador romano que deixou sua marca na história possuía uma deficiência física, era manco e levemente surdo, algo que levou sua própria mãe a chama-lo de monstro, mas mesmo assim tornou-se imperador; e como último exemplo mas não menos importante, temos o renomadíssimo compositor Ludwig Van Beethoven, , que ficou surdo com o passar do tempo e mesmo assim compôs sua nona sinfonia, a surdez poderia ter o impedido mas pelo contrário ele regeu a orquestra que apresentou sua nova música pela primeira vez, assim mostrando ao mundo que, nada pode te abater se você não permitir.

6. SUGESTÕES DE MELHORIA

A criação de uma lei que exija o nivelamento em todas as calçadas, para facilitar o tráfego de cadeirantes e pessoas com mobilidade reduzida.

Inclusão de aulas de Libras na grade escolar e conscientização infantil em relação ao assunto, para crescerem sem preconceito, entendendo que algumas pessoas possuem mais necessidades.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados obtidos através do Trabalho de Conclusão de Curso mostraram que algumas empresas sentem receio ao contratarem PCD's. Todavia também revelou que muitos dos portadores de deficiência, principalmente os que recebem auxílio, acabaram se acomodando, assim não procurando por emprego.

Por outro lado, existe uma outra parte, aqueles que não desistem e além de conseguirem um emprego, atingem destaque em sua área de atuação.

Sendo assim, não basta uma lei exigindo a inclusão, se o próprio deficiente não quiser ser incluso, por sentir-se diferente das demais pessoas. A aceitação deve vir de ambas as partes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Amcham. **Cotas ajudam, mas falta inclusão: o que pessoas com deficiência enfrentam no mercado de trabalho.** Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/blogs/ecoando/cotas-ajudam-mas-falta-inclusao-o-que-pessoas-com-deficiencia-enfretam-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

RIBEIRO, Thiago Helton M. **O movimento político das pessoas com deficiência: a mitigada representação democrática da maior das minorias no Brasil.** Disponível em: <<https://thiagohelton.jusbrasil.com.br/artigos/485939920/o-movimento-politico-das-pessoas-com-deficiencia-a-mitigada-representacao-democratica-da-maior-das-minoriss-no-brasil>>. Acesso em:

VANINI, Eduardo. **Mesmo com lei de cotas, pessoas com deficiência ainda enfrentam dificuldades no mercado.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/mesmo-com-lei-de-cotas-pessoas-com-deficiencia-ainda-enfretam-dificuldades-no-mercado-21463482>>. Acesso em:

FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. **As ações afirmativas enquanto políticas de inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20575/as-acoes-afirmativas-enquanto-politicas-de-insercao-de-pessoas-portadores-de-deficiencia-no-mercado-de-trabalho>>. Acessado em: 14 Jun. 2012. 14h

VARDÉLI, Andreia. **Apenas 1% dos brasileiros com deficiência está no mercado de trabalho.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/apenas-1-dos-brasileiros-com-deficiencia-esta-no-mercado-de>>

APENDICE A – Questionário para pesquisa de campo realizada

1- No processo de recrutamento e seleção costuma ter preferência por algum sexo?

Sim Não

2- Você contrataria um portador de deficiência?

Sim Não

3- Portadores de deficiência causariam algum tipo de prejuízo à sua empresa?

Sim Não Talvez

4- Para você deficientes podem desempenhar as mesmas funções que uma pessoa sem a tal?

Sim Não Talvez

5- Você é a favor das cotas para deficientes?

Sim Não

6- Em algum momento um portador de deficiência veio a seu estabelecimento à procura de emprego?

CONHECIMENTO, FISCALIZAÇÃO E PUNIBILIDADE NA CONTRAÇÃO DE PERTURBAÇÃO DO TRABALHO E SOSSEGO ALHEIOS

JOSIAS FELIX DE SOUZA: Bacharelado do curso de Direito na faculdade Universidade Brasil

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: Este artigo trata-se de uma revisão literária e doutrinária dos conflitos sociais que envolvem a problemática da contração penal disciplinada pelo artigo 42 da Lei das Contrações Penais Nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Quanto à atuação do agente público no atendimento de ocorrências de perturbação da tranquilidade pública, bem como a importância da elaboração de Termo Circunstanciado e envio direto ao Juizado Criminal Especial, por se tratar de uma infração de menor potencial ofensivo. Bem como, disciplinar e harmonizar o convívio social, uma vez que a tranquilidade pública seja infringida por excessos de barulhos, algazaras, gritarias, shows, som automotivo. Assim, a revisão literária e doutrinária da contração em questão, se faz necessária, pois, muitos cometem esta ilegalidade por saber que a fiscalização é falha e quando ocorre, a punibilidade é ínfima, comparado aos danos sofridos, seja pelo direito coletivo ou individual afetados, porque todo indivíduo tem o direito constitucional de viver em paz, com qualidade de vida, sem que o sossego alheio seja indevidamente perturbado.

Palavras-Chave: Contração, perturbação, sossego.

ABSTRACT: This article is a literary and doctrinal review of social conflicts that involve the problem of criminal misdemeanor disciplined by Article 42 of the Criminal Misdemeanor Law No. 3,688, of October 3, 1941. Regarding the performance of the public agent in dealing with incidents disturbance of public tranquility, as well as the importance of preparing a Detailed Term and sending it directly to the Special Criminal Court, as it is an offense with less offensive potential. As well as, to discipline and harmonize social interaction, once the public tranquility is violated by excesses of noise, noise, shouting, concerts, automotive sound. Thus, the literary and doctrinal revision of the misdemeanor in question is necessary, since many commit this illegality because they know that the inspection is flawed and when it occurs, the punishment is negligible, compared to the damages suffered, whether by the collective or individual law affected, because every individual has the constitutional right to live in peace, with quality of life, without the rest of others being unduly disturbed.

Keywords: Misdemeanor, disturbance, peace

1 INTRODUÇÃO

O estudo das diversas disciplinas jurídicas e sociais nos remete a profundas reflexões acerca do convívio em sociedade. Pois não é de hoje que ao conviver com outros indivíduos, o ser humano, até mesmo os animais, se deparam com embates sociais por divergências de atitudes e de pensamentos.

Ademais, acerca do conceito de sociedade segundo Ferreira (2010, p. 706):

Sociedade: 1. Agrupamento de seres que vivem em estado gregário. 2. Grupo de indivíduos que vivem por vontade própria sob normas comuns; comunidade. 3. Grupo de pessoas que, submetidas a um regulamento, exercem atividades comuns ou defendem interesses comuns; grêmio, associação, agremiação. 4. Meio humano em que o indivíduo está integrado. 5. Contrato pelo qual pessoas se obrigam a reunir esforços ou recursos para a consecução dum fim comum.

Assim, pode-se inferir que convívio social se trata do relacionamento entre seres humanos, e que estes são dotados de direitos, quer sejam individuais, quer sejam coletivos.

Torna-se clara a intenção do legislador em estabelecer estes direitos, pois buscou harmonizar o convívio social ao ponto que inseriu esta preocupação no bojo do texto constitucional nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Constituição Brasileira, que diz o seguinte em seu artigo 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - **construir uma sociedade livre, justa e solidária;**

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais;**

IV - **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (GRIFO NOSSO).

A partir daí, não há de se olvidar que seria necessária a tutela jurisdicional do Estado em algum momento, pois, seja em curto ou longo prazo, do convívio em

sociedade resulta conflitos, que devem ser dirimidos, muitas vezes judicialmente. Conforme o texto Constitucional em seu artigo 5º, inciso XXXV:

Art.5 [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Sabidamente ao senso comum a conscientização e respeito mútuo evitaria demasiados conflitos sociais, todavia incumbe ao Estado-Juiz a aplicabilidade das medidas administrativas pertinentes no caso da contravenção de perturbação ao sossego alheio. Pois os direitos de ambos os indivíduos devem coexistir, e não o de um sobrepor ao dos demais, como por exemplo um sujeito que possui um veículo com escapamento ruidoso, se achar no direito daquilo que lhe é agradável ser a toda a sociedade. O mesmo acontece nos casos, de som alto, festas, brigas etc.

Assim, o objetivo do presente trabalho é de realizar uma revisão da literatura, doutrina e jurisprudência acerca da pena da conduta infratora da contravenção penal de perturbação do sossego e tranquilidade alheios, uma vez que esta foi estabelecido outrora, quando os indivíduos tinham comportamentos diferentes dos atuais, pois os comportamentos sociais desenvolveram-se de uma forma não prevista pelo legislador, logo tal infração é inúmeras vezes cometida sem que haja punição, seja porque a pena é muito branda ou a fiscalização é defeituosa.

2 PERTURBAÇÃO DO TRABALHO OU SOSSEGO ALHEIO

A tranquilidade pública ou coletiva abrange o direito ao sossego, ou seja, a possibilidade de o indivíduo viver em paz e harmoniza com o meio, sem que haja perturbações de ordem criminal ou cível. Podemos extrair da carta magna brasileira, a Constituição Federal em seu artigo 225:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, enquanto que o sujeito passivo é primariamente, a sociedade e a coletividade e, secundariamente, os indivíduos que forem diretamente afetados. Contudo o dispositivo em questão fora criado a época, para tutelar nos aspectos ambientais de maneira estrita, todavia, podemos perceber a necessidade de interpretação ampla da norma constitucional pois o direito deve evoluir a medida que os costumes se modificam.

Especificamente no caso de perturbação do trabalho e sossego alheio o dispositivo está contido na Lei de Contravenções Penais, pois a conduta não é tipificada como crime. Há ainda outras legislações que tratam do assunto fora do âmbito penal, como por exemplo: Lei Federal nº9.605/1998 – Lei de Crimes contra o meio ambiente, que no artigo 54 estabelece pena de prisão e multa por poluição de qualquer natureza; Decreto Estadual nº62.472/2017 que dispõe sobre a emissão de ruídos sonoros provenientes de aparelhos de som portáteis ou instalados em veículos automotores estacionados no estado de São Paulo.

Para que esteja caracterizada a contravenção penal é necessário que esta perturbação seja realizada mediante uma das formas definidas nos incisos do art.42 da Lei de Contravenções Penais, bem como o art. 65 da referida Lei, reforça o ato de perturbar tranquilidade alheia, ser punida também com multa.

Art. 42. **Perturbar** alguém o trabalho ou o **sossego alheios**:

I – **com gritaria ou algazarra**;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – **abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos**;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. (GRIFO NOSSO)

Art. 65. **Molestar** alguém ou perturbar-lhe a **tranquilidade**, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. (GRIFO NOSSO)

Destarte, pode-se aduzir que, são exemplos de infrações penais, o proprietário de um estabelecimento comercial que perturba a vizinhança de modo significativo com

a manutenção de som alto e algazarra em seu bar, pratica o ilícito descrito no art. 42, inc. III. Bem como, o que realiza apresentações e músicas ao vivo e causa barulho acima dos limites tolerados, em horário avançado, sendo irrelevantes à autorização para funcionamento do estabelecimento ou a mudança posterior da conduta.

Todavia, o fato da conduta não ser tipificada no Código Penal Brasileiro, demonstra o quanto a legislação está ultrapassada, e merece ser revista.

Nítido é a antiguidade da lei, que a jurisprudência pátria se faz forte nesse sentido:

O abuso de instrumentos sonoros e sinais acústicos: “constitui infração do art. 42, III, da Lei das Contravenções Penais o proceder de quem, abusando de instrumentos sonoros, que liga em alto volume, sobre tudo às horas mortas da noite, perturba o sossego alheio” (TACrimSP – RT, 758/573).

Assim, pode-se notar através dos entendimentos jurisprudenciais acima colacionados que uma pessoa que faz uma confraternização com o alto volume de som e incomoda a vizinhos, pratica a contravenção penal em estudo.

A desinformação dos direitos e deveres sobre a tranquilidade pública no produz conflitos que poderiam ser facilmente evitados se todos utilizassem o bom senso e respeitassem o direito alheio.

Na análise da contravenção em comento, pode-se chegar na identificação de seus elementos constitutivos, quais sejam: elemento subjetivo, consumação e tentativa.

O elemento subjetivo da contravenção em estudo será sempre o dolo. Contudo, a jurisprudência Paulista já lançou entendimento que para configuração do elemento subjetivo da perturbação, apenas basta a mera vontade.

Considera-se consumada a contravenção quando ocorre a efetiva perturbação do trabalho ou sossego alheios, ou seja, havendo incomodo de terceiros pelos atos praticados, consumado está o ato. Conclui-se, portanto, que não se admite tentativa do ilícito em comento.

Desta forma, a intenção do legislador é tutelar a paz pública, a tranquilidade e o direito ao sossego, a qual tem previsão legal amparada no artigo 1.277 CC.

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Assim, como fica evidente no texto expositivo do art.3º da Lei de Contravenções Penais.

Art. 3º Para a existência da contravenção, basta a **ação ou omissão voluntária**. Deve-se, todavia, ter em conta o **dolo** ou a **culpa**, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico. (GRIFO NOSSO)

O crime é da competência da Justiça Estadual ou Federal, tem ação penal pública ou privada, de acordo com o artigo 100 do Código Penal Brasileiro.

Art. 100. A ação penal é **pública**, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo **Ministério Público**, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do **Ministro da Justiça**.

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante **queixa do ofendido** ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (GRIFO NOSSO)

Importante destacar o limite temporal do artigo 75 Código Penal, com o artigo 10º da Lei das Contravenções Penais.

Art. 10. A duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a **cinco anos**, nem a importância de multas ultrapassar cinquenta contos.

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser **superior a 40** (quarenta) anos.

- **1º** Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.
- **2º** Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (GRIFO NOSSO)

Relevante esclarecer quanto à tentativa dos crimes disciplinados no Código Penal Brasileiro, há previsibilidade de punição, artigo 14. Porém, nos crimes citados na Lei de Contravenções Penais, não há punibilidade para a tentativa, conforme o texto literário do artigo 4º.

Art. 14 - Diz-se o crime:

Crime consumado

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (GRIFO NOSSO)

Há de se evidenciar que a previsão na Lei de contravenções penais não trata exclusivamente da perturbação ao sossego da sociedade, mas do meio ambiente como um todo. Sendo esta complementada por outras legislações como por exemplo o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) no artigo 228:

Art. 228. Usar no veículo equipamento com som em volume ou frequência que não sejam autorizados pelo CONTRAN:

Infração - grave;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo para regularização.

Fica evidente no artigo citado acima que, para fins diversos, a ação ruidosa pode receber autorização específica se for relevante ao serviço público ou atividade

diversa permitida pela autoridade, porém considera-se o uso ordinário ou cotidiano, infração para qualquer forma de som considerado abusivo em vias e locais públicos.

Assim, compete a polícia militar, com base no artigo 23 do CTB a fiscalização, e nas ocorrências constatadas pelos agentes a aplicação do estipulado no artigo supra, ou seja, multa e a medida administrativa de retenção do veículo.

Art. 23. Compete às Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal:

III - executar a fiscalização de trânsito, quando e conforme convênio firmado, como agente do órgão ou entidade executivos de trânsito ou executivos rodoviários, concomitantemente com os demais agentes credenciados;

Ademais, temos como exemplo ainda na cidade de São Paulo o Programa de Silêncio Urbano (PSIU) que atua na fiscalização de estabelecimentos comerciais que prevê em seus artigos 146 e 147 o seguinte:

Art. 146. Fica proibida a emissão de ruídos, produzidos por quaisquer meios ou de quaisquer espécies, com níveis superiores aos determinados pela legislação federal, estadual ou municipal, prevalecendo a mais restritiva.

[...]

Art. 147. Os estabelecimentos que comercializem bebida alcoólica e que funcionem com portas, janelas ou quaisquer vãos abertos, ou ainda, que utilizem terraços, varandas ou espaços assemelhados, bem como aqueles cujo funcionamento cause prejuízo ao sossego público, não poderão funcionar entre 1h e 5h. § 1º A fiscalização da infração ao disposto no "caput" deste artigo independe de medição por sonômetro.

3 DA ATUAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR NO ATENDIMENTO DE OCORRÊNCIA

Tendo sido o sossego de determinado indivíduo tolhido, o mesmo deverá contatar a Polícia Militar, assim, basta uma ligação para número 190, não sendo necessária a não identificação do solicitante, que a perturbação do sossego estará consumada. Como procedimento, quem reclama do som alto não é obrigado a comparecer no local para que a polícia tome as providências, mas será obrigado a fornecer dados para ser qualificado como vítima ou testemunha.

No caso de uma reclamação por perturbação do sossego, o responsável pela contravenção será, primeiro, advertido sobre seu ato, e que pare com a irregularidade penal. E no caso de persistir, poderá ser preso, já que estará cometendo o crime de desobediência, sendo também apreendido o objeto que está causando a perturbação, quando for o caso. Um exemplo do caso concreto é o motorista que esteja com o som alto demais, independentemente do lugar, este também pode passar pela mesma situação, sendo advertido pelo policial sobre o incômodo que está provocando, o qual, não acatando a ordem, terá cometido, antes de tudo, a contravenção e, em seguida, o crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal, vez que a ordem do policial está dentro da lei.

Bem como explicita a literatura do artigo 17 da Lei das Contravenções Penais que a ação penal é pública, devendo o agente agir de ofício, após constatar a irregularidade.

Contudo, o primeiro passo deve-se tentar resolver a situação de forma amistosa e, caso a medida não surta os efeitos desejados, buscar ajuda policial, bem como, de um advogado para que sejam adotadas as medidas pertinentes.

De grande valia processual é a elaboração do termo circunstanciado pelo policial militar para a solução do conflito debatido, vez que, já existe texto legislativo à respeito, a Lei 9.099/95, pois trata especificamente de crimes de menor potencial ofensivo, que tem a finalidade de fazer com que os processos sejam tratados de forma mais simples e céleres, onde o legislador substituiu o inquérito policial pelo Termo Circunstanciado.

Assim, com o envio direto ao Juizado Especial criminal pela Polícia Militar, a resposta a sociedade se torna mais rápida e eficiente. Conforme podemos extrair do artigo 69 da Lei 9099/95:

Art. 69 – A Autoridade Policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

De modo que, possa ao indivíduo prejudicado ter a solução de seu problema o mais breve possível.

Na Polícia Militar do Estado de São Paulo, o miliciano que exerce suas funções em contato direto com a sociedade, chamada de infantaria, recebe as seguintes orientações e determinações para o atendimento de ocorrência no tema relativo a este trabalho.

Após a solicitação para atendimento de ocorrência de perturbação do sossego público, através de ligação 190, em que não é exigido a identificação do solicitante, a central de operações da Polícia Militar, denominado COPOM, redireciona a chamada através de rádio aos patrulheiros de plantão da localidade do fato. Uma vez acionados, os policiais militares deslocam-se ao local da importunação e tentam fazer contato direto com o proprietário da residência ou do veículo automotor causador do volume em excesso. Assim, é feito, primeiramente, uma orientação ao indivíduo para que não haja mais perturbação do sossego alheio, tentando solucionar o problema de forma amistosa, e que se houver nova solicitação no mesmo local e dia, será registrado o boletim de ocorrência, apreensão do objeto que está propagando o som alto, bem como a apresentação dos envolvidos à Polícia Civil.

Na aproximação do local informado, os policiais militares, até mesmo por se tratar de uma atividade crítica, faz uma previa avaliação do número de pessoas envolvidas e tenta mediar o conflito, sempre se pautando do bom senso, mas na maioria das vezes, há necessidade de apoio de outros policiais militares, pois os ânimos estão exaltados, as pessoas estão embriagadas, as ruas ficam interditadas com mesas, cadeiras, veículos, entre outros ilícitos penais.

Na constatação visual de pessoa armada, deve-se realizar a busca pessoal e identificar o responsável imediatamente, evitando maiores transtorno, pois a Polícia Militar preza pela vida, integridade física e a dignidade da pessoa humana.

Caso o solicitante não for identificado, deve-se reconhecer o autor e procurar cessar a perturbação, valendo-se da Mediação Comunitária.

Núcleo de Mediação Comunitária da Polícia Militar do Estado de São Paulo, trata-se de uma forma de solução de conflito gratuita, no qual, será solicitado que o autor e o solicitante, compareçam à base da polícia militar local, para uma reunião, com dia e hora marcada, em concordância para os envolvidos, onde as respectivas versões serão ouvidas pelo mediador (policial militar capacitado e treinado) e ambos encontrarão uma solução pacífica e registrarão um termo de mediação extrajudicial e assinarão, o qual possui validade jurídica e nada impede que se o fato voltar a acontecer novamente, ambos podem iniciar o devido processo legal na justiça comum, respeitando o prazo de seis meses para a representação pertinente ao caso.

No caso de identificação do solicitante que não deseja registrar a ocorrência, este deverá ser ouvido pelo policial militar para conhecer os motivos da reclamação,

procurar acalmar os ânimos, cessar a perturbação, valendo-se da mediação, qualificar as partes e elaborar BOPM, solicitar os documentos pessoais, realizar pesquisa e elaborar RAIA (Relatório sobre Averiguação de Infração Administrativa). De acordo com o art.17 do decreto-lei nº 3.688/41 (Lei de Contravenções penais), a ação penal é pública devendo a autoridade proceder de ofício.

Já nas ocorrências de perturbação envolvendo veículo, além de identificar o condutor, pesquisar o emplacamento, deve-se adotar as medidas administrativas necessárias, conforme legislação de trânsito vigente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O convívio social acelerado tornou as relações interpessoais mais enigmáticas e exige do Estado, o qual é o guardião da paz pública, uma solução mais célere aos atos contravençionais de perturbação do sossego alheio, bem como a participação da sociedade como um todo, quer seja na convivência harmônica com o meio, ou na conscientização da população da importância de se manter a paz social, e em último caso em fazer cumprir a legislação pertinente, no que tange a aplicabilidade das penas descritas.

Tendo em vista a sistemática do assunto abordado, a Polícia Militar, em seu poder de polícia, deve e tem competência para elaborar o Termo Circunstanciado e envio ao Juizado Especial Criminal, estabelecido pela Lei 9.099/95, para a solução aos conflitos sociais, atingidos pela perturbação do sossego alheios.

Ao examinar o bem jurídico tutelado pelo referido artigo, há de se considerar que o legislador a certou em proteger a paz e tranquilidade pública. Todavia, é nítido que a pena deve ser reanalisada, uma vez que o homem só respeita aquilo que teme, e seria uma forma de disciplinar as condutas humanas.

Apesar das inúmeras adversidades que todo conflito social traz, o melhor caminho para solução eficaz da contravenção penal de perturbação do trabalho e sossego alheios, se faz pela união de todos, ou seja, pelo envolvimento das autoridades de Segurança Pública, pelo Poder Judiciário e pelos integrantes da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm> Acesso em 19/11/2020.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. In: Vade Mecum Saraiva. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 17/11/2020.

BRASIL. **Dos juizados especiais cíveis e criminais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em 21/11/2020.

BRASIL. **Lei das contravenções penais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em 17/11/2020.

FERREIRA, A.B. de O. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa.** 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

SÃO PAULO. **Plano diretor estratégico.** Acesso em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317849>> Acesso em 19/11/2020.

A MATERNIDADE SOLO E O DIREITO À CRECHE DURANTE A PANDEMIA COVID-19

FRANCIELE CRISTINE AVELINA VAZ:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA e simultaneamente graduando no curso de Administração na Universidade Estácio de Sá.

RESUMO: O presente artigo analisa a magnitude do direito constitucional à creche para as mães solo no período da pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2, popularmente conhecida como Covid-19. Haja vista que atualmente 47,5% dos domicílios do país são chefiados por mulheres, este trabalho buscará analisar como adequar as demandas da maternidade solo sem a abertura das creches públicas e particulares durante a pandemia Covid-19. O trabalho possui relevância social, jurídica, tecnológica, biológica, psicológica, política e educacional. Apresentar como vão trabalhar, ainda que em *home office*, se não há onde deixar os filhos, o que a iniciativa privada pode fazer à respeito e, mais importante, o que o Estado pode fazer à respeito. Para a elaboração deste estudo é abordado o método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, destacando princípios constitucionais fundamentais, legislações pertinentes e doutrinas.

PALAVRAS CHAVE: DIREITO À CRECHE, MATERNIDADE SOLO, DIREITO AO TRABALHO, PANDEMIA, COVID-19.

ABSTRACT: The present article analyses to point out the magnitude of the constitutional right to have childcare for solo mothers during the pandemic period caused by the SARS-CoV-2 virus, popularly known as Covid-19. Bearing in mind that currently 47.5% head of households in this country are women, this work will seek to analyze how to adapt the demands of solo motherhood without the opening of public and private childcare centers during the Covid-19 pandemic. The current work has social, legal, technological, biological, psychological, political and educational relevance. Show how those mothers will work, even if in home office, if there is nowhere to leave children, what the private sector can do about it and, more importantly, what the State can do about it. For the elaboration of this study the deductive method is approached, with the bibliographic research technique, highlighting fundamental constitutional principles, pertinent legislation and doctrines.

KEY WORDS: RIGHT TO CHILDCARES, SOLO MOTHERHOOD, RIGHT TO WORK, PANDEMY, COVID-19.

SUMÁRIO. INTRODUÇÃO. 1. O DIREITO À CRECHE COMO INSTRUMENTO DE MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER AO TRABALHO. 2. A

CRISE GENERALIZADA DO COVID-19. 2.1 DO FECHAMENTO DAS CRECHES. 3 É PRECISO UMA ALDEIA CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O termo “mãe solo” denomina não só a mulher que é mãe e está solteira, diferente do que muitos imaginam, ele abrange também a multiplicidade de funções de educar, manter financeiramente, prover afeto e criar a criança, sendo assim total e unicamente responsáveis pelos seus filhos. Claro que é apenas uma nomenclatura para um fato preexistente.

O presente artigo consiste em explorar o exercício do direito constitucional a creches no contexto de mães solo que trabalham, de modo que a maioria dessas mulheres não escolheu essa sobrecarga de funções. As divisões de responsabilidades relacionadas a esse processo de criação dos filhos deveriam ser feitas de acordo com a análise da possibilidade e da demanda de todas as partes envolvidas: pais, mães e filhos.

Ademais, com o impacto da pandemia que atingiu o mundo causada pela crise generalizada da saúde e economia causada pelo vírus Covid-19, tais mulheres que antes podiam contar com escolas e/ou creches para auxiliá-las nesse processo exaustivo de multitarefas, se viram desamparadas, mas ainda na necessidade de cumprir as mesmas funções, acrescidas de ficar com os filhos diariamente.

A maternidade é um dos pilares da sociedade, por isso é um tema relevante para qualquer ser humano, de maneira direta ou indireta, visto que até hoje é necessário que uma pessoa do sexo biológico feminino gere o embrião em seu útero para que o ser humano possa assim nascer.

A CR/88 em art. 7º, inciso XXV e a Lei nº 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), protegem o direito à assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os cinco anos de idade em creches e pré-escolas. O presente estudo buscou trazer à tona a emergência do retorno e manutenção das creches, elucidando saídas e remédios constitucionais para essa lacuna deixada pela ausência do funcionamento das creches e pré-escolas no Brasil meio à pandemia.

Sendo assim, busca-se através do presente estudo contribuir com hipóteses para solucionar o problema a fim de auxiliar essas mães que encontram-se desamparadas.

Para tal, no próximo capítulo faz-se uma análise dos princípios constitucionais fundamentais, legislações pertinentes, doutrinas e julgados que tratam sobre o tema.

1 O DIREITO À CRECHE COMO INSTRUMENTO DE MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER AO TRABALHO

O que fazer quando se é mulher, mãe de criança pequena e não possui nenhuma rede de apoio? Apesar do Decreto Lei nº 5.452/1943, que dispõe sobre a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o, há de se expor que no âmbito trabalhista ainda é dividido em gêneros com uma linha rígida e difícil de ser ultrapassada, composta por obstáculos sociais e de gênero, sendo que o Brasil é um país que é composto em sua maioria por mulheres segundo dados do IBGE.

Ainda assim, elas não ocupam sequer metade dos cargos políticos do país, o que acaba dificultando o exercício e defesa dos direitos de jovens meninas, mulheres e mães, colaborando para a perpetuação de uma sociedade historicamente machista sendo que, de acordo Conforme informação obtida junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE):

As mulheres compõem a maior parte do eleitorado brasileiro, mas ainda estão longe de conseguir se eleger na mesma proporção dos homens. Segundo dados do Cadastro Eleitoral, são mais de 77 milhões de eleitoras em todo o Brasil, o que representa 52,5% do total de 147,5 milhões de eleitores. Desse número, apenas 9.204 (31,6%) mulheres concorreram a um cargo eletivo nas Eleições Gerais de 2018. Destas, 290 foram eleitas, um aumento de 52,6% em relação a 2014. (BRASIL, 2019)

A disseminação da cultura patriarcal, fez com que se tornasse necessária a existência de arcabouços legais que protegessem os direitos das mulheres ao trabalho a fim de buscar uma igualdade de gêneros pautada na isonomia salarial, empregatícia e social, em termos trabalhistas, pois a luta se estende muito além dos parâmetros abordados no presente artigo. Nesse sentido:

As mulheres sempre trabalharam. Seu trabalho era da ordem do doméstico, da reprodução, não valorizado, não remunerado. As sociedades jamais poderiam ter vivido, ter-se reproduzido e desenvolvido sem o trabalho doméstico das mulheres, que é invisível.

Nem sempre as mulheres exerceram ofícios reconhecidos, que trouxessem remuneração. Não passavam de ajudantes de seus maridos, no artesanato, na feira ou na loja. Sua maneira de lidar com o dinheiro trazia problemas, ainda mais quando eram casadas. No entanto, elas sabiam contar, e o célebre quadro de Bassano que retrata os Portinari, mostra um casal de cambistas

iguais em suas ações. (PERROT, 2017, p. 109)

Se as mulheres sempre trabalharam, elucida-se que o cerne do problema não se encontra no exercício de ofícios, mas no reconhecimento da mulher como ser social e capaz de produzir lucros, assim como os homens já praticam há centenas de anos.

A nova geração de mães deixa para o pretérito a roupagem da matriarca da “propaganda de margarina”, na qual a mulher possui apenas a função doméstica e de cuidar dos filhos abraçando assim uma versão da maternidade que é interdisciplinar e diversificada, na qual o padrão é não haver um molde. Mulher, engenheira, escritora, modelo, atriz e mãe, essa poderá se tornar uma definição comum das mães do futuro e já é algo emergente.

Há ainda, para as mães em regime regulamentado pela CLT, o artigo 400 que diz que “os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária” (BRASIL, 1943).

Tão real é a discrepância entre homens e mulheres que se fez necessário todo um capítulo na CLT para gerar instrumentos normativos que corroborassem para a efetivação do Princípio da Proteção ao Trabalho da Mulher, mostrando que não é apenas uma questão de gênero, mas também social.

No artigo 7º, inciso XXX da CR/88, proibiu-se as diferenças salariais entre pessoas que exerçam a mesma função, buscando desta forma efetivar o Princípio da Isonomia (nos termos dos artigos 5º, inciso I e 226, §5º da CR/88).

A licença remunerada à maternidade é garantida constitucionalmente pelo art. 7º, inciso XVIII da CR/88, dando direito às mães de 120 dias. Há ainda a Lei de nº 11.770/08, que criou o Programa Empresa Cidadã, a fim de prorrogar a licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, alongando por 60 dias para as mães das empresas adeptas.

No intuito de proteger as mães trabalhadoras, a CLT, em seu art. 389, parágrafos 1º e 2º assim dispõe:

Art. 389. Toda empresa é obrigada: (Redação dada pelo Decreto Lei de nº 229, de 28 de fevereiro de 1967)

(...)

§1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob

vigilância e assistência e assistência os seus filhos no período da amamentação. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967)

§2º - A exigência do §1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais. (Incluído pelo Decreto-lei de nº 229, de 28 de fevereiro de 1967)

O benefício denominado Reembolso-creche ou auxílio creche surgiu através da necessidade de um substituto para a exigência da existência de creches em estabelecimentos em que trabalham mais de trinta mulheres nos termos do art. 389 da CLT, desde que cumpridos os pressupostos à diante através portaria do Ministério do Trabalho de nº 3.296 de 1986 que que foi alterada pela portaria MTb de nº 670 de 1997, conferindo:

I – o reembolso-creche deverá cobrir, integralmente, as despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até os seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valores estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de prestação à maternidade.

II- O benefício deverá ser concedido a toda empregada-mãe, independentemente do número de mulheres do estabelecimento, e sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade.

III – As empresas e empregadores deverão dar ciência às empregadas da existência do sistema e dos procedimentos necessários para a utilização do benefício, com a fixação de avisos em locais visíveis e de fácil acesso para os empregados.

IV – O reembolso-creche deverá ser efetuado até o 3º (terceiro) dia útil da entrega do comprovante das despesas efetuadas, pela empregada-mãe, com a mensalidade da creche.

Conquanto, para que haja a possibilidade de implantação pelo empregador do sistema de Reembolso-Creche, é necessário que haja a estipulação prévia em acordo ou convenção coletiva, de modo que tal requisito não se aplica à órgãos públicos e

instituições paraestatais, nos termos do art. 566 da CLT, *caput*.

Destarte, o auxílio-creche se adequar apenas às mulheres, inclusive segundo o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho, tal instituto serve como efetivação do Princípio da Isonomia (art. 5º, I, da CF), haja vista que as mulheres historicamente trabalham em casa também, estendendo seus esforços. Leia-se o seguinte acórdão do TST neste sentido:

I- AGRAVO DE INSTRUMENTO DO SINDICATO . RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. AUXÍLIO-CRECHE. ACORDO COLETIVO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. Confirmada a ordem de obstaculização do recurso de revista, na medida em que o apelo não logrou demonstrar a satisfação dos pressupostos de admissibilidade do art. 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido. II- RECURSO DE REVISTA DA SANEPAR SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. AUXÍLIO-CRECHE. NORMA COLETIVA. EXTENSÃO AO EMPREGADO CASADO NÃO DETENTOR DE GUARDA EXCLUSIVA. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT ATENDIDOS. A jurisprudência desta Corte Superior apresenta-se no sentido de que não fere o princípio da isonomia a restrição prevista em norma coletiva, no sentido de restringir apenas às empregadas e aos empregados detentores da guarda exclusiva dos filhos o reembolso do auxílio - creche. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2020)

A Emenda Constitucional nº 53 de 2006, num retrocesso, diminuiu a idade do atendimento gratuito de seis para cinco anos e por mais que o Art. 7º, inciso XXV da CR/88, diga que deve haver a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os cinco anos de idade em creches e pré-escolas, não há vagas suficientes para suprir a demanda de alunos.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio do Índice de Necessidade de Creches (INC) de 2018, quase 50% das crianças de 0 a 3 anos no país não possuem vaga disponível em creches, sendo que os estados em maior defasagem são: São Paulo, Rio de Janeiro, Amazonas e Amapá.

A ausência de vagas impossibilita que mães solo possam exercer seu direito fundamental ao trabalho, impedindo-as de gerar renda para a subsistência das mesmas e de seus filhos. Essa lacuna de investimento governamental em educação fere diretamente o Princípio da Isonomia que é o exercício da igualdade material associado à formal, considerando todas as desigualdades existentes em sua aplicação, quais sejam gênero, etnia, classe social e demais fatores diversificadores.

No mesmo sentido da proteção deste direito, o ECA em seu artigo 54, inciso IV, diz que “é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente atendimento em creche e pré-escola a crianças de zero à cinco anos” (BRASIL, 1990).

A Lei nº 9.394/1996 que dispõe sobre a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) tornou a educação escolar pública responsabilidade do Estado, de forma que a ausência do suprimento da demanda das creches é um impedimento de que não só os pretensos alunos, mas suas famílias consigam exercer seus direitos constitucionais.

A legislação brasileira vigente assegura a inserção e a permanência das mulheres no mercado de trabalho como o art. 208 da CF/88 em seu inciso IV, que versa sobre o dever do Estado com a educação e sua efetivação através da educação infantil em creches e pré-escolas para crianças de até 5 anos.

Trata-se portanto de trazer à tona o Princípio Jurídico da Solidariedade, que “resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver em sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade” (LÔBO, 2007, p.145).

Deste modo, no capítulo seguinte, tratar-se-á sobre a crise sanitária que atingiu o mundo inteiro, causando apenas no Brasil o preocupante número de 307 mil mortes até março de 2021, segundo dados do Conselho Nacional de Secretários da Saúde (Conass).

2 A CRISE GENERALIZADA DO COVID-19

O que há dez anos fazia parte apenas dos livros de história que tratavam de doenças como a peste bubônica (1347-1351), a varíola (1520) e a gripe espanhola (1918-1919), em 2020 tornou-se parte da realidade ao redor do globo.

Relata-se que o primeiro caso oficial de Covid-19 foi em um paciente na cidade de Wuhan, em dezembro de 2019, na China. O vírus foi transmitido através de morcegos para hospedeiros e destes intermediários para o homem.

Em questão de poucos meses a doença se alastrou pelo mundo, mesmo com constantes recomendações de higiene e isolamento social pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Apenas no Brasil contabilizam-se aproximadamente 12.404.014 pessoas contaminadas pelo coronavírus até 26/03/2021, de acordo com os dados fornecidos pelo CONASS.

O estado de calamidade chegou ao patamar no qual médicos são obrigados a escolher qual paciente será tratado na UTI. A crise gerada pelo vírus não é apenas

sanitária, mas afetou a economia mundial, o psicológico das pessoas, a educação e as relações sociais.

O Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil caiu 4,1%, maior baixa da série histórica, aumentando-se a ansiedade e depressão da população, devido ao alto nível de estresse gerado por toda a situação de pânico.

Há mais de 11,5 milhões de mães solo segundo a Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM-BA) e no que chamam de "retrocesso histórico", elas passaram a enfrentar não só dificuldades financeiras em consequência da pandemia, mas também a sobrecarga psicológica e física causada pelo fechamento das creches.

2.1 DO FECHAMENTO DAS CRECHES

O presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS), apresentou documento à OMS à Organização das Nações Unidas (ONU) para alertar sobre a responsabilidade Estatal quanto ao colapso do sistema interno de saúde:

O Brasil registra mais de 10 milhões de casos e mais de 260 mil mortes por complicações da Covid-19 desde o início da pandemia. As medidas preconizadas pela Organização Mundial da Saúde para prevenir e diminuir a exposição ao vírus, não estão sendo incentivadas pela autoridade política do país. As vacinas, que poderiam dar uma resposta com maior celeridade para conter o vírus na população, também caminham a passos lentos. Diante desse cenário, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) e a Frente Pela Vida decidiram levar essas preocupações para instâncias internacionais nesta segunda-feira (8/3) . (CNS, 2021)

Meio à tal crise que perdura desde fevereiro de 2020, diversas medidas legais foram tomadas para enfrentar a pandemia e manter não só a saúde, mas a dignidade humana dos cidadãos brasileiros, como a Lei nº 13.982/20 que implementou o chamado Auxílio Emergencial e a Lei nº 13.979/20 que versou sobre o isolamento, a quarentena e demais medidas de erradicação da doença.

Em 22 de março de 2020 publicou-se a Medida Provisória de nº 927, que dispunha sobre as medidas trabalhistas para o estado de calamidade pública que se reconhecia pelo Decreto Legislativo de nº6/2020, porém encerrou-se sua vigência, mas não sem antes deixar seus lapsos no "novo normal" que o brasileiro teria de se adaptar.

Um dos primeiros setores a serem atingidos foi o da educação, pois à exemplo da capital mineira, com o Decreto nº 17.304, de 18 de março de 2020, as aulas nas redes de ensino públicas e particulares foram suspensas, o mesmo se repetiu nos demais municípios do país, sendo de forma híbrida ou remota, gerando uma

defasagem na educação de milhares de crianças que ainda não se pode calcular.

A maioria das crianças está assistindo aula de maneira remota e sendo instruídas por seus pais, geralmente a mãe, que não possui conhecimentos técnico-pedagógicos para transmitir os ensinamentos de maneira correta, além de sobrecarregá-las com tarefas além do que já possuíam como cuidar das tarefas domésticas, trabalhar em regime de teletrabalho, ter cuidados pessoais e às vezes estudar.

No estudo elaborado pela Fundação Lemann e comandado por André Portela, concluiu-se que o ensino remoto poderá atrasar o desenvolvimento educacional em até 4 anos, avançando as marcas da desigualdade de ensino.

Segundo pesquisa realizada em 2019 pela consultoria do Instituto de Dados (IDados), conforme números do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), percebe-se que 47,5% dos domicílios do país são chefiados por mulheres, sendo que nos últimos 8 anos aumentou em 11 milhões o número de mulheres que comandam seus lares.

A responsável pela pesquisa, Ana Tereza Pires, utilizou como base o Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE, a participação da população no mercado de trabalho diminuiu, de modo geral, desde o início da pandemia do Covid-19, porém, inversamente, cresceu o número de mulheres chefes de famílias, pois vários homens perderam seus cargos formais, levando as mulheres a terem que buscar uma renda para prover o sustento da família.

O exercício da maternidade desde os primórdios da vida social possuía uma roupagem paternalista e misógina já os moldes atuais caminham noutra direção, compreendendo que a maternidade não só precisa, mas deve sofrer alterações para suprir a demanda de uma nova geração de mulheres que se liberta aos poucos das amarras invisíveis do patriarcado, mas que pede socorro pela sobrecarga.

O mercado educacional e econômico ainda está despreparado para receptor e acolher essa nova demanda do “exército de uma mulher só” que são: mães, empresárias, alunas, donas de casa e mais outras incontáveis funções simultaneamente.

Abaixo, encontra-se um trecho do artigo denominado “Gerações produtivas e carreiras: O que as mulheres da geração Y querem?” que discorre sobre a participação de mães no mercado de trabalho:

A questão da maternidade também traz uma pressão adicional às mulheres trabalhadoras que precisam conciliar as demandas profissionais, em um ambiente de pressão crescente por resultados, com o desejo de serem mães. Essa pressão é ainda

mais intensa em países de cultura machista, como o Brasil, pois o cuidado com os filhos ainda é visto como uma atribuição feminina (NETO, TANURE e ANDRADE, 2010). Por esse motivo, as mulheres que pretendem ter filhos vivenciam o dilema decorrente dessa sobreposição de papéis, pois os primeiros anos de ascensão na carreira coincidem com os anos mais apropriados biologicamente para a maternidade. [...] Conforme destacam Neto, Tanure e Andrade (2010), no Brasil, dada a disponibilidade de mão de obra feminina barata, as mulheres executivas buscam conciliar as demandas do trabalho com as da maternidade, recorrendo à ajuda de empregadas domésticas e babás, que assumem parte substancial do cuidado com seus filhos. O maior compromisso com a criação dos filhos também produz efeitos na mobilidade profissional da mulher, menos disponível para viajar constantemente a trabalho e raramente propensa a mudar de país, em função das demandas familiares. (LEMOS; MELO; GUIMARÃES, 2013, p. 137)

As mulheres estão tornando-se mães, mas atualmente esse papel não é o único exercido pelas mesmas, então é preciso que as implicações sobre esse fenômeno sejam estudadas, não só para viabilizar a inserção dessas pessoas noutros meios além do doméstico, mas também para a adequação da sociedade para essa nova demanda.

Essa incapacidade de conciliar as multitarefas, tem gerado um movimento de mulheres que acreditam que devem escolher entre construir uma família ou ter sucesso profissional, fazendo-as crer que nunca é possível conciliar os dois. O que historicamente não acontece da mesma forma com os homens.

Não há como deixar de mencionar os danos no psicológico não só das mães solo, mas de toda a população que se vê em quarentena há mais de um ano e o atraso psicopedagógico que isso causará nas crianças e adolescentes, principalmente, mas também nos adultos acadêmicos que precisaram reformular a forma como o aprendizado é absorvido.

O que parece descrição de tarefas que apenas um robô conseguiria fazer em 24 horas, tornou-se a realidade de muitas mulheres brasileiras: trabalhar, cuidar dos filhos, estudar, ter sanidade mental, cuidar da casa e cuidar de si, tudo isso, sem sair de casa – e essas são as que chamamos de “privilegiadas”, porque há ainda as que não podem sequer se dar ao luxo de trabalharem via teletrabalho, pois suas funções não possibilitam.

3 É PRECISO UMA ALDEIA

Há um provérbio africano no qual se diz: “é preciso uma aldeia inteira para educar uma criança” e dele extrai-se o que por fim, à título de considerações finais discutiu-se em outras palavras, para que a maternidade possa ser exercida de maneira digna, é necessário que haja uma rede de apoio, porém há mulheres que não contam com esse privilégio.

É inconstitucional a vivência que as mães solo estão experimentando diante desse período de pandemia sem o auxílio das creches. Para a porcentagem brasileira que é casada ou possui um parceiro para compartilhar a criação dos filhos, é necessário que se busque a quebra dos estigmas patriarcais e machistas que ainda estão incrustados no exercício da família, mas para isso, é fundamental que o parceiro efetue uma cessão de seus privilégios, compreendendo sua responsabilidade não apenas financeira, mas também intelectual, sentimental, psicológica e social na formação dos filhos.

É necessário que se crie uma rede de apoio para as mães solo, ainda que através de políticas públicas, fornecendo vacinação prioritária, cestas básicas, isentando periodicamente o pagamento de contas de energia e água e, posteriormente, criando formas de pagamento flexíveis e auxiliando financeiramente para que possam ter uma vida minimamente digna, ainda que em sobrecarga.

Resta esperar maiores ações governamentais no sentido de erradicar a doença do país com políticas de conscientização da seriedade da doença e suas consequências, e investimento em soluções na área da saúde como o aumento de leitos, políticas de prevenção, providenciamento imediato de vacinas para a população inteira se prevenir e investimento em pesquisa para encontrar talvez uma cura, pois esta pode ser apenas a primeira de muitas pandemias que essa geração irá enfrentar e precisamos estar preparados para o “novo mundo” para que não sejamos pegos de surpresa novamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte o exposto conclui-se que apesar do direito à creche ser protegido por institutos legais, como o Princípio da Isonomia, Princípio da Solidariedade e os direitos referentes ao exercício do trabalho da mulher, ainda é preciso que o Estado intervenha em prol das mães solo para que estas possam pelo menos prover sua subsistência meio à essa pandemia que não possui data para acabar.

O foco para a solução de todos os problemas apontados é a busca da cura para a doença do Covid-19 e a sua distribuição em massa para a população, para que assim a população possa se recuperar dos danos sociais, econômicos e psicológicos causados pela pandemia.

REFERÊNCIAS

AIELLO-VAISBERG, Tânia Maria José et al. **Maternidade e Sofrimento Social em Tempos de Covid 19**: Estudo de Mommy Blogs. 2020. Disponível em; <<https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/356>> Acesso em: 16 de mar. 2021

BARROS, Marilisa Berti de Azevedo *et al.* Relato de tristeza/depressão, nervosismo/ansiedade e problemas de sono na população adulta brasileira durante a pandemia de COVID-19. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, v. 29, p. e2020427, 2020. Disponível em: < <https://www.scielosp.org/article/ress/2020.v29n4/e2020427/pt/> >. Acesso em 19 mar. 2021

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 mar. 2021

BRASIL. **Projeto de Lei nº 199 de 2016**. Altera o art. 396 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a redução da jornada da mãe lactante. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1449898>. Acesso em: 23 mar. 2021

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo - ARR-1266-80.2015.5.09.0661**. Relator: Mauricio Godinho Delgado, 20 de novembro de 2020. Disponível em: < <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2d73d14a96c37b398513d8315b2e1e4f>>. Acesso em: 19 mar. 2021

Com falta de leitos, médicos são obrigados a escolher quem será tratado na UTI: “Nos sentimos impotentes”. 10 mar. 2021 **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/google/amp/pr/oeste-sudoeste/noticia/2021/03/08/com-falta-de-leitos-medicos-sao-obrigados-a-escolher-quem-sera-tratado-na-uti-nos-sentimos-impotentes.ghtml>>. Acesso em: 28 mar. 2021

CRUZ, Eduardo Felix da. O direito a creches e pré-escolas sob uma perspectiva constitucional. **Jus.com**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29676/o-direito-a-creches-e-pre-escolas-sob-uma-perspectiva-constitucional>>. Acesso em: 23 mar. 2021

DE OLIVEIRA, Anita Loureiro. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da COVID-19. **Revista Tamoios**, v. 16, n. 1, 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448>> Acesso em: 16 mar. 2021

ESTRELA, Fernanda *et al.* Gestantes no contexto da pandemia da Covid-19: reflexões e desafios. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 30, n. 2, 2020. Disponível em:

<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312020000200314&tlng=pt>. Acesso em: 16 mar. 2021

GRUBER, Arthur. Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença. **Jornal da USP**, 14 mar. 2020. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>>. Acesso em: 19 mar. 2021

LACERDA, Pilar. É preciso uma aldeia inteira. **Fundação SM**. São Paulo, 8 out. 2016, Disponível em: <<http://fundacaosmbrasil.org/noticia/pilareducacaointegral/>>. Acesso em 19 mar. 2021

MIRANDA, Rafael de Souza. O direito à creche e o dever do Estado. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://rafaeldesouzamiranda.jusbrasil.com.br/artigos/111671296/o-direito-a-creche-e-o-dever-do-estado/amp>>. Acesso em: 23 mar. 2021

LEMOS, Ana Heloísa Costa; MELLO, Giselle Rohr; GUIMARÃES, Mayara Farias. Gerações produtivas e carreiras: o que as mulheres da Geração Y querem?. **Revista de Administração da UFSM**, v. 7, n. 1, p. 135-152, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/index.php/reaufsm/article/view/6280>>. Acesso em: 23 mar. 2021

LIMA, Denise Sousa da Silva. A negociação coletiva de trabalho como instrumento para a efetivação da igualdade de gênero: uma investigação sobre o direito ao auxílio-creche como prática de democratização do cuidado. **A negociação coletiva de trabalho como instrumento para a efetivação da igualdade de gênero: uma investigação sobre o direito ao auxílio-creche como prática de democratização do cuidado**, 2018.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, p. 144-159, 2007. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2021

MACÊDO, Shirley. Ser mulher trabalhadora e mãe no contexto da pandemia Covid19: tecendo sentidos. **Revista do NUFEN**, v. 12, n. 2, p. 187-204, 2020. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-25912020000200012>. Acesso em: 16 mar. 2021

MORENO, Ana Carolina. Mais de 5 milhões de crianças de 0 a 3 anos precisam de creche no Brasil, aponta levantamento. **G1**, 25 ago. 2020. Educação. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/08/25/mais-de-5-milhoes-de-criancas-de-0-a-3-anos-precisam-de-creche-no-brasil-aponta-levantamento.ghtml>>. Acesso em: 22 mar. 2021

NUBANK. Qual foi a maior pandemia da história? **Seu Dinheiro**, 11 mar. 2021. Disponível em: < <https://blog.nubank.com.br/qual-a-maior-pandemia-do-mundo/>>. Acesso em: 27 mar. 2021

O RENASCIMENTO do parto, Brasil: Érica de Paula, 2013. Netflix (1h e 31min): son., color

Os estragos invisíveis da pandemia para as mães solo. **Secretaria de Políticas para Mulheres**, 24 mar. 2021. Disponível em: < <http://www.mulheres.ba.gov.br/2021/03/3131/Os-estragos-invisiveis-da-pandemia-para-as-maes-solo.html#:~:text=Dentro%20desse%20universo%20feminino%2C%20as,fechamento%20de%20escolas%20e%20creches.> >. Acesso em: 19 mar. 2021

PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2017. p. 50-120.

PEIXOTO, Priscila. Direito garantido: Detalhes sobre o direito a creche. **Rádio TST Destaques**, 20 mar. 2017. Disponível em: < https://www.tst.jus.br/radio-destaques/-/asset_publisher/2bsB/content/direito-garantido-detalhes-sobre-direito-a-creche>. Acesso em: 25/03/2021

PIB do Brasil cai 4,1% em 2020 com impacto do coronavírus, maior baixa da série histórica; no 4º tri, alta foi de 3,2%. 3 mar 2021. **InfoMoney**. Disponível em: < <https://www.infomoney.com.br/economia/pib-do-brasil-sobe-32-no-4o-trimestre-mas-fecha-2020-em-baixa-de-41-a-maior-queda-da-serie-historica/>>. Acesso em: 28 mar 2021

SILVA, Carolina Martins da Rosa e. Igualdade formal x igualdade material: a busca pela efetivação da isonomia. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48550/igualdade-formal-x-igualdade-material-a-busca-pela-efetivacao-da-isonomia>>. Acesso em: 19 mar. 2021

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Número de mulheres eleitas em 2018 cresce 52,6% em relação a 2014**. Brasília: TSE, 2019. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014>>. Acesso em: 23 mar. 2021

VAZ, Tatiana. 30 empresas que são como mães para as mulheres com filhos. **Exame**, 7 fev. 2013. Carreira – Você S/A. Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/carreira/30-empresas-que-sao-como-maes-para-as-mulheres-com-filhos/>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA AOS PSICOPATAS, QUANDO DA PRÁTICA DO TIPO PENAL, ASSASSINATO, COMO CONDIÇÃO RESSOCIALIZADORA OU PUNITIVA

ANA CAROLINA DOS SANTOS:

Graduanda em Direito pela universidade
Brasil em Fernandópolis-SP

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: A psicopatia é um transtorno de personalidade antissocial, caracterizada pela falta de empatia, ausência de culpa ou remorso, confundida com doença mental, mas diferente dos “loucos” eles não sofrem delírios e alucinações. Observa-se que o sistema penitenciário NÃO possui normas eficazes para puni-los. Se o psicopata homicida for mandado para o cárcere ele não assimila a pena como punição, se considerado semi-imputável e for aplicada a medida de segurança para tratamento, não possui êxito, pois até hoje não se encontrou cura para psicopatia. Então o que fazer diante de crimes tão brutais praticados pelos psicopatas homicidas, se ele não teme punições, não responde a tratamentos e não possui lei que o puna corretamente? A melhor alternativa seria alteração em nossas leis, uma ferramenta eficaz e padronizada de identificação de indivíduos psicopáticos e ao ser diagnosticado colocá-los em uma prisão para psicopatas e que lá permanecessem pelo resto de sua vida, ficando longe do convívio social e evitando que crimes bárbaros sejam repetidos pelos mesmos indivíduos, que ao retornar a sociedade sempre tendem em reincidir. Mesmo tornando as leis mais rígidas, a sociedade não estaria totalmente livre dos psicopatas, porém em países com maior rigor legal a incidência e a reincidência de crimes praticados por psicopatas são menores, o que não acontece no Brasil, criminosos não temem a lei, ela possui tantas lacunas, que traz mais benefícios aos psicopatas homicidas do que ao cidadão de bem.

Palavras-chave: Psicopata homicida. Reincidência. Sociedade. Lacunas. Leis.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PSICOPATIA. 2.1 Identificação dos Psicopatas. 2.2 Classificação dos Psicopatas. 2.3 Crimes. 2.4 Tratamento. 3. SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO. 4 CULPABILIDADE. 4.1 Imputabilidade. 4.2 Semi-imputabilidade. 4.3 Medida de Segurança. 5 APLICAÇÃO DA PENA. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A psicopatia é um transtorno de personalidade antissocial conceituada pelo DSM-IV (*Diagnostic and Stastical Manual of Mental Disorders*) em 1995.

A característica essencial do transtorno de personalidade antissocial é um padrão difuso de indiferença e violação dos direitos dos outros, o qual surge na infância ou no início da adolescência e continua na vida adulta. Esse padrão também já foi referido como: psicopatia, sociopatia ou transtorno da personalidade dissocial. Visto que a falsidade e a manipulação são aspectos centrais do transtorno da personalidade antissocial. (DSM-IV, 2014, p. 659.).

A psicopatia é caracterizada pela falta de empatia, ausência de culpa ou remorso, esses indivíduos nascem com uma deformidade de caráter, sendo quase impossível ou impossível, que durante sua vida ele aprenda o que são esses sentimentos, sendo assim, eles nascem e morrem, com esse transtorno de personalidade. Quando pendem ao crime, principalmente a prática de homicídios é muito difícil ou quase impossível freá-los.

Na sociedade estimasse que os psicopatas façam parte de 1 a 3% da população, sendo que apenas 1% venham a configurar assassinos em série. No cárcere fazem parte de 20% da população; afirma a psiquiatra forense (MORANA, 2019). Observamos que os números são relativamente baixos porém os indivíduos com transtorno de personalidade possuem valores éticos e morais reduzidos, não tem sentimento de piedade ou compaixão, não enxergam o outro como alguém que merece respeito, e essa ausência de sentimentos e um desejo completamente deformado leva o psicopata a cometer crimes cruéis, com violência exacerbada, que vai muito além do necessário para cometer o delito.

Os crimes cometidos por indivíduos com transtorno de personalidade causam grande revolta social, pois são sempre muito violentos e sem nenhum objetivo ou real motivo, matam por prazer, porém o que se torna mais revoltante, é a “pena”, a sociedade diante de crimes tão brutais, não se sentem saciados com as penas aplicadas, já que os psicopatas, sociopatas ou qualquer pessoa que possa oferecer risco a sociedade ou a si mesmo em razão de uma enfermidade mental são consideradas inimputáveis, sendo aplicada a elas uma medida de segurança, que por sua vez, não tem critério punitivo, ela tem caráter curativo, por isso ele é colocado em um hospital de custódia ou em manicômio judiciário.

Vale salientar que precisamos de modificações de caráter urgente em nossas leis, os psicopatas fazem parte de uma porcentagem pequena em nossa sociedade, porém eles têm um grande poder de destruição ganhando conhecimento de seus crimes quando já estão sendo praticados em larga escala e completamente fora do controle.

Mesmo quando reconhecidos e internados em hospitais ou manicômios judiciários a fim de serem tratados nunca se terá êxito neste, pois são indivíduos irrecuperáveis e sempre reincidirão, passando a vida toda cometendo crimes, como afirma a psiquiatra MORANA (2019).

Esses indivíduos não conseguem associar a pena ou tratamento como punição, por isso precisa-se de leis específicas.

Para abordar este tema a metodologia aplicada foi baseada em pesquisas bibliográficas e documentais, jornais, sites específicos, revistas, entrevistas, legislação pertinente e jurisprudência atual, sobre o tema.

O principal objetivo deste trabalho é analisar os indivíduos portadores de transtorno de personalidade, a periculosidade do agente e definir as consequências que os psicopatas trazem a sociedade quando aplicada a legislação vigente.

Observa-se que, diante dos crimes praticados por indivíduos com transtorno de personalidade antissocial, não possuímos leis específicas, visto que no direito penal existem lacunas, seria de extrema importância à modificação e implantação de novas leis e métodos para que se possam identificar os psicopatas dentro do sistema penitenciário, separando quem pode ser ressocializado e quem não pode.

Seria de grande ganho social se esses indivíduos fossem colocados em um lugar separado e longe do convívio, pois quando colocados em cárcere ou em clínicas psiquiátricas tornam difícil a ressocialização e o tratamento de outras pessoas, com um lugar específico para este tipo de transtorno, teriam um tratamento digno e traria uma maior satisfação social, já que os psicopatas homicidas ficariam "presos" até o final de suas vidas, pois esse transtorno é incurável, assim, não reincidiriam criminalmente e consequentemente não causaria mal a outras pessoas e nem a si mesmos.

2 PSICOPATIA

Não rara às vezes o psicopata é confundido com doente mental, já que a palavra significa doença da mente (psyche=mente, pathos=doença), mas diferente dos "loucos" esses indivíduos não sofrem alucinações ou delírios.

O psiquiatra forense define psicopatia como:

O quadro clínico com maior definição para psicopatia é fazer uma analogia entre a noite e o dia. De um lado temos a noite do outro lado temos dia e no meio a aurora, por analogia tem a doença mental do outro a normalidade mental e no meio a fonte fronteira que é a zona dos psicopatas, ou seja, eles não são nem

normais mentalmente e nem totalmente doentes mentais, essa é a melhor definição dos psicopatas (PALOMBA, 2016).

A loucura é uma ruptura com a realidade, o louco entre o delírio e a realidade, ele sempre ficara com a sua loucura, pois ela é sua realidade vivente, assim acontece com os esquizofrênicos, por exemplo. Os psicopatas não são doentes mentais, são portadores de perturbação da saúde mental. Sua anormalidade constitui nos valores éticos e morais reduzidos ou até mesmo nulos, possuem um defeito profundo na afetividade, não tem sentimento superior de piedade, compaixão ou altruísmo e possuem um desejo deformado, o que os leva a cometer crimes de grande horror social, explica (PALOMBA, 2018).

O termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente, no entanto, em termos médicos-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa nessa visão tradicional de doenças mentais. Os Psicopatas em geral, são indivíduos frios, calculistas, dissimulados, mentirosos, que visam apenas o benefício próprio. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos (SILVA, 2014, p. 25).

Os psicopatas têm ausência completa de remorso, e seu único arrependimento, é com as consequências negativas que recaiu sobre ele, não se importando com a dor que foi infligida sobre a vítima, para eles o mundo está errado. Não conseguem desenvolver relações afetivas, pois sempre há o interesse secundário, e é aí que usam da sedução, é um artifício para levar qualquer situação ao lugar em que ele deseja que ela vá.

Os indivíduos com transtorno de personalidade nascem, crescem e morrem sem conhecer qualquer sentimento de remorso, culpa ou empatia e é justamente por ter essa falta de sentimentos, que são capazes de cometer crimes aterrorizantes, com a finalidade de apenas satisfazer seu ego; caracterizando assim os sujeitos fronteiros, habitantes da zona entre a loucura e a normalidade mental, como explica PALOMBA (2018).

Para psiquiatra MORANA (2019), os psicopatas são cruéis e insensíveis:

Eles têm um defeito cerebral no lobo frontal em uma área suborbitária, sendo ela extensa e que existe, mais não funciona, sendo um problema que ele nasce e herda não necessariamente dos pais, mas em geral de um tio, primo ou avô. O problema de fazer um diagnóstico de psicopatia é que ele sempre vai reincidir, ele vai passar a vida cometendo crimes (MORANA, 2019).

Vale destacar que o psicopata não possui nenhuma alteração cognitiva, o racional dele é perfeito e íntegro. A distinção feita pelo homem de certo e errado está totalmente ligada ao senso moral que o indivíduo possui.

As últimas pesquisas sobre o cérebro humano e as análises comparativas de outros comportamentos animais revelam que a espécie humana adquiriu a capacidade de avaliação moral com a própria seleção natural. Tudo indica que as instruções necessárias na produção de um cérebro capacitado para distinguir o certo do errado já vêm com certificado de fábrica, ou seja, elas estão no DNA de cada um de nós (SILVA, 2014, p. 110).

Esses indivíduos têm como característica e *modus vivente*, a mentira, a sedução, são extremamente egoístas, individualistas, manipulam facialmente a verdade usando tudo que tem ao seu favor, única e exclusivamente para satisfazer suas vontades. O sistema cerebral dos psicopatas não enxerga o outro como alguém que merece respeito, não possuindo sentimentos inerentes aos seres humanos.

É de extrema relevância destacar que qualquer indivíduo durante sua existência pode vir a desenvolver uma doença mental, mas quando se trata do indivíduo psicopático isso não acontece, pois ela já vem inserida no DNA, tendo os sintomas estimulados desde a infância.

É importante destacar que ninguém vira psicopata da noite para o dia: eles nascem assim e assim permanecem durante toda a sua existência. Os psicopatas apresentam, em sua história de vida, alterações comportamentais sérias desde a mais terna infância até os seus últimos dias, revelando que, antes de tudo, a psicopatia se traduz numa maneira de ser, existir e perceber o mundo (SILVA, 2014, p. 61.).

Os psicopatas são considerados incuráveis por grande parte dos estudiosos, pois a nulidade de valores éticos e morais faz com que ele não associe o ato praticado por ele com a pena ou o tratamento aplicado, pouco se importando com as consequências dos seus atos, eles não são norteados pelo certo e o errado, agindo de maneira distinta ao “homem médio”, apesar de distinguir o certo do errado ele opta por fazer o que ele quer.

O psicopata não tem marcação emotiva na memória, então ele sempre irá repetir o crime (SILVA, 2018).

2.1 Identificação dos Psicopatas

O psicopata é como um quebra cabeça é preciso ir juntando as peças para chegar a um diagnóstico, mas percebe-se que são indivíduos que fogem as regras sociais desde muito jovens, na infância é comum maltratarem animais, criminalidade precoce, são maus alunos, fazem uso de drogas e bebidas alcoólicas; sendo composta por fases, começa na infância, vai para adolescência, adultícia e assim segue durante sua vida toda (PALOMBA, 2018).

Os psicopatas nascem com essa condição e vão morrer com ela. Tem uma personalidade que é conhecida como personalidade alternante que é próprio deles, sendo boas pessoas, sedutoras em um determinado momento, agora, quando eles se veem em uma situação favorável onde eles podem pôr para fora toda aquela obscuridade, eles fazem. Sendo também muito covardes, em situações que os ameaçam eles não fazem nada, normalmente atacam pessoas indefesas, pessoas que não podem se defender ou reagir (PALOMBA, 2016).

Esses indivíduos são de difícil identificação, pois se apresentam pessoas agradáveis, solícitas e educadas, usam da sedução para convencer, sem nenhum tipo de escrúpulo, eles fazem com que a pessoa a ser manipulada sinta sorte em tê-lo por perto, sendo uma presa fácil para ele. Desse modo ele irá tirar o máximo proveito da vítima, sem que ela perceba tamanha manipulação e mentira e sem ter nenhum sentimento de culpa ou remorso por isso.

Precisamos estar em alerta para identificar um psicopata, normalmente terão atitudes maldosas repetidas vezes, sempre está fazendo o outro se sentir inferior e culpado, são bons em encenação, sempre estão se fazendo de vítima, são sempre os coitadinhos, contando histórias tristes, fazendo com que as pessoas sintam pena dele, porque a pena é um dos sentimentos que mais fragilizam o ser humano e o psicopata sabe muito bem que ao despertar este sentimento, o outro é facilmente manipulável (SILVA, 2018).

Os psicopatas são cruéis e insensíveis, o problema de se fazer um diagnóstico é que eles sempre vão reincidir criminalmente, passam a vida cometendo crimes, sendo completamente ineficaz qualquer tipo de punição ou tratamento já que ele não tem o sentimento de culpa, não conseguindo compreender que o mal que ele causa ao outro "dói".

O comportamento dos psicopatas raro às vezes pode ser percebido, sendo necessária a ajuda de um profissional para chegar a um diagnóstico, psiquiatras e psicólogos são essenciais.

Por isso faz-se necessário uma avaliação criteriosa desses indivíduos, através de exames.

A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela validação do PCL-R (Critérios para Pontuação de Psicopatia Revisados), para o Brasil, além de tentar aplicar o teste para a identificação de psicopatas nos nossos presídios, lutou para convencer deputados a criar prisões especiais para eles. A ideia virou um projeto de lei que, lamentavelmente, não foi aprovado (SILVA, 2014, p. 98.).

É importante deixar claro que no sistema prisional brasileiro não existe método padronizado para avaliação dos psicopatas, que é essencial, para saber se o mesmo possui chances de reincidir, atualmente se faz uso da Prova de Rorschach que consiste em dez lâmina com borrões de tinta e o PCL-R validado por MORANA (2019).

Existe um sistema criado pelo psicólogo canadense Robert Hare em 1991, chamado de PCL (escala Hare), que é capaz de diagnosticar a psicopatia, nos países onde o PCL foi aplicado a taxa de reincidência teve uma redução de dois terços nos crimes graves e violentos, explica (SILVA, 2015).

Dados do Instituto de Medicina Social e de Criminologia do Estado de São Paulo (IMESC) denota que entre 1% a 3% da população sofre desse transtorno; já no ambiente carcerário, tal porcentagem pode alcançar os 20%, sendo a taxa de reincidência três vezes maior entre os psicopatas. Importante ressaltar que não existe nenhuma avaliação da personalidade dos presos no sistema penitenciário, o que dificulta a análise de possível reincidência, dada a ausência de diagnóstico.

A identificação desses indivíduos é de extrema importância a fim de tratar questões como reincidência e a ressocialização, normalmente dentro do cárcere eles são os "chefes da cadeia" provocam o caos e atrapalha a ressocialização dos detentos que podem ser recuperáveis.

Na verdade, os criminosos comuns, por mais perigosos que sejam se tiverem a oportunidade, poderão ser ressocializados, mas, sob a influência de um psicopata, acabam se desvirtuando, agindo como se fossem "soldadinhos" dele (SILVA, 2016).

O mundo civilizado faz cadeias de psicopatas, quando o indivíduo comete um crime ele é analisado e estudado e se ele for um psicopata ele vai para a cadeia de psicopata para que os 80% dos outros presos possam se recuperar, já que junto de outros detentos eles dificultam a ressocialização dos mesmos e por não possuírem marcações emotivas sempre reincidiram (MORANA, 2019).

Qualquer pessoa que não é um psicopata quando entra no sistema penitenciário, fica arrasado emagrece, porque tem um nível de consciência, já o psicopata não, ele floresce no sistema penitenciário, não perde peso, ele fica bonito, ele faz ginástica, rapidamente se articula para ver onde estão seus benefícios, ver quem ele tem que seduzir quem ele tem que manipular, então a melhor forma é isolar esses indivíduos (SILVA, 2020).

Desta forma percebemos que o psicopata é um indivíduo que não teme punições já que ele não faz conexão do crime com a pena ou o tratamento, normalmente quando colocado no cárcere manipula outros detentos para fazer o trabalho sujo e quando é aplicado tratamento ele desenvolve melhor articulação, sempre se aprimorando para o mal. Reforçando que o indivíduo com transtorno de personalidade é incurável, já que punições e tratamentos não surtem nenhum efeito a eles.

2.2 Classificação dos Psicopatas

Como já elencado anteriormente a psicopatia é caracterizada pela falta de empatia, ausência de culpa e remorso. SILVA (2020), diz que a frieza que esses indivíduos têm por outras pessoas tem gradações por isso existe a psicopatia leve, moderada e grave. O sistema límbico, afetivo dessas pessoas tem um grau de desconexão e quanto maior esse grau maior é a frieza deste indivíduo.

Os psicopatas de grau leve normalmente consegue ter uma vida normal, são mentirosos, egocêntricos, individualistas, mas conseguem estudar, ter uma profissão e até mesmo constituir família, estes conseguem ter uma melhor adaptação social, porem possui um traço anormal de caráter, dificilmente comete delitos graves como o homicídio, escondem muito bem suas características sendo difícil reconhecê-los, no cárcere é tido como prisioneiros exemplares normalmente conseguem progressão de regime. Silva diz que todo psicopata está em busca de diversão, poder e status. Nos casos leves querem apenas a diversão.

O grau leve quando detectado ainda precocemente, em alguns casos consegue ser moldada com educação e vigilância mais rigorosa, não evitando que a criança seja um psicopata, porem terá uma manifestação mais leve.

O psicopata ou de grau moderado já quer mais do que somente a diversão, este está em busca de poder, quer o prazer de fazer algo grandioso, porém não sujam as mãos, normalmente eles são quem articulam minuciosamente o crime.

Já o grave são assassinos sádicos, para alcançar a diversão, poder e status ele precisa de algo muito grandioso, não basta apenas matar, ele quer subjugar o outro.

O seu poder está em fazer o outro sofrer, implorar pela vida, ele quer ter o poder de determinar a hora em que aquela pessoa irá morrer.

É de extrema importância que a população tenha o conhecimento de que os psicopatas possam estar presentes em diferentes classes sociais, e que não é uma tarefa fácil identificá-los, além de dissimulados, conseguem disfarçar com perfeição seus comportamentos, agindo como seres normais, não apresentando qualquer deficiência ou característica física que os acuse como sendo um psicopata. De fato, são pessoas comuns, porém desprovidos de senso humanitário.

Eles vivem entre nós, parecem-se fisicamente conosco, mas são desprovidos deste sentido tão especial: a consciência. Muitos seres humanos são destituídos desse senso de responsabilidade ética, que deveria ser a base essencial de nossas relações emocionais com os outros. Sei que é difícil acreditar, mas algumas pessoas nunca experimentaram ou jamais experimentarão a inquietude mental, ou o menor sentimento de culpa ou remorso por desapontar, magoar, enganar ou até mesmo tirar a vida de alguém. Admitir que existem criaturas com essa natureza é quase uma rendição ao fato de que o “mal” habita entre nós, lado a lado, cara a cara. Para as pessoas que acreditam no amor e na compaixão como regras essenciais entre as relações humanas, aceitar essa possibilidade é, sem dúvida, bastante perturbador. No entanto, esses indivíduos verdadeiramente maléficos e ardilosos utilizam “disfarces” tão perfeitos que acreditamos piamente que são seres como nós. São verdadeiros atores da vida real que mentem com a maior tranquilidade, como se estivessem contando a verdade mais cristalina (SILVA, 2014, p.24.).

A psicopatia não é uma doença, é uma forma de ser e de existir na qual, ele não possui um compromisso com o outro, que é só um objeto de prazer e luxúria (SILVA, 2020).

2.3 Crimes

Todo crime sem exceção é uma fotografia exata e em cores do comportamento do indivíduo (PALOMBA, 2016).

Vale salientar que os crimes nem sempre estão associados à psicopatia ou a loucura, existem os criminosos comuns e os criminosos doentes mentais ou os portadores de transtornos mentais.

Os indivíduos psicopáticos sabem o que estão fazendo diferentemente dos loucos, vejamos:

O padrão da personalidade do psicopata como um todo o distingue do criminoso comum. Sua agressividade é mais intensa, sua impulsividade é mais pronunciada, suas reações emocionais são mais "rasas". Entretanto, a ausência de sentimento de culpa é a principal característica distintiva. O criminoso comum tem um conjunto de valores internalizado, embora distorcido; quando viola esses padrões, ele sente culpa (HARE, 2013, p. 71).

Percebe-se que alguns delitos são executados com multiplicidade de golpes, que não foi premeditado, não escondeu o cadáver, agiu sozinho, foi pego na cena do crime sem esboçar nenhuma reação; este é um tipo de conduta e comportamento, normalmente executados por indivíduos que são habitantes da zona fronteira. Outro tipo completamente diferente é quando, deu um só tiro, agiu em concurso, premeditou o crime, escondeu o corpo e fugiu é outro tipo, esses são os chamados criminosos comuns, afirma PALOMBA (2016).

Pela morfologia do crime é possível saber se foi cometido por uma pessoa com perturbação mental, pois todo crime praticado por eles é extremamente bizarro, são crimes incompreensíveis racionalmente e psicologicamente.

2.4 Tratamento

Até o presente momento no Brasil, não existe nenhum tratamento eficaz para os psicopatas, as terapias realizadas com medicações e as psicoterapias se mostram ineficazes, Silva diz que os psicopatas não tem marcação emotiva na memória então ele sempre vai repetir o crime, ele não associa a pena ou o tratamento com o ato ilícito que ele cometeu, sendo assim a pena aplicada ou a medida de segurança não cumpre com sua finalidade (prevenir, punir e ressocializar).

A terapia aplicada aos psicopatas não manifesta efeito algum. Vale ressaltar, que rara às vezes eles aceitam um tratamento e quando aceitam é somente para benefício próprio, geralmente com os tratamentos eles aprimoram suas técnicas de manipulação.

Os tratamentos efetuados têm como objetivo fazer com que os psicopatas controlem seus impulsos respeite o próximo e assuma suas responsabilidades, porem a taxa de reincidência desses indivíduos são muito altas, segundo MORANA (2006), estes reincidem três vezes mais do que os criminosos normais, justamente por acharem que não estão fazendo nada de errado.

É preciso dizer que esses sujeitos são de altíssima periculosidade e irrecuperáveis, devendo existir um lugar onde eles pudessem ficar longe da sociedade, e por quanto tempo eles vivessem, pois quando eles voltam à sociedade, não tarda em recomeçar a atividade criminosa, isso é ponto fundamental. Ao contrario eles melhoram porque aquilo que eles erraram no primeiro delito, eles melhoram e se aprimoram (PALOMBA, 2016).

Na verdade, os criminosos comuns, por mais perigosos que sejam se tiverem a oportunidade, poderão ser ressocializados, mas, sob a influência de um psicopata, acabam se desvirtuando, agindo como se fossem “soldadinhos” dele (SILVA, 2018).

Outro problema é que os psicopatas possuem uma inteligência acima da média, sendo bastante razoável, possuem uma grande capacidade de manipulação influenciando outras pessoas, no cárcere normalmente são os chefes, comandam as rebeliões e os tráficos, além de aprimorar o seu conhecimento para o mal.

3 SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO

Na legislação penal brasileira observa-se a não previsão expressa sobre o que se deve fazer com o psicopata. Quando o indivíduo viola uma norma social (pratica um crime) nasce no Estado o dever de punir e para que haja uma punição é preciso observar a culpabilidade do agente, o discernimento do indivíduo durante a conduta praticada.

Como já visto nos tópicos anteriores os psicopatas não são considerados doentes mentais, a psicologia diz que, são pessoas que tem a capacidade de entendimento e juízo moral perfeitos, sabendo o que é certo, e o que é errado, porem em nosso código penal não existe normas expressas para puni-los, no ordenamento jurídico hoje, aplica-se aos psicopatas o artigo 26 do código penal, sendo considerado na maioria das vezes como semi-imputável, encaminhando o indivíduo para uma medida de segurança, no qual tem caráter curativo, estabelecido no artigo 96 do código penal, passando por tratamentos ambulatoriais no período de um a três anos, permanecendo em tratamento por tempo indeterminando ou até sessar sua periculosidade.

Observa-se uma grande lacuna, já que os psicopatas não são considerados doentes mentais, porque a eles se aplicam a semi-imputabilidade, já que no momento do crime o mesmo é considerado capaz? Porque o indivíduo é enviado a um manicômio judiciário ou hospital de custódia já que não é doente mental e para ele não existe tratamento?

Tal procedimento chamado de medida de segurança tem por objetivo fazer a realização do referido tratamento, o que, por sua vez, tem se mostrado bastante controverso, pois, sabe-se, que não é tarefa fácil tratar de maneira eficaz os portadores de transtorno antissocial (MORANA, 2006).

Assim fica claro o total despreparo do Estado para lidar com criminosos de alta periculosidade como os indivíduos psicopatas, como já visto anteriormente, existem altos índices de reincidência criminal quando soltos em sociedade.

É de suma importância deixar claro que no Brasil não a legislação específica que possam ser aplicadas aos psicopatas assassinos, a pena e o tratamento realizado sobre eles não é segura e muito menos eficaz. Seja considera-los imputáveis ou semi-imputáveis, podendo ficar junto de outros detentos ou podem receber a medida de segurança, o juiz irá se basear em um laudo pericial e ficara ao seu critério, qual medida ser tomada, também é importante lembrar que os psicopatas são mestres na dissimulação a aplicação do PCL-R ou a prova de Rorschach precisam ser realizados para os profissionais de formação específica.

Diante da violência exacerbada em crimes praticados por indivíduos psicopatas, o alto índice de reincidir, o horror social causado pelos crimes e a dificuldade em aplicar penas, que satisfaçam a sociedade e afaste dela o mal, é mais do que suficiente, para que mudanças no ordenamento jurídico sejam feitas, tanto para proteção social, quanto para tratamento digno e adequado do indivíduo criminoso.

4 CULPABILIDADE

A culpabilidade trata-se de um juízo de reprovação pessoal realizado sobre a conduta típica e ilícita perpetrada pelo agente (GRECO, 2006).

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 em que se encontrava, podia agir de outro modo (GRECO, 2010, p. 85).

Na aplicação da pena o juiz constrói um juízo de culpabilidade onde analisa a conduta praticada, para saber se o dolo ou a culpa foram determinantes para o resultado do ilícito. Para que haja a culpabilidade é preciso de três elementos: imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e exigibilidade de obediência ao direito.

4.1 Imputabilidade

Segundo o dicionário imputável pode ser definido como “quem se atribui a autoria ou responsabilidade por alguma ação ilegal: penalmente imputável”.

É imputável o sujeito que tem capacidade plena para compreender seus atos, se tratando de caráter ilícito, onde o indivíduo tinha capacidade física, mental, psicológica e moral para frear seus atos, mas não o fez.

O agente precisar ser imputável para ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido. A imputabilidade é a possibilidade de atribuir um fato típico e ilícito ao agente. A regra é a imputabilidade e a exceção é a inimputabilidade (GRECO, 2013).

Segundo o código penal, somente os menores de dezoito anos podem ser considerados inimputável, não sendo capaz de responder pelos atos ilícitos praticados, ou aqueles que se dizem doentes mentais, para isso precisa-se apresentar laudo médico para sua comprovação.

Vejamos o que traz o artigo 26 do código penal:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Para que o agente seja considerado inimputável é preciso comprovar que no momento do fato ele tenha sua capacidade de entendimento comprometida, ou seja, ele não sabia o que estava fazendo, seja em virtude da perturbação da saúde mental, por desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

4.2 Semi-Imputabilidade

A semi-imputabilidade diferente da imputabilidade é quando o agente no momento do fato tinha sua capacidade, não plena mais tinha alguma capacidade de entendimento ou de determinação, após o juiz receber laudo de comprovação ele irá analisar e colocá-lo como semi-imputável, podendo ter sua pena reduzida, como explica o parágrafo único do artigo 26 do código penal.

Caso fique comprovado que o agente seja semi-imputável pode haver a substituição de pena, podendo ser submetido a um tratamento curativo ou internação ambulatorial, vejamos o que estabelece o artigo 98 do código penal:

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos,

nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

O que caminha totalmente em contrariedade com a psicologia forense, pois fornecer tratamento para algo que não tem cura é totalmente inútil.

4.3 Medida de Segurança

A medida de segurança é um tratamento aplicado ao autor de ato ilícito com fim de cura-lo ou trata-lo, caso o mesmo seja portador de doença mental.

Quando fica provado que o crime foi praticado por um doente mental, se assim entender, o juiz substituirá a pena aplicando ao agente a medida de segurança, que por sua vez possui caráter curativo e não punitivo, vejamos o artigo 96 do código penal "as medidas de segurança são: I- internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, a falta, em outro estabelecimento adequado. II- Sujeição a tratamento ambulatorial".

Nosso ordenamento jurídico diz que a medida de segurança será por tempo indeterminado, ou até a cessação da periculosidade, deverá ser feita perícia anualmente, podendo permanecer em tratamento por 30 anos. Vejamos o que diz o a sumula 527 STJ "o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado".

Como sabemos a pena máxima no Brasil não pode ultrapassar aos 30 anos de reclusão, como estabelecido no artigo 75 do código penal, neste diapasão mesmo que não tenha cessado a periculosidade do agente após 30 anos sendo submetido à internação ou tratamento é preciso findar-se a pena, para assim "obedecer" o que é estabelecido no código penal.

A medida de segurança prevista no Código Penal, quando aplicada ao imputável ou semi-imputável, ainda no processo de conhecimento pode ter prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade. Precedente. No caso dos autos, a medida de segurança não

possui limite temporal, estando condicionada a cessação da periculosidade do paciente, sendo também aplicável ao caso, consoante efetivado na hipótese, a desinternação condicionada pelo prazo de um ano, durante o qual o agente não pode praticar nenhum ato indicativo da persistência de sua periculosidade. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 188 apud BRASIL, 2006, p. 585).

Aqui podemos ver que o sistema jurídico não caminha junto com a psiquiatria já que para ela os psicopatas não são considerados doentes mentais. Como já visto anteriormente, tratamento e reclusão não são capazes de ressocializar esses indivíduos, visto que ele não tem marcação emotiva, não consegue associar a pena ou tratamento ao ato ilícito praticado.

Parecem incapazes de beneficiar-se com castigo ou com a punição, tentando sempre, pela argumentação aparentemente articulada, convencer os outros de sua inocência. No entanto quando punidos, a repreensão não parece exercer qualquer efeito, independente de sua severidade. Uma vez que pessoas com transtorno de personalidade antissocial parecem não aprender ou beneficiar-se com experiências, soluções como a aplicação de penas severas cumprem apenas uma função de segregação social (TRINDADE, 2012, p. 163).

Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente (HARE, 2013, p. 38).

O psicopata homicida precisa ser considerado imputável e responder pelos seus atos penalmente, pois ele tem conhecimento do caráter ilícito do fato, e embora tenha todo conhecimento opta sempre por fazer o que ele deseja, andando sempre em contrariedade a lei.

5 APLICAÇÃO DA PENA

Como já visto o psicopata não tem marcação emotiva, quando considerado imputável e colocado em um sistema carcerário, ele não enxerga a pena restritiva de liberdade como punição, atrapalha a ressocialização de criminosos comuns e quando posto em liberdade os índices de reincidência criminal desses indivíduos é altíssima.

Quando considerado semi-imputável e encaminhado a tratamentos ambulatoriais, internações e terapias, esses feitos se mostram ineficazes e muitas vezes agravam os casos, fazendo com que esses indivíduos aprimorem suas artimanhas e ou atrapalhem o tratamento de outros pacientes.

A internação em hospital psiquiátrico forense não se justifica, pois não existe “tratamento curativo” (como rege a Lei) para a psicopatia. Além disso, tal internação pode ser perigosa, uma vez que o afrouxamento de limites e a vulnerabilidade dos demais pacientes predispõem à piora de suas características predatórias de personalidade. Ao contrário, tais indivíduos precisam de ambientes que proporcionem limites rígidos, em locais onde não possam manipular ou abusar de outros pacientes mais frágeis, como os psicóticos ou retardados mentais (TARBORDA, 2016, p. 14).

Para a psiquiatria o psicopata não é um doente, a partir daí é excluída a inimputabilidade, o problema está na semi-imputabilidade e na imputabilidade, para ser semi-imputável ele depende de perturbação da saúde mental, a jurisprudência vem usando a teoria de que o psicopata tem entendimento do ato ilícito praticado, porém não é inteiramente capaz de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento, não conseguindo parar quando deve, afirmando que no momento do ilícito ele tinha alguma capacidade, não plena, mais possuía alguma.

Diante disso percebe-se que o psicopata homicida é consciente dos seus atos, sabendo a ilicitude do fato e o que vai acarretar a ele, mas mesmo assim escolhe por fazê-lo, assim observamos que se faz necessária a mudança na lei, tanto para que esses indivíduos não fiquem no cárcere com criminosos comuns, quando dentro de um hospital atrapalhando o tratamento de pacientes com chances de cura. Notasse que esses indivíduos próximos da sociedade acarretam problemas, são perigosos, dissimulados e extremamente violentos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil não possuímos prisão perpétua, nossa constituição não permite, a pena máxima aplicada aos criminosos é de trinta anos de reclusão, podendo ter diminuição de pena e vários outros benefícios que o direito possui, as famosas, lacunas da lei. No sistema carcerário hoje também não possuímos nenhuma ferramenta precisa para identificar os psicopatas, o que seria de suma importância, diante do grau de periculosidade desses agentes, como visto nos tópicos anteriores.

O que percebemos é uma enorme falha do sistema, pois não se sabe ao certo o que fazer com alguns tipos de criminosos, já que para psiquiatria o psicopata NÃO é

considerado doente mental, pois não rompe com a realidade, não possui delírios nem alucinações, como os esquizofrênicos, por exemplo, também não possui tratamento curativo ou que diminua a periculosidade de tal, então, a famosa medida de segurança é uma enorme falha, quando aplicada a esses indivíduos.

Quando o agente não é identificado como psicopata e posto em cárcere ele não irá enxergar a pena como algo ressocializador, para ele é como se fosse uma colônia de férias, aprimoram suas técnicas e criam seus “soldados” para fazer o trabalho sujo para eles, pois possuem forte poder de sedução e convencimento, mesmo quando aplicada a pena máxima, posto em liberdade, o psicopata homicida não tarda em retornar ao crime, que em sua maioria são bárbaros.

Vemos nitidamente a falha do sistema, precisamos de uma reforma com urgência, há alguns anos foi apresentada uma reforma prisional, aprovada em primeira instância, mais fora esquecida. Com ela os psicopatas homicidas teriam sua merecida punição, não retornariam de forma alguma a cometer suas barbáries, ficando afastado do convívio social.

Como visto no decorrer deste trabalho, não existe cura, tratamento ou mesmo a reclusão que dê jeito em tais indivíduos, eles não são ressocializáveis. A melhor maneira seria uma prisão específica onde só ficariam reclusos os portadores de psicopatia e por lá permaneceriam até o fim de suas vidas, longe do convívio social e afastado de pessoas que possam ser manipuladas por eles. Para esses tipos de criminosos a única saída é a prisão perpetua ou a pena de morte.

Embora fosse feita a modificação da sanção penal a sociedade não estaria livre do mal causado pelo psicopata homicida, ou qualquer outro, mais em países com leis mais rígidas é comprovado que eles agem com mais cautela, não partindo diretamente para o homicídio, pois os mesmos tem conhecimento das leis e temor a elas, o que não acontece no Brasil.

REFERÊNCIAS

BINS, Helena Dias de Castro; TABORDA, Jose Geraldo Vemet. **Psicopatia: influencias ambientais, interações biossociais e questões éticas**. Revista debates em psiquiatria. Ano 6, N. 1, jan/fev. 2016. Disponível em:

< http://abpbrasil.websiteseuro.com/rdp16/01/RDP_1_2016.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Decreto- lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal De Justiça**. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

GALHARDI, Luciane. **Psicopatia e direito penal brasileiro**. Disponível em: <<http://repositorio.saolucasjiparana.edu.br:8080/bitstream/123456789/100/1/Luciane%20Galhardi%20-%20Psicopatia%20e%20direito%20penal%20brasileiro.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013.

MANUAL DIAGNOSTICO E ESTATISTICO DE TRANSTORNOS MENTAIS. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO; Elias. **Transtorno de personalidade, psicopatia e serial killers**. Rev. Bras. Psiquiatr. vol. 28 suppl.2 São Paulo oct. 2006. Disponível em:

<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005>. Acesso em: 17 out. 2020.

MORANA, Hilda C P. **PCL-R - PSYCHOPATHY CHECKLIST REVISED**. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-01/15%20-%20Artigo%20D.N.%20-%20PCL-R%20-%20Psychopathy%20Checklist%20Revised.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

NAS BARBAS DA PSICANALISE. **Dra. Hilda Morana- psicopatia. 2019**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=poyzsm-J6K4>>. Acesso em: 17 out. 2020.

RODA VIVA. **Ana Beatriz Barbosa Silva-26/07/2010**. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kw4105ZjZuc>>. Acesso em: 17 out. 2020.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **MENTES em pauta-psicopatas e relacionamentos afetivos-Ana Beatriz Barbosa e Alex Rocha**. 2018. Disponível em:

< <https://www.youtube.com/watch?v=HeepfrkJVYU>>. Acesso em: 17 out. 2020.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Psicopatas e os graus de perversidade**. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BKQfnpS1zPo>>. Acesso em: 17 out. 2020.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes perigosas: O psicopata mora ao lado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

SPAREMBERGE, Raquel Fabiana Lopes; FINKLER, Angie. **Personalidade Psicopática: medida de Segurança ou Pena de Prisão? Uma reflexão acerca do artigo 26 do Código Penal Brasileiro**. Disponível em:

< <https://www.diritto.it/personalidade-psicopatica-medida-de-seguranca-ou-pena-de-prisao-uma-reflexao-acerca-do-artigo-26-do-codigo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 17 out. 2020.

TODO SEU. **Como identificar psicopatas?(09/06/16)**. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2yQCxSULuPA>>. Acesso em: 15 set. 2020.

TODO SEU. **Psiquiatra Guido Palomba faz análise psicológica de crimes violentos- todo seu (2/05/18)**. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jWChfGbdbJ0>>. Acesso em: 15 set. 2020.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SPAREMBERGE, Raquel Fabiana Lopes; FINKLER, Angie. **Personalidade Psicopática: medida de Segurança ou Pena de Prisão? Uma reflexão acerca do artigo 26 do Código Penal Brasileiro**. Disponível em:

< <https://www.diritto.it/personalidade-psicopatica-medida-de-seguranca-ou-pena-de-prisao-uma-reflexao-acerca-do-artigo-26-do-codigo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 28. out. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual do direito penal brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 188 apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 4887/SP. 5ª Turma. Relator: Gilson Dipp. Publicado: DJ, 1 fev. 2006.

ALIENAÇÃO PARENTAL: APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.318/2010

CARLOS MARCELO NASCIMENTO SOUSA CARVALHO:

Bacharelando do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil ULBRA, Campus Manaus.

RESUMO: A alienação parental descreve uma alteração que ocorre em alguns rompimentos conjugais muito conflitantes, onde os filhos censuram, criticam e rejeitam um dos pais de forma injustificada e/ou exagerada. Inclui o componente de lavagem cerebral, o que implica que um pai, de forma sistemática e consciente, programe seus filhos para desqualificar o outro, além de incluir outros fatores subconscientes e inconscientes usados pelo pai alienador. Neste sentido, este artigo tem por objetivo geral analisar a aplicação da Lei nº 12.318/2010 na busca efetiva de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente ao convívio familiar, além de especificamente abordar a alienação parental e suas formas; identificar os princípios do direito de família; e, avaliar as implicações da alienação parental no campo do direito. As soluções alternativas devem considerar a interação entre fatores pessoais, familiares e jurídicos. Nesse sentido, a mediação familiar, entendida como abordagem psico legal dos conflitos psico legais, pode se constituir em uma abordagem eficaz. A mediação vai além da simples facilitação dos processos de negociação, dando importância à criação de um contexto familiar cooperativo que contribua para transformar o processo conflitivo e deve se adequar à situação gerada pela disputa judicial, onde geralmente as diferenças das partes os separam de cada um e de suas verdadeiras necessidades.

Palavras-Chave: Separação. Divórcio. Alienação parental. Mediação familiar.

ABSTRACT: Parental alienation describes an alteration that occurs in some very conflicting marital disruptions, where the children censor, criticize and reject one of the parents in an unjustified and / or exaggerated way. It includes the brainwashing component, which implies that a parent, in a systematic and conscious manner, programs their children to disqualify the other, in addition to including other subconscious and unconscious factors used by the alienating parent. In this sense, this article has the general objective of analyzing the application of Law No. 12,318 / 2010 in the effective search to guarantee the best interest of children and adolescents to family life, in addition to specifically addressing parental alienation and its forms; identify the principles of family law; and, evaluate the implications of parental alienation in the field of law. Alternative solutions must consider the interaction between personal, family and legal factors. In this sense, family mediation, understood as a psycho-legal approach to psycho-legal conflicts, can be an effective approach. Mediation goes beyond simply facilitating negotiation processes, giving importance to the creation of a cooperative family context that contributes to transforming the

conflictual process and must adapt to the situation generated by the judicial dispute, where generally the differences of the parties separate them from each other and your true needs.

Keywords: Separation. Divorce. Parental alienation. Family mediation.

1 INTRODUÇÃO

A vida familiar constitui o ambiente no qual a criança e o adolescente podem e devem se desenvolver de forma integral. Nele, os filhos menores recebem proteção, cuidado, atenção e carinho. O modelo de família nuclear representa o ideal de família dessa época, os filhos morando com os pais correspondentes. No entanto, quando os pais se separam, surge a necessidade de um dos pais cuidar dos filhos, devendo ser garantido que o pai sem custódia tenha a possibilidade de manter vínculo permanente com seus filhos.

Mas as vezes o progenitor que exerce a guarda, e várias formas obstrui essa comunicação através de uma campanha de descrédito do progenitor que não exerce a guarda, a tal ponto que faz com que o menor se distancie e até mesmo odeie esse pai que configura-se o que a doutrina chama de Síndrome de Alienação Parental.

Tal patologia não só afeta a estabilidade e o equilíbrio emocional do menor, mas também causa maior desintegração familiar, e afeta os direitos do menor. Esse problema faz parte da área do Direito Civil e Direito de Família no Brasil na linha de pesquisa do Direito da Criança.

A finalidade da pesquisa é analisar a legislação e jurisprudência nacional sobre a Síndrome de Alienação Parental para verificar o tratamento legal da referida patologia, sua prevenção e punição; como afeta a comunicação de pais e filhos, bem como os direitos de crianças e se é necessário regulá-la e puni-la. Assim, foi coletada a legislação relativa à Síndrome de Alienação Parental, e realizada sua análise e interpretação.

Neste sentido, este artigo tem por objetivo geral analisar a aplicação da Lei nº 12.318/2010 na busca efetiva de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente ao convívio familiar, além de especificamente abordar a alienação parental e suas formas; identificar os princípios do direito de família; e, avaliar as implicações da alienação parental no campo do direito.

A decisão de se separar e levar a cabo tem um impacto profundo na família e em cada um de seus membros. O fim da vida conjugal causa angústia pela perda da segurança que significa e pela vulnerabilidade que desencadeia. O divórcio separa os adultos e modifica a estrutura familiar. Inicialmente, perde-se o sentimento de refúgio

e contenção, pois o que se passa lá dentro causa confusão, angústia, insegurança e falta de proteção.

Algumas pessoas, como resultado do divórcio, enfrentam sentimentos devastadores que podem levar a uma raiva descontrolada, que consome a maior parte de sua energia e desencadeia comportamentos perigosos. Quando um casal se separa, isso pode ser feito de várias maneiras; Alguns preservam os filhos dos conflitos conjugais e outros os envolvem colocando-os no centro da batalha, ignorando suas necessidades, desprotegendo-os e gerando graves transtornos emocionais.

Neste trabalho será referido exclusivamente a uma maneira de resolver o divórcio e os acordos dele derivados de forma destrutiva, e a algumas de suas consequências. Especificamente, fala-se da tentativa feita por um dos pais de impedir que os filhos acessem o outro pai, colocando obstáculos em seu caminho.

Esta situação constitui um quadro muito frequente nos casos que apresentam ocorrências judiciais, nomeadamente relacionadas com a posse e especialmente com o regime de visitação.

2 A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é o transtorno gerado a partir de disputas entre pais pela posse de filhos. Ocorre quando um dos pais obstrui a relação do filho com o genitor, geralmente não morando junto (FISCHER, 2010).

Embora na comunidade científica, na Organização Mundial da Saúde e principalmente na *American Psychological Association* (APA) não há consenso sobre a sua plena existência. A definição de Síndrome de Alienação Parental, também conhecida pela sigla SAP, foi publicada pela primeira vez por Richard Gardner (GOMES, 2017).

A divulgação e defesa do SAP foi a principal atividade intelectual deste autor. Sua principal atividade pública era como psiquiatra contratado em litígios de custódia de crianças. Gardner continua sendo, mesmo após sua morte em 2003, o principal referencial teórico do termo (VENOSA, 2013).

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um transtorno da infância que surge quase exclusivamente no contexto de disputas pela guarda de crianças> Sua manifestação primária é a campanha de difamação da criança contra o pai, uma campanha que não tem justificativa. Isso resulta da combinação da programação de doutrinação dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a difamação do pai alvo (TRINDADE, 2018).

Quando há maus-tratos/ abuso sexual, a animosidade pode ser justificada e, portanto, a explicação da síndrome de alienação parental para a hostilidade da criança não é aplicável. Gardner estabeleceu 8 componentes que devem concorrer para a existência da Síndrome de Alienação Parental, e são os seguintes segundo Gomes, 2017, p. 133):

a) Campanha de calúnia. O genitor alienante transmite ao filho detalhes, sentimentos negativos e experiências ruins vividas com o genitor odiado; b) Razões fracas, frívolas e absurdas; c) A alma versão para com o genitor alienado carece de ambivalência normal. O filho tem a certeza absoluta do seu sentimento de ódio; d) Fenômeno do pensador independente. A criança tem certeza de que chegou sozinha, sem ajuda externa, ao ódio que sente por seu pai; e) Apoio ao pai alienante. A criança sente que deve apoiar o pai que inicia a campanha de difamação, já que sua segurança está nesse pai, já que normalmente o pai tem seus cuidados pessoais; f) A criança expressa desprezo sem qualquer culpa pelo pai odiado; g) Provas de cenários processados. A criança usa uma linguagem que não é a sua. Às vezes ele usa terminologia que não entende, porque repete o que o pai alienante expressa (por exemplo, uma menina de 8 anos diz à mãe que não pode vê-la porque os médicos proibiram); .h) O ódio é transferido a todos, a família do pai alienado. A criança não quer ver seus avós, tios ou primos.

É necessário esclarecer que Gardner sempre distinguiu o fenômeno da alienação parental com a Síndrome de Alienação Parental. A primeira ocorre sempre que há uma campanha de difamação, mas com uma boa terapia o problema está resolvido (SILVA, 2010).

Na alienação parental, a criança não intervém sozinha, porém, o menino ou menina é cúmplice do pai alienante e eles criam suas próprias teorias sobre por que deveriam odiar o pai alienado. A sintomatologia mais comum, é: a) O impedimento de um dos progenitores para que o outro exerça o direito de relação com os filhos; b) desprezar e insultar o outro progenitor na presença do filho; c) Denegrir a imagem do progenitor; d) Interferir no regime de visitação; e) Envolver o ambiente familiar e amigos nas agressões ao ex-cônjuge; f) Subestimar os sentimentos dos filhos em relação ao outro progenitor; g) Encorajar a recusa do outro progenitor; h) Influenciar os filhos com mentiras sobre o outro progenitor; i) Não comunicar fatos importantes sobre a vida do menor sem consulta prévia ao cônjuge; j) Críticas à profissão ou situação financeira do progenitor filho; k) Forçar a criança a escolher entre o pai ou a mãe (LIMA, 2010).

Essas expressões da patologia analisada geram várias consequências na vida familiar, na relação pais-filho, causando diversos conflitos que costumam afetar os direitos fundamentalmente de meninos e meninas. O assunto é abordado sob diferentes perspectivas e ainda não foi alcançado consenso sobre o assunto. Existem duas abordagens para SAP: algumas que a consideram uma doença/distúrbio e outras que a consideram apenas uma alteração dos comportamentos dos pais. Ou seja, os primeiros aceitam e os últimos definitivamente não (FONSECA, 2017),

E dentro do SAP deve-se distinguir diretamente a síndrome da chamada SAP (alienação parental) dependendo se se conta ou não com a ajuda da criança ou adolescente alienado. As teorias ou posições opostas a respeito da existência do SAP têm a ver, em primeiro lugar, com as doutrinas feministas, que discutem o sistema sexista que implica que a legislação conceda o cuidado pessoal ou a guarda dos filhos menores as mães, sem que o pai seja considerado uma alternativa válida (DIAS, 2016).

O primeiro argumento apresentado para desconsiderar a SAP como uma doença mental é o fato de o chamado DSM IV (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais) não aparecer em sua quarta edição. Este manual é produzido pela *American Psychiatric Association* e é um tipo de livro sagrado. Gardner se defende afirmando que os comitês desenvolveram o Manual são conservadores o suficiente para incluir novas doenças e requerem muitos anos de pesquisa (CARVALHO ROCHA, 2014).

2.1 Generalidades da síndrome de alienação parental

A Síndrome de Alienação Parental tem sido abordada, pelo menos de duas perspectivas claras e antagônicas, desde que foi referida pelo Dr. Richard Gardner em 1985 (FISCHER, 2010).

Assim como são ouvidas vozes que a apoiam incondicionalmente, há críticas e vozes dissonantes. Ambas as posições têm, sem dúvida, uma construção argumentativa bastante interessante. Do ponto de vista da ciência e da psicologia em particular, o assunto passa por uma discussão bastante acirrada (FISCHER, 2010).

Assim, há posicionamentos que a consideram - sem dúvida - uma patologia que produz efeitos deletérios em crianças e adolescentes. Por outro lado, há a consideração não científica que não a reconhece como patologia, ousa até apontar que é uma mentira, uma ficção criada sob interesses pouco claros (GOMES, 2017).

A partir da Lei, porém, a discussão não é tão acirrada, já que é sem dúvida evidente sua utilidade para a tomada de decisões em favor de crianças e adolescentes. O operador do Direito não se preocupa muito com a consideração da patologia ou não, ele se interessa mais pelo procedimento e seus efeitos na infância e na

adolescência. Richard Gardner, não podia prever que da elaboração de sua proposta surgissem críticas de várias magnitudes à sua teoria (GONÇALVES, 2011).

Uma seleção adequada de tais posicionamentos permite destacar, em primeiro lugar, as críticas de Sonia Vaccaro e Consuelo Barea, publicadas na Espanha em setembro de 2009. Referidas assumiram uma posição bastante radical que acusa Gardner de favorecer o abuso de crianças por seus pais, e que a Síndrome de Alienação Parental serve ao propósito de se tornar um mecanismo que facilita a perpetuação do abuso infantil e, conseqüentemente, da violência de gênero, com seus laudos periciais, a impunidade dos acusados de pedofilia (RODRIGUES, 2015).

No entanto, tais avaliações subjetivas partiam de um discurso marcadamente feminista e, portanto, com pouco conteúdo científico. Em resposta a essa investida, Gardner apud Almeida (2016, p. 234) destacou:

Enquanto as mulheres que negam a SAP são bem organizadas, as mulheres que reconhecem sua existência não. As mulheres alienadas pelo SAP devem pressionar os grupos de mulheres para que ouçam com atenção e entendam como enganam seu próprio gênero ao negar o SAP.

No entanto, foi no Simpósio de Toronto, Canadá, que se concluiu esta discussão fútil sobre gênero: A Síndrome de Alienação Parental é causada por mães e pais. Não é exclusiva e se pode se referir também àquela teoria que nega o caráter da Síndrome, pois se é uma patologia psíquica deve ser composta por vários sintomas (FISCHER, 2010).

Para alguns autores, o primeiro requisito para que se constitua em síndrome é que apareça no DSM IV (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais ou Manual de Diagnóstico e Estatística de doenças mentais). A esse respeito, é necessário destacar que o DSM IV foi publicado em 1994, portanto as comissões que estudaram as novas categorias inseridas funcionaram de 1991 a 1993, numa época em que havia pouca literatura e poucos artigos sobre o assunto (GOMES, 2017).

Nos Estados Unidos, até o ano de 2000, já existiam 70 decisões judiciais em que os Tribunais reconheciam formalmente a Síndrome de Alienação Parental. Por outro lado, é necessário ao DSM não pode, por definição, abranger todas as situações em que a saúde mental de um ser humano, entendida em sua própria no sentido holístico, pode ser comprometido, de modo que o próprio DSM o reconheça e tenha tido que criar uma categoria que permita ampliar o quadro de diagnóstico às realidades sociais que se tecem de forma apressada, sendo uma categoria que se denomina outro foco de interesse que podem ser objeto de atenção clínica (GONÇALVES, 2011).

Assim, esta categoria considera outras fases ou problemas que podem ser objeto de atenção clínica e que estão relacionados aos transtornos mentais descritos anteriormente neste manual de uma das seguintes formas: 1) O problema é centrado no diagnóstico ou tratamento e a pessoa não tem transtorno mental. Também pode ser citado, como uma teoria que nega a Síndrome de Alienação Parental a qualidade da patologia, consta-se nos resultados dos trabalhos de pesquisa da psicóloga Kathleen Faller, que sustentou que 75% dos casos de denúncias de abuso sexual, em polêmicos processos de divórcio, eram plausíveis. Ao contrário do que defende Gardner, que afirmou que nos referidos processos contenciosos existiam apenas entre 10 e 15% das alegações verdadeiras (ALMEIDA, 2016).

A rejeição da criança ao pai que deixou a casa da família ocorre como uma resposta natural. A criança sente-se traída por tal pai. Nessas circunstâncias, Gardner afirmou que, se a criança está realmente abandonada, há um motivo lógico para a rejeição e então não haveria relação com a Síndrome de Alienação Parental (BRITO, 2017).

3 O CENÁRIO EM QUE SE DIZ QUE SAP OCORRE

As famílias de alto conflito estão desproporcionalmente representadas, é claro, entre a população daqueles que contestam a custódia e a visitação. Esses casos geralmente envolvem violência doméstica, abuso infantil e abuso de substâncias. Muitos pais estão zangados e uma ampla gama de problemas de visitação ocorrem (FISCHER, 2010).

A descrição de SAP do Dr. Gardner pode muito bem lembrar os pais, terapeutas, advogados, mediadores e juízes dessas emoções freqüentemente encontradas, e isso pode ajudar a explicar por que seu público muitas vezes aceitou o SAP sem questionar (GOMES, 2017).

A esmagadora ausência de análise cuidadosa e atenção ao rigor científico que esses profissionais demonstram, no entanto, é profundamente preocupante, o que permitiu o que é popularmente denominado *junkscience* (pseudociência) influenciar os casos de custódia de maneiras que provavelmente prejudicarão as crianças. O psiquiatra infantil Richard Gardner cunhou o termo Síndrome de Alienação Parental em 1985 para descrever suas impressões clínicas dos casos que ele acreditava que envolvia falsas alegações de abuso sexual infantil (GONÇALVES, 2011).

A essência da SAP, em sua opinião, é uma campanha infantil de difamação contra um pai que resulta da programação (lavagem cerebral) da criança por um dos pais para denegrir o outro pai e contribuições autocriadas pela criança em apoio à campanha do pai alienador (RODRIGUES, 2015).

O Dr. Gardner afirmou pela primeira vez que a SAP estava presente em aproximadamente noventa por cento das crianças cujas famílias estavam envolvidas em litígios de custódia, mas não forneceu resultados de pesquisa para substanciar suas afirmações sobre a síndrome, sua frequência ou seu ambiente (ALMEIDA, 2016).

Na verdade, suas estimativas iniciais parecem ter sido dramaticamente exageradas, particularmente quanto à frequência de falsas alegações de abuso sexual, e suas estimativas revistas foram muito mais circunspectas (BRITO, 2017).

Nos últimos anos, o uso do termo SAP foi dramaticamente estendido para incluir casos de todos os tipos em que uma criança se recusa a visitar o pai que não tem a custódia, quer as objeções da criança impliquem ou não alegações de abuso. Embora o Dr. Gardner às vezes afirme que sua análise não se aplica a casos de abuso real, o foco de sua atenção é direcionado em discernir se o pai amado e o filho estão mentindo, não se o pai alvo é mentiroso ou se comportou de uma forma que pudesse explicar a aversão do filho (CARVALHO ROCHA, 2014).

Seu tratamento recomendado para casos graves é transferir a custódia do filho do pai tutelar amado para o pai rejeitado para desprogramação. Isso pode envolver cuidados institucionais por um período de transição, e todo contato, até mesmo ligações telefônicas, com o cuidador principal deve ser encerrado por pelo menos algumas semanas. Somente após a lavagem cerebral reversa a criança pode ser lentamente reintroduzida ao custodiante anterior por meio de visitação supervisionada. O cenário em que se diz que SAP ocorre em famílias de alto conflito estão desproporcionalmente representadas, é claro, entre a população daqueles que contestam a custódia e a visitação (DIAS, 2016).

A SAP desvia a atenção do comportamento talvez perigoso do pai que busca a custódia para o do pai habitual. Essa pessoa, que pode estar tentando proteger a criança, em vez disso, está mentindo e envenenando a criança. Na verdade, para Gardner, os passos dos pais responsáveis pela custódia para obter assistência profissional no diagnóstico, tratamento e proteção da criança constituem evidência de falsas alegações (FONSECA, 2017),

Pior ainda, se os terapeutas concordam que o perigo existe, Gardner afirma que eles são quase sempre mulheres odiosas que entraram em apologia atroz com a criança reclamante e o pai preocupado. De fato, ele adverte os juízes a não levarem a sério as alegações de abuso no ambiente do tribunal de divórcio em casos de alto conflito (casos graves de SAP) (VENOSA, 2013).

Nem Gardner nem aqueles que aceitam seus pontos de vista reconhecem as dificuldades lógicas quando Gardner afirma que as alegações de abuso que são

acreditadas pelos terapeutas constituem evidência de SAP pelo pai protetor (TRINDADE, 2018).

Gardner acredita que, particularmente em casos graves, o relacionamento de uma criança alienada com o pai rejeitado será irreparavelmente danificado, provavelmente terminando para sempre, a menos que medidas imediatas e drásticas (transferência de custódia, isolamento do pai amado e desprogramação são tomadas (SOUZA, 2016).

Aqui, também, fontes confiáveis revelam que sua teoria é exagerada, com quase todos os casos incomuns (por exemplo, aqueles que parecem famílias inviolentas) resolvendo-se à medida que as crianças amadurecem (LIMA, 2010).

Como essas fontes sugerem, o remédio proposto por Gardner para o extremo casos não são suportados e colocam as crianças em perigo. Em sua decisão admitida de errar por causa da sub identificação de abusadores, Gardner parece ter esquecido das diferenças de política entre a lei criminal e a lei de custódia infantil e também ter entendido mal a distinção entre o ônus da prova no crime e casos civis que levou em consideração. Na medida em que a SAP resulta em colocar os filhos com um dos pais que é, de fato, abusivo, os jovens não terão contato com o pai que pode ajudá-los (KODJOE, 2015).

Grupos de pais e relatórios investigativos descrevem, por exemplo, numerosos casos em que tribunais de primeira instância transferiram a custódia de crianças para abusadores conhecidos ou prováveis e pais tutelados tiveram o contato negado com as crianças que estavam tentando proteger (KODJOE, 2015).

Em casos menos extremos, também, crianças são prováveis sofrem de uma mudança repentina em sua vida doméstica e no relacionamento com o pai/mãe em quem confiam. Até mesmo os terapeutas que aceitam a teoria do SAP aconselharam contra as transferências de custódia em vão em alguns casos relatados em que parece que os juízes implementaram as opiniões de Gardner por sua própria iniciativa (FISCHER, 2010).

Em suma, a relutância ou recusa das crianças em visitar os pais que não detêm a guarda pode provavelmente ser melhor explicada sem recorrendo à teoria de Gardner. Os estudos que acompanharam famílias ao longo de vários anos, por exemplo, relatam que as visitas podem cessar ou sofrer resistência quando uma variedade de razões faz com que pais e filhos responsáveis pela custódia fiquem zangados ou incomodados com o outro pai (GOMES, 2017).

Freqüentemente, o comportamento do pai que não detém a custódia e o estágio de desenvolvimento da criança desempenham papéis decisivos. Alinhamentos

ou alianças que lembram um pouco a construção de Gardner são muito menos frequentes do que ele sugere e, mesmo em casos extremos, esses estudiosos concordam que a teoria SAP exige respostas inadequadas e prejudiciais que intensificam o problema (ALMEIDA, 2016).

4 ALIENAÇÃO PARENTAL COMO NORMA JURÍDICA REGULADORA DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Nota-se frequentemente o caráter uniforme, repetitivo – regular – dos fatos sociais. Todavia, Durkheim (2008) que tanto insistiu nesse ponto, salienta também a efervescência que caracteriza as festas, o cumprimento de alguns ritos, ou que acompanha algumas situações extremas em que o grupo refaz sua unidade no próprio momento em que ela parece se desfazer sob o efeito de fortíssimas tensões. De um ponto de vista mais analítico, Durkheim (2008) na diversidade das etapas ou das dimensões da experiência as normas, que são maneiras de fazer, de ser ou de pensar, socialmente definidas e sancionadas, valores que orientam de modo difuso a atividade dos indivíduos fornecendo-lhes um conjunto de referências ideais, e ao mesmo tempo uma variedade de símbolos de identificação, que os ajudam a situar a si e aos outros em relação a esse ideal (BRITO, 2017).

Contudo a ordem dos valores e a ordem das normas não são rigorosamente separadas – exceto no caso limite de uma ação técnica, plenamente consciente dos fins que busca e com domínio absoluto dos recursos e meios que mobiliza. Quase sempre a distinção entre normas e valores é relativa e abstrata; e seria tão arbitrário só reter a dimensão normativa (ou valorativa) quanto negligenciar o aspecto regular dos fatos sociais em detrimento de seus aspectos “efervescentes” (CARVALHO ROCHA, 2014).

Segundo Gomes (2017, p. 33):

A separação entre as normas e a prática – entre o que devemos fazer e o que realidade fazemos – chama imediatamente a atenção mesmo do observador. A sociedade na maioria das vezes se faz presente pelas ordens que decreta e pela sanções que coloca em ação, é o primeiro a reconhecer que as ordens estão longe de ser sempre obedecidas,

A célebre discussão sobre o normal e o patológico não se limita a mostrar que a experiência das ações socialmente prescritas e sancionadas acarreta correlativamente a existência de ações socialmente proibidas (DIAS, 2016).

Durkheim (2008, p. 56) chega a proclamar que o crime é normal, porque uma sociedade que dele estivesse isenta é totalmente necessário, é útil (pois) prepara “mudanças necessárias”.

Nossas restrições Não dizem respeito à tese da normalidade do crime, ainda que essa normalidade seja considerada de um ponto de vista exclusivamente utilitário e evolucionista (o crime é útil na medida em que prepara a mudança), mas ao caráter dicotômico da distinção entre o normal e o patológico. A norma não se confunde com o normal, e o anormal ou mesmo o desviante tampouco com o patológico (DIAS, 2016).

O que certamente enfraquece essa concepção de Durkheim (2008) é que, pelo dualismo um tanto simplista em que à primeira vista parece se apoiar, a autoridade de qualquer norma só se fundamenta na autoridade da sociedade me geral. Nessa concepção a norma jurídica se apresenta como um conjunto de prescrições e proibições institucionalmente definidas. Segundo Gomes (2017, p. 34):

A evolução das formas jurídicas faz com que uma ação principalmente repressiva fundamentada na solidariedade mecânica suceda á recuperação fundamentada na solidariedade orgânica. Contudo, nos dois casos, os delitos que são objeto de rigoroso definição, e as penas que os sancionam são metodicamente aplicadas.

Assim, no momento em que o direito se torna uma atividade diferenciada, distinta da magia ou da religião, é marcado pela transferência das funções repressivas e retributórias a órgãos especializados em vez de, como é o caso nas sociedades primitivas se expressar por manifestações violentas, mas naturais, da consciência coletiva. O progresso constituído pela norma jurídica é que a ação da sociedade, em lugar de ser difusa, aparece claramente apreensível durante toda a duração do processo que vai do delito até sua punição ou reparação (FONSECA, 2017),

Assim, tem-se a tentação a concluir por uma generalização abusiva, que a sociedade é que fundamenta tudo sistema normativo, uma vez que fundamenta a norma jurídica. Sob essa norma, o argumento é duplamente frágil. Primeiro, a ligação entre a norma jurídica e ordem social não é suficientemente explicitada; segundo, a passagem da norma jurídica para qualquer norma resulta de uma generalização abusiva (KODJOE, 2015).

O importante é que a norma é universal e sua característica de universalidade é que a norma – ou, como dizima os autores do século XVIII, a Lei – exprime a vontade daqueles que ela obriga. Por isso, como raciocina Kelsen (1965) apud Gomes (2017), só a democracia, entendida como o regime em que os governados, isto é, os sujeitos

da obrigação, são ao mesmo tempo os governantes, isto é, os titulares da soberania, satisfaz plenamente as exigências da norma jurídica.

Entretanto o consenso de governantes e governados não se confunde com a situação de unanimidade. O consenso também não se apoia no conteúdo do sistema normativo. Apoia-se apenas em procedimentos (DIAS, 2016).

Assim, a norma se torna juridicamente obrigatória pelas condições em que é formulada: a juridicidade se prende às normas enunciadas pelas autoridades competentes, isto é, aquelas que receberam essa missão e a exerceram nas formas mais constitucionalmente convencionadas. O importante é ressaltar que a norma jurídica se origina de uma patologia social, ou seja, um defeito que precisa de regulamentação normativa para que seus males não cresçam e, se possa dar um destino a ele (FONSECA, 2017),

Neste processo a alienação parental pode ser considerada uma patologia social que nasce de uma situação de conflito e como tal necessita de uma normalização, já que a vida está cheia de conflitos e eles podem ser minimizados mediante a ação normativa a um nível de expectativas que estejam ao alcance do sistema jurídico (KODJOE, 2015).

Neste sentido Fischer (2010, p. 37) informa que a alienação parental é resultado de conflito, *stress*, ansiedade e encontram-se entre dez (10) posições seguintes:

- a) a pessoa necessita-se sentir amado e ter constantemente o apoio de amigos e familiares e caso isso não ocorra à tendência é denegrir a imagem do ex companheiro(a);
- b) tem de ser competente e alcançar as metas que se propõe. O valor pessoal está relacionado com o número de vitórias alcançadas;
- c) tem de ser sempre o primeiro, força o outro a concordar com suas ideias;
- d) os outros devem tratar as pessoas com injustiça e desigualdade;
- e) quando existe perigo ou medo no seu universo, fica perturbado e preocupado;
- f) as pessoas e circunstâncias devem encaixar-se nas metas que foram impostas por ele. Quando isso não acontece, acha que a

vida é miserável e que devem existir soluções fáceis para os problemas complexos;

G) uma miséria emocional que nasce das pressões externas, sobre as quais não se exerce quase nenhum controle. Se as circunstâncias, continuam a miséria continua;

h) tendência a evitar as responsabilidades da vida e seus problemas;

i) o passado domina a vida atual e continua determinando o que a pessoa sente e faz hoje;

j) busca de satisfação ou prazer pela fato de denegrir o outro.

Claro fica que a alienação parental é uma patologia social. A ideia contudo, que não se pode viver sem o outro é sinal de alguém inseguro, condenado a ter uma vida de conflitos e perturbações (KODJOE, 2015).

Seria bom ser competente e eficiente em tudo o que se faz, mas não é realista esperar que, sempre seja assim, É importante aprender a conviver com a espera e com as frustrações. Desta forma, como patologia social, a alienação parental necessita de normatização para que seus males não se espalhem. Ou seja, é necessário criar uma legislação (LIMA, 2010).

O termo legislação deriva do *latim legilatio* (criação ou estabelecimento de leis) e é tomado em sentido etimológico para designar o conjunto de leis dadas a um povo, A lição é de Plácido e Silva (1980, p. 921) apud Gomes (p, 2017, p. 37) que esclarece ser este o sentido primitivo da *lex data* ou das *leges datae* dos romanos, significando as leis que eram dadas a uma cidade. Mas a legislação (*leges datae*) distingue-se propriamente da *lex*, por sua pertinência com os regulamentos orgânicos expedidos pelos magistrados, em face da outorga popular em que se viam investidos.

A *legislativo*, portanto, expressava um sentido mais restrito, enquanto a *lex* era mais abrangente. Estes aspectos mantiveram-se através dos tempos, projetando-se na terminologia jurídica hodierna (KODJOE, 2015).

Com efeito, nos dias atuais, a palavra legislação, em seus desdobramentos semânticos, é empregada, por vezes, com aquela ideia restritiva de regulamentação complementar a um direito pré existente e, outras vezes, para indicar o acervo de leis relativas a um ramo jurídico ainda em face de formação, isto é, ainda não sistematizado. Desta forma, a necessidade de coibir os efeitos de uma patologia social, como a alienação parental, foi sistematizado em uma Lei: a Lei nº 12.318/2010, que passou a fazer parte do arcabouço do direito de família nacional (TRINDADE, 2018).

5 A ALIENAÇÃO PARENTAL NA LEGISLAÇÃO NACIONAL - LEI Nº 12.318/2010

A Síndrome de Alienação Parental está regulamentada diretamente na legislação nacional or intermédio da Lei nº 12.318/2010, realidade que se verifica a partir da revisão da legislação vigente (KODJOE, 2015).

E isso se deu pela abordagem da Carta Política que produz a afirmação que nela não se encontra apenas normas reguladoras das relações entre os indivíduos e o Estado, entendendo que este diploma contém o pacto social entre governantes e governados, portanto as normas da Constituição são obrigatórias (LIMA, 2010).

Assim, a norma contida no artigo 226 da CF de 1988, § 6º e 7º que

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Em relação ao exposto, o Tribunal Constitucional estabeleceu que a força normativa da Constituição, a sua força ativa e passiva, bem como a sua força reguladora das relações jurídicas, se projeta também àquelas estabelecidas entre indivíduos, aspecto denominado de eficácia *inter privatos* ou eficácia contra terceiros dos direitos fundamentais. Consequentemente, qualquer ato originado de a pessoa física ou jurídica de direito privado que pretenda violá-la ou ignorá-la, é inexoravelmente inconstitucional (KODJOE, 2015).

Mas o efeito horizontal ou *inter privatos* que os direitos fundamentais possuem deriva não só do artigo 5º da Constituição, mas também do princípio da dignidade (artigos 1º da Constituição), na medida em que o valor central da pessoa impõe que os direitos também projetam seu efeito regulador na esfera da sociedade e na própria autonomia privada (KODJOE, 2015).

A dignidade da pessoa traz assim consigo a projeção universal, perante todos os tipos de destinatários, dos direitos fundamentais, de modo que não há esfera social isenta de seu efeito normativo e regulador; visto que, se existisse, por mais excepcional que fosse, o valor normativo do mesmo princípio de dignidade seria negado (LIMA, 2010).

Conseqüentemente, os direitos fundamentais vinculam e têm força reguladora nas relações jurídicas de direito privado, o que implica que as normas estatutárias das entidades privadas e os atos dos seus órgãos devem estar em plena conformidade com a Constituição e, em particular, com os direitos fundamentais (SILVA, 2010).

Na análise da Carta Política, encontra-se regulamentações de princípio, mas importantes para delinear uma regulamentação específica por meio de normas de ordem jurídica. Assim, o artigo 1º prescreve que a defesa da pessoa humana e o respeito pela sua dignidade são o objetivo supremo da sociedade e do Estado (SOUZA, 2016).

Essa norma é de extrema importância porque marca um curso legislativo que determina o conteúdo das demais normas infraconstitucionais. Para a análise é importante destacar que a dignidade é uma condição ou qualidade de todo ser humano, é intrínseca à pessoa humana pelo que é específico de sua natureza: seu ser espiritual. Assim, a pessoa humana como organismo psicossomático está sujeita a regras de origem, desenvolvimento e declínio. É o que alguns chamam de projeto de vida, que implica o acúmulo de aspirações que todo ser humano possui, e que para sua realização ou abrangência é exigido da comunidade e do Estado um conjunto de ações que o possibilitem e garantam. Desde a sua concepção a pessoa exige proteção, e os outros são responsáveis por ela, devem acolhê-la, promovê-la e protegê-la (TRINDADE, 2018).

Isso é imprescindível em todas as fases de seu desenvolvimento, e com maior ênfase naquelas de maior demanda, como infância, adolescência e velhice; bem como o que é determinado por sua condição de evidente vulnerabilidade (VENOSA, 2013).

Esta exigência é explicitada no caso dos filhos menores, que necessitam - para o seu desenvolvimento integral - de vínculos socioafetivos fundamentais, como o contacto ou vínculo necessário e constante com os pais. Garantir esse vínculo leva, sem dúvida, a um respeito irrestrito por sua dignidade (KODJOE, 2015).

É assim que o Tribunal Constitucional o entendeu ao reconhecer o direito da criança a constituir família, pelo que o referido tribunal sustenta que o mesmo já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o direito da criança a constituir família, como direito constitucional implícito que encontra respaldo no princípio-direito à dignidade da pessoa humana e nos direitos à vida, à identidade, à integridade pessoal, o livre desenvolvimento da personalidade e do bem-estar reconhecido nos artigos 1º e 5º, 226 da Constituição (KODJOE, 2015).

É um direito implicitamente reconhecido no preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, que reconhece que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente

de felicidade, amor e entendimento, bem como no Estatuto da Criança e Adolescentes – ECA, que diz que o Estado e a família devem assegurar que a criança não seja separada de seus pais contra sua vontade, e por sua vez, expressamente reconhecido neste ECA afirmando que a criança e o adolescente têm direito a viver, crescer e se desenvolver dentro da família (LIMA, 2010).

Da mesma forma, este o Tribunal Constitucional reconheceu que o gozo mútuo da convivência entre pais e filhos constitui uma manifestação do direito da criança a constituir família e a não se separar dela, que mesmo quando os pais estão separados dos filhos impõe que a convivência familiar seja garantida, a menos que não haja ambiente familiar de estabilidade e bem-estar e que a autoridade conferida à família não implique que esta possa exercer controle arbitrário sobre a criança, o que poderia lhe causar danos. Neste sentido a Lei nº 12.318/2010 veio garantir essa situação concebendo uma norma em consonância com a CF de 1988 e do o ECA garantido o respeito ao o direito da criança de preservar sua identidade, incluindo nacionalidade, nome e relações familiares, de acordo com a lei, sem interferência ilegal (SILVA, 2010).

Quando uma criança for ilegalmente privada de alguns ou de todos os elementos de sua identidade, o Estado proporcionará a devida assistência e proteção a fim de restabelecer rapidamente sua identidade (VENOSA, 2013).

Já artigo 21º da Lei nº 12.318/2010 diz que a alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este e isso indica o livre desenvolvimento da personalidade, talvez como um dos direitos mais importantes inscritos (TRINDADE, 2018).

Este direito garante uma liberdade geral de ação do ser humano em relação a cada esfera de desenvolvimento da personalidade, ou seja, de parcelas de liberdade natural em determinadas áreas da vida, cujo exercício e reconhecimento estão vinculados ao constitucional conceito de pessoa como ser espiritual, dotado de autonomia e dignidade, e como membro de uma comunidade de seres livres. Obviamente, não se trata de proteger constitucionalmente qualquer tipo de faculdades ou poderes que o ordenamento jurídico tenha reconhecido ou instituído em favor do ser humano (SOUZA, 2016).

Pelo contrário, reduzem-se a todos aqueles que são inerentes à estruturação e realização da vida privada e social de uma pessoa e que não receberam um reconhecimento especial através de disposições específicas de direitos fundamentais (KODJOE, 2015).

Tais espaços de liberdade para a estruturação da vida pessoal e social constituem espaços de liberdade afastados de qualquer intervenção estatal que não sejam razoáveis ou proporcionais para a salvaguarda e eficácia do sistema de valores que a própria Constituição estabelece (LIMA, 2010).

Esta apreciação jurídica é sem dúvida importante, pois garante que a pessoa humana possa desenvolver-se num ambiente de plena liberdade, o que implica e exige que a sociedade e o Estado garantam esse desenvolvimento proporcionando o melhor cenário possível, tanto legal como factual. No entanto, deve-se reconhecer também que é o artigo 4º onde se desenvolve um conteúdo principal de extrema valia, a norma em questão afirma que a comunidade e o Estado protegem especialmente a criança, o adolescente, a mãe e o idoso em situação de abandono. Eles também protegem a família e promovem o casamento. Eles os reconhecem como institutos naturais e fundamentais da sociedade. A norma precedente desenvolve o que na doutrina do direito da família vem a ser chamado de princípio da proteção da família (KODJOE, 2015).

6 CONCLUSAO

Enquanto as cortes e legislaturas brasileiras continuam seus empreendimentos entusiásticos na aplicação do direito da família, eles fazem uso frequente de teorias e pesquisa das ciências sociais. Este ensaio enfocou os desenvolvimentos na lei de custódia infantil decorrente da Síndrome de Alienação Parental (SAP), uma teoria proposta em 1985 que se tornou amplamente utilizada apesar sua falta de fundamentos científicos.

A discussão destaca temas teóricos e problemas práticos com SAS, fornece uma discussão semelhante de mais propostas recentes rotuladas de Alienação Parental (SAP), e conclui com recomendações para advogados e juízes que devem avaliá-los os desenvolvimentos semelhantes

Filhos cujos pais não concordam ou cooperam em relação a seus cuidados são colocados no meio de conflitos de lealdade que só podem estressar e às vezes quebrá-los. Ainda não se sabe o suficiente sobre como as crianças desenvolvem lealdade e antipatias ou as resolvem à medida que amadurecem, seja em famílias intactas ou divididas. Até que o se faça, cuidado deve orientar terapeutas e tribunais.

Nas últimas décadas as mudanças nas relações sociais são significativas, principalmente nas questões referentes ao direito de família. Os principais fenômenos destas mudanças são: a crise na família nuclear (monogâmica e heterossexual), e, a entrada da mulher no mercado de trabalho.

Neste preâmbulo de mudanças sociais profundas, desencadeadas principalmente pelos avanços nas telecomunicações, provocaram sem dúvida um alcance muito maior do nível de informação e conhecimento.

Neste sentido, este artigo tem por objetivo geral, analisar o contexto da Lei nº 12.318/2010 que resguarda o interesse da criança e do adolescente ao convívio familiar, além de especificamente identificar a alienação parental e suas formas como norma jurídica; verificar os princípios da alienação parental dentro do direito de família; e, identificar as imposições da alienação parental. Para isso, em primeiro lugar foi analisado a necessidade de formalização de norma jurídica dentro da legislação nacional que proteja direitos com a apresentação da contextualização histórica da norma. Em segundo plano foi analisado, no âmbito da bibliografia, o direito de família, por intermédio da contextualizando histórica.

Neste sentido, a alienação parental acontece, em escala mundial e, sempre esteve presente em toda a história da humanidade, e em todas as classes sociais, articulada ao nível de desenvolvimento da sociedade na qual acontece. É um problema complexo que requer a coordenação de esforços entre pessoas de vários setores profissionais.

No caso brasileiro especificamente está enraizado no tecido social. Embora os recursos sejam importantes, não constituem, por si só, a solução. Nos países desenvolvidos, a existência de sistemas de assistência social e de coação legal não garante uma resposta adequada. Assim, com a pesquisa foi possível perceber que é necessário congregare esforços para: reconhecer a complexidade do fenômeno e suas consequências; aprender mais sobre outros serviços e recursos para combater o problema.

Essa congregação de esforços pode constituir um desafio para pessoas de diferentes organismos, com diversos tipos de formação e intervenção. As suas vantagens são: a compreensão mais aprofundada da dinâmica do problema; o aumento do número de ações de alienação parental na justiça com o advento de responsabilizações; apoio acrescido aos profissionais e aumento da motivação destes; e, prestação mais eficaz, sensível e coordenada de serviços de apoio à vítima.

Conclui-se, desta maneira, que se enquadra no Direito de Família qualquer demanda que verse sobre o direito de manter as relações familiares, e, por conseguinte, de filiação. Entretanto, este é o caso do direito ao conhecimento da alienação parental – inserido nos direitos de família - que visará fundamentalmente à proteção de outros direitos, também de índole constitucional, e guardando valores quiçá maiores do que o próprio direito à intimidade.

REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J. G. **Direito de Família e a nova constituição**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Brasília: Congresso Nacional Constituinte, 1988. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 21 de mar de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Brasília: Congresso Nacional, 2010. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 21 de mar de 2021.

BRITO, L. M. T. **Família pós-divórcio**: a visão dos filhos. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 27(1), 32-45., 2017.

CARVALHO ROCHA, L. de A. **Alimentos no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo. 2014. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 27 de ago de 2020.

DIAS, M. B.. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Artigo, 2016. Disponível em file:///C:/Users/ADMINI~1/AppData/Local/Temp/1_-_s%25EDndrome da aliena%25E7%25E3o parental, o que %25E9 isso.pdf Acesso em 25 de mar de 2021.

DURKHEIM, Ée. **Sociologia**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FISCHER, C. B. **Alienação parental no direito de família**. São Paulo: RT, 2010.

FONSECA, P. M. P. C. da. **Síndrome da Alienação Parental**. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. v. 8, n. 40, fev/mar, 2017, p. 5-16.

GOMES, F. **Direito de família**. São Paulo: RT, 2017.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. Vol. 6. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KODJOE, Ú. **A alienação parental**. (Tradução da Conferência da psicóloga do idioma francês para o português: Philippe Maillard), 2015. Disponível em: <http://www.apase.org.br>. Acesso dia 26 de ago de 2020.

LIMA, P. **Direito de Família**. Artigo. 2010. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 28 de mar de 2021.

RODRIGUES, R. de L. **As tendências do Direito Civil Brasileiro na Pós-Modernidade**. Artigo. 2015 Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6617> Acesso em:21 de mar de 2021.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**: Direito de Família. 28 ed. atual. Por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, D. M. P da. **Alienação parental**: distúrbio neurótico. Artigo. 2010. Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br> Acesso em 2 de de mar de 2021.

SOUZA, R. P. R. de. **A tirania do guardião**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1191, 5 out. 2016. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8999>>. Acesso em: 27 de mar de 2021.

TRINDADE, J. **Síndrome de Alienação Parental (SAP)**. In: DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental. São Paulo: RT, 2018.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil**: Direito de Família. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 6.

A FISCALIZAÇÃO NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PARA GARANTIR SUA EFICÁCIA JUNTO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

KEMELY CAROLINE DE SOUZA LIMA MIOTO BEATA:
Bacharelada do Curso de Direito pela Universidade Brasil,
campus Fernandópolis/DP.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO.

(Orientador)

RESUMO: A fiscalização na execução dos contratos administrativos consiste em uma atividade administrativa na qual é regida por normas no âmbito do direito público, especialmente pela Lei nº 8.666/93. Esta tem a finalidade de determinar as regras, exigências e condições dos contratos administrativos, assim como também, atribui prerrogativas à Administração Pública para alterar, rescindir, controlar e aplicar sanções ao contratado, em caso de inexecução parcial ou total do contrato. O ato de fiscalizar visa demonstrar o êxito e eficácia do funcionalismo público e prevalecer o interesse coletivo. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a relevância da fiscalização na execução dos contratos e a necessidade do fiscal de contratos nas esferas de governo. A abordagem da pesquisa classifica-se como básica, exploratória, bibliográfica, qualitativa e de campo, isto é, visa se aprofundar por meio de referências, doutrinas, legislação e artigos científicos. Diante do exposto, nota-se que a fiscalização na execução dos contratos administrativos é de extrema importância para a organização e gestão do poder público, visto que, tal atividade eleva a qualidade dos serviços prestados à população.

Palavras-chave: Administração Pública. Contratos Administrativos. Execução. Fiscalização.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1.1 Conceito de Administração Pública. 2.1.1 Administração Pública Direta e Indireta. 2.2 Princípios Constitucionais. 2.3 Federalismo. 3 LICITAÇÕES E CONTRATOS. 3.1 Conceito de Licitação. 3.1.1 Modalidades de Licitação. 3.1.2 Contratação Direta. 3.2 Fases do Procedimento Licitatório. 3.3 Contratos Administrativos. 3.3.1 Formalidade e Obrigatoriedade dos Contratos. 3.3.2 Exceção dos Contratos Escritos. 3.3.3 Assinatura e Publicação dos Contratos. 3.3.4 Garantias Contratuais. 3.3.5 Vigência Contratual. 3.4 Execução dos Contratos. 4 FISCALIZAÇÃO NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS. 4.1 Fiscalização dos Contratos Administrativos. 4.2 Fiscal dos contratos. 4.3 Responsabilidade Solidária. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A análise dos contratos administrativos é de suma importância para o discernimento coletivo, pois é uma forma de esclarecer todo o procedimento licitatório, como também identificar e prevenir a corrupção no decorrer e ao final do processo. Além disso, é interessante salientar a relevância na fiscalização da execução dos contratos, visto que, esta tem por finalidade averiguar a aplicação efetiva conforme as disposições contratuais e certificar que a Administração Pública obteve proposta mais vantajosa ao firmar compromisso com a contratada, assim, legitimando a veracidade e o êxito dos princípios da Eficiência, Eficácia e Economicidade.

Nesse sentido, diante das explicações acerca do tema, o problema a ser discutido no referido estudo, consiste na observância e necessidade quanto a fiscalização na execução dos contratos administrativos para a Administração Pública.

Diante disso, o presente trabalho traz como objetivo estudar a fiscalização na execução dos contratos administrativos, expondo a necessidade de que haja um servidor público especificamente para esta atribuição, visto que, na prática é uma função com grande defasagem dentro da Administração Pública.

A máquina do poder público deve operar em harmonia, isto é, todos devem agir em conjunto para que a mesma funcione efetivamente e atinja sua finalidade. Por isso, a principal motivação deste estudo é mostrar a seriedade do funcionalismo público para que um bem ou serviço chegue até a população conforme o esperado. Nesse sentido, reitera-se que a fiscalização quanto a execução dos contratos é necessária e de grande valia para a eficiência e economia do dinheiro público.

No que se refere a abordagem da pesquisa, é correto afirmar que esta classifica-se como básica, pois visa buscar e adquirir novos conhecimentos. Além disso, é exploratória e bibliográfica, visto que, objetiva esclarecer os principais pontos necessários acerca do assunto, mediante referências em doutrinas, legislação e artigos científicos, assim como também é qualitativa e de campo, isto é, tem sua forma descritiva e coletada diretamente da fonte.

Assim sendo, o desenvolvimento do tema no primeiro capítulo será a contextualização e noções sobre Administração Pública, demonstrando a distinção em sua forma direta e indireta, seguindo com os entes federativos e, ao final os princípios constitucionais.

Seguidamente, no segundo será abordado de forma geral os métodos para compras de bens e serviços, iniciando-se com o conceito da Lei das Licitações (8.666/1993) e suas modalidades, assim como também, as exceções quanto a obrigatoriedade de licitar, a explanação de todo o procedimento licitatório e, por último as definições, etapas e formalidades dos contratos administrativos.

Adiante, no terceiro capítulo serão apresentadas as noções de gestão e fiscalização quanto a execução dos contratos e, adiante as atribuições do fiscal dos contratos e sua responsabilidade solidária.

Percebe-se assim, que a temática necessita ser estudada haja vista sua importância no contexto jurídico.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Conceito de Administração Pública

Diante dos objetivos expostos, para que haja melhor entendimento a respeito do assunto, o presente trabalho se dará início pela contextualização da Administração Pública.

À vista disso, segundo Di Pietro (2019) “a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos”.

Nesse sentido, entende-se que a referida consiste na organização e gestão dos interesses públicos, através da prestação de serviços dos órgãos competentes e seus agentes.

Ainda, é válido ressaltar que a Administração Pública tem dois sentidos, o objetivo e o subjetivo. O sentido objetivo, material ou funcional, refere-se à execução do funcionalismo público mediante seus órgãos, isto é, a forma direta em que o Estado administra. Enquanto o sentido subjetivo, formal ou orgânico, consiste no conjunto de entes que compõem o Estado, tendo estes por finalidade assegurar e cumprir com todas as necessidades do governo.

2.1.1 Administração Pública Direta e Indireta

A Administração Pública Direta ou Centralizada, consiste na execução da prestação dos serviços públicos por meio da Federação, isto é, o conjunto de órgãos competentes que constituem o Estado. Resumidamente, os entes federativos que compõem a administração direta são: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com relação a Administração Pública Indireta ou Descentralizada, pode-se afirmar que esta tem por finalidade conduzir o funcionalismo público com êxito e efetividade, assim como a administração direta, entretanto, sua aplicabilidade se dá por meio de órgãos criados pela Federação. Desta forma o Estado consegue atingir as necessidades do povo e ao mesmo tempo não sobrecarregar os entes federativos.

Nesse seguimento, o Decreto-Lei nº 200/67 determina em seu artigo 4º, que a Administração Pública em sua forma Indireta pode ser classificada nas seguintes categorias: Autarquias, Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista e Fundações Públicas.

Reitera-se que, conforme disposto na Constituição Federal de 1988, as atribuições da Administração Pública – Direta ou Indireta – devem ser aplicadas efetivamente no decorrer de sua funcionalidade, assim como também os princípios constitucionais, que tem por finalidade atender e garantir as necessidades do coletivo.

2.2 Princípios Constitucionais

A fim de que a máquina do poder público funcione de forma efetiva e assegure a excelência nos serviços prestados ao povo, a Constituição Federal de 1988 determina em seu artigo 37, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

Os princípios supracitados, também conhecidos como “L.I.M.P.E.” no âmbito jurídico, são extremamente necessários para o exercício das atividades administrativas, devendo ser aplicados tanto na Administração Pública Direta quanto na Indireta. Ademais, são indispensáveis durante a organização e gestão da mesma. Os princípios constitucionais têm por finalidade não só assegurar a eficácia nas atribuições do poder público, como também demonstrar a sua relevância para o efetivo desempenho nos órgãos e entes competentes do Estado.

Diante dessa perspectiva, para melhor assimilação e conhecimento de cada princípio, adiante se dará a conceituação e objetivo destes.

O princípio da legalidade em sua forma direta, se resume no cumprimento da lei, ou seja, a organização administrativa deve ser exercida mediante o que está previsto nos termos da Constituição Federal e as Leis Complementares, visto que, este tem por finalidade atingir o interesse público, de forma imparcial e sem nenhum tipo de favoritismo.

De acordo com Mazza (2013, p. 75):

Inerente ao Estado de Direito, o princípio da legalidade representa a subordinação da Administração Pública à vontade popular. O exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a vontade da lei.

Reitera-se que o cumprimento do referido princípio atinge diretamente todo o Poder Executivo, isto é, desde o Ordenador de Despesas até os agentes públicos, sendo estes comissionados ou efetivos.

O princípio da impessoalidade consiste na execução das atividades administrativas mediante tratamento igualitário, ou seja, sem discriminações. A realização dos serviços prestados pelos agentes públicos deve ser impessoal, desconsiderando cor, raça, crenças e até mesmo divergências políticas. Além disso, é válido ressaltar que o referido princípio deriva do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, na qual determina *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*, assim reforçando a importância da igualdade no âmbito da Administração Pública.

O princípio da moralidade, se dá pela ética e a integridade, assim como também *“exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade”* (DI PIETRO, 2019, p. 773).

No que se refere ao poder executivo e a forma de gestão administrativa por meio dos agentes públicos, pode-se afirmar que estes devem agir com seriedade e probidade em seus atos, uma vez que, são visados diretamente pela sociedade e pelos órgãos competentes.

À vista disso, para Meirelles (2012, p. 90) declara que:

O agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

O princípio da publicidade se refere a clareza e a transparência dos atos administrativos, visto que, é a forma mais eficaz de comprovar a efetividade na execução dos serviços prestados à população. Do mesmo modo, o princípio supracitado também se compromete com a divulgação da prestação de contas da Administração Pública, assim transmitindo tranquilidade e confiança entre o povo e os agentes do poder público.

O princípio da eficiência, se resume na eficácia e excelência quanto a gestão do poder executivo, isto é, aplicar com responsabilidade a utilização dos recursos

financeiros da Administração Pública, para que atinjam as necessidades da população com êxito e qualidade.

Diante do exposto, percebe-se que os referidos princípios são de extrema importância para o exercício das atividades administrativas, pois demonstram efetividade e excelência perante a organização da Administração Pública Direta ou Indireta.

2.3 Federalismo

No que se refere ao federalismo no Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 18, *in verbis*:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Nesse sentido, para Oliveira, (2003 *apud* ARRETCHE, 2005) "O federalismo é uma forma de organização de Estado em que os entes federados são dotados de autonomia administrativa, política, tributária e financeira necessárias para manter o equilíbrio que se estabelece entre eles para a constituição do Estado Federal".

À vista das definições supracitadas, é correto afirmar que para melhor organização dentro da República, os entes federativos são divididos em: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Reitera-se que não há hierarquia entre eles, uma vez que, estes têm plenos poderes para administrar de forma independente, desde que estejam em consonância com as leis.

Desta maneira, conforme a visão geral, percebe-se que todos os entes compostos pela Federação são de extrema importância para o equilíbrio da organização administrativa.

3 LICITAÇÕES E CONTRATOS

3.1 Conceito de Licitação

Após todas as explicações e breves esclarecimentos a respeito da Administração Pública, o presente capítulo se dará pelas noções básicas, objetivos e fases da licitação, assim como também, as definições do termo de contrato, formalidades exigidas e sua aplicabilidade.

O processo licitatório ou também conhecido simplesmente como licitação consiste nas formas específicas para compras e conseqüentemente execução de

contratos administrativos, quanto a obras, bens e serviços perante a gestão do poder público.

Seguindo dessa premissa, para AMORIM (2020, p. 23):

A licitação pode ser compreendida como o procedimento administrativo formal pelo qual, sob determinação legal, uma pessoa governamental, com base em condições previamente estipuladas e em observância aos princípios da Administração Pública, busca selecionar a proposta mais vantajosa para a consecução de uma pretensão contratual voluntária.

Nesse sentido, pode-se afirmar que as fases durante todo o processo de licitação são compostas por vontades entre a gestão pública e a empresa interessada. Em outras palavras "é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual" (DI PIETRO, 2019, p. 755).

Em consonância com o artigo 37 da Constituição Federal de 1988, para que houvesse melhor entendimento acerca da aplicação do procedimento licitatório por meio dos agentes públicos, criou-se a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, também conhecida popularmente como "Lei de Licitações", na qual prevê em seu artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Mediante essa perspectiva, dadas as menções a respeito dos princípios constitucionais quanto a lei supracitada, é válido salientar a relevância dos mesmos para o funcionalismo público, em especial durante todo o procedimento licitatório, pois após firmado o contrato administrativo, a prestação de contas se encarregará de analisar a devida aplicação ou não dos referidos princípios.

Ainda, analisando o artigo acima mencionado e notoriamente reiterando a contextualização de licitação, é correto afirmar que a finalidade do referido procedimento administrativo é "buscar a melhor proposta, estimulando a

competitividade entre os potenciais contratados, a fim de atingir o negócio mais vantajoso para a Administração” (MAZZA, 2013, p. 297).

3.1.1 Modalidades de Licitação

No que se refere a aplicabilidade do procedimento licitatório, pode-se afirmar que este se dá por meios das modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, na qual se analisa previamente o objeto a ser licitado e conseqüentemente seu valor de custo no mercado. Nesse sentido, o artigo 22 da lei supracitada prevê as cinco modalidades de licitação, na qual serão mencionadas e explanadas a seguir para que haja melhor compreensão e clareza acerca do assunto.

A concorrência consiste na modalidade de licitação que admite qualquer interessado, desde que, mediante a fase de habilitação, comprove atender todos os requisitos necessários quanto a qualificação exigida no instrumento convocatório e, conseqüentemente atenda as devidas condições para a execução do objeto (art. 22, §1º, da Lei nº 8.666/93).

A tomada de preços se resume na modalidade de licitação onde os interessados devem estar efetivamente cadastrados ou simplesmente cumprirem com todas as exigências para o devido cadastramento no prazo de até 03 (três) dias antes da data da recepção das propostas, salientando as qualificações necessárias (art. 22, §2º, da Lei nº 8.666/93).

O convite corresponde a modalidade de licitação na qual a área dos interessados é especificamente destinada ao determinado objeto, isto é, o ramo abordado pelos mesmos é ligado diretamente ao bem ou serviço a ser contratado. Ainda, ressalta-se que independe de cadastro e, o procedimento é realizado por meio de escolha ou convite, onde a quantidade mínima é de 03 (três) participantes. Seguidamente, o órgão público dará as respectivas instruções para o devido prosseguimento com o processo licitatório até a efetiva execução do objeto (art. 22, §3º, da Lei nº 8.666/93).

O concurso se baseia na modalidade de licitação em que qualquer interessado possa participar do respectivo procedimento. Este destina-se a seleção de trabalho técnico, científico ou artístico, através de premiação ou pagamento aos vencedores. O edital deverá ser publicado na imprensa oficial com o prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de antecedência, com todas as condições exigidas. (art. 22, §4º, da Lei nº 8.666/93).

O leilão equivale a modalidade de licitação entre qualquer interessado, onde objetiva a venda de bens móveis que não servem mais ao poder público ou de objetos legalmente apreendidos ou penhorados, assim como também, realiza-se a

transferência de posse dos bens imóveis, conforme o artigo 19 da referida lei. Ressalta-se que a modalidade supracitada consiste no maior lance, igual ou até mesmo superior ao preço avaliado nos bens (art. 22, §5º, da Lei nº 8.666/93).

Além disso, posteriormente através da Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, acrescentou-se a modalidade de pregão em sua forma presencial e, recentemente no último ano, o pregão eletrônico conforme dispõe o Decreto nº 10.024 de 20 de setembro de 2019.

Seguindo dessa premissa, é fato dizer que o pregão é a modalidade de licitação que visa adquirir bens e serviços comuns, na qual tem por referência o menor preço, independentemente de qual seja seu valor estimado. Reitera-se que a disputa pelo fornecimento dos referidos bens ou serviços é feita através de propostas e lances durante a sessão pública.

Diante disso, nota-se que o pregão tanto em sua forma presencial quanto na eletrônica traz a mesma finalidade, no entanto, se distingue em seu método a ser aplicado, ou seja, virtual ou presencial.

3.1.2 Contratação Direta

Conforme o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, as compras adquiridas pela Administração Pública devem ser executadas por meio de licitação, entretanto, o referido inciso apresenta exceções, na qual determina que as respectivas ressalvas devam estar devidamente especificadas em lei.

Nesse sentido, entende-se que mediante a menção dada pelo inciso supracitado, há possibilidade de afastamento quanto a obrigatoriedade de licitar, assim tornando o ordenador de despesas previamente autorizado para efetivar a contratação direta, isto é, sem procedimento licitatório.

A Lei nº 8.666/93 prevê três tipos de licitação na qual podem ser realizadas por meio de contratação direta, sendo estas: a dispensada, a dispensável e a inexigível.

Acerca da licitação dispensada, é correto afirmar que esta realiza-se de forma afastada pela própria lei, além de se correlacionar com a alienação de móveis e imóveis públicos (art. 17 da Lei nº 8.666/93).

Já a licitação dispensável consiste na desobrigação que haja efetivamente a elaboração do procedimento licitatório, desde que, seja conveniente ao interesse do poder público (art. 24 da Lei nº 8.666/93).

Por fim, a licitação inexigível se dá pela inviabilidade de competição, isto é, apenas um objeto ou pessoa pode atender as vontades ou até mesmo as insuficiências da Administração Pública (art. 25 da Lei nº 8.666/93).

3.2 Fases do Procedimento Licitatório

O procedimento licitatório, conforme já foi previamente conceituado, baseia-se em diversos atos administrativos que compõem a licitação como um todo. Nesse seguimento, nota-se que o referido processo se divide em várias etapas, na qual são chamadas de fase interna e externa.

A fase interna do processo licitatório representa a junção dos atos formais praticados pelo setor de compras e a comissão de licitação. Durante a execução desta etapa, realiza-se: as definições e especificações do objeto, a pesquisa de preços e a escolha da modalidade de licitação. Por último, ocorre a elaboração do instrumento convocatório, isto é, o edital.

Enquanto isso, a fase externa do procedimento supracitado inicia-se através da divulgação do ato convocatório e, posteriormente se encerra mediante a homologação e adjudicação do objeto licitado juntamente com o vencedor do certame.

De modo geral, as fases do procedimento licitatório são exatamente conforme explanado anteriormente, entretanto, a sequência das etapas até a data de realização da sessão pública pode variar, uma vez que, depende da modalidade de licitação adotada.

3.3 Contratos Administrativos

O contrato administrativo é "o ajuste estabelecido entre a Administração Pública, agindo nessa qualidade, e terceiros, ou somente entre entidades administrativas, submetido ao regime jurídico-administrativo para a consecução de objetivos de interesse público" (MAZZA, 2013, p. 258).

Diante desta perspectiva, entende-se que o contrato por si só se refere a um acordo de vontades entre as partes, entretanto, neste caso se dirige especificamente ao poder público e terceiros, isto é, particulares.

Ainda, seguindo essa acepção, o parágrafo único do artigo 2º da Lei 8.666/93 prevê a seguinte redação: "considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada" (grifo nosso).

3.3.1 Formalidade e Obrigatoriedade dos Contratos

Com a relação à formalidade do contrato administrativo, entende-se que via de regra, deve ser celebrado na forma escrita, visto que, conforme disposto nos artigos 60 a 64 da Lei nº 8.666/93, o mesmo precisa ser formalizado através de um instrumento.

Reitera-se que, conforme o artigo 62 da Lei nº 8.666/93, o termo de contrato é obrigatório para as seguintes modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, dispensas e inexigibilidades. Entretanto, o referido artigo também estabelece alguns exemplos de instrumentos na qual podem substituir o termo de contrato, sendo estes: a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra e a ordem de execução do serviço.

3.3.2 Exceção dos Contratos Escritos

À vista do referido assunto, nota-se que a formalização dos contratos administrativos é constantemente de forma escrita. No entanto, existe uma ressalva no parágrafo único do artigo 60 da Lei nº 8.666/93 na qual dispõe, *in verbis*:

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, *salvo o de pequenas compras* de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Diante disso, entende-se que a Administração Pública mediante a autorização prevista em lei, tem uma alternativa diferente para firmar o contrato, isto é, não sendo necessário que o instrumento seja escrito, bastando que o mesmo seja celebrado apenas de maneira verbal.

3.3.3 Assinatura e Publicação dos Contratos

Ao final da formalização do contrato, a Administração Pública deverá convocar o interessado para que efetive a assinatura do referido termo, mediante prazos e condições especificadas no artigo 64 da Lei nº 8.666/93. Caso não aconteça conforme o regulamentado, a empresa perderá o direito à contratação. Reitera-se que o prazo para convocação pode ser prorrogado uma vez, por igual período, através de solicitação e justificativa da parte interessada, desde que aceita pelo poder público.

Posteriormente, realizada a devida assinatura do termo de contrato por ambas as partes, é dever da Administração Pública proceder com a publicação do extrato do contrato na imprensa oficial, a fim de que chegue a conhecimento de todos e demonstre a eficácia e importância do Princípio da Publicidade. A presente formalidade

está prevista no parágrafo único do artigo 61 da Lei nº 8.666/93 e deve ser cumprida de forma estrita e efetiva.

3.3.4 Garantias Contratuais

Conforme disposto no artigo 56 da Lei nº 8.666/93, as garantias contratuais podem ser previamente estabelecidas no instrumento convocatório das seguintes formas: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária. Ainda, é válido ressaltar que “a garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente” (AMORIM, 2020, p. 241).

3.3.5 Vigência Contratual

Quanto a vigência dos contratos administrativos, é correto afirmar que estes têm duração de 12 (doze) meses, a contar da assinatura do contrato. Ainda, conforme o artigo 57, da Lei nº 8.666/93, os mesmos estão sujeitos aos créditos orçamentários, exceto em situações expostas nos incisos do referido artigo.

Reitera-se que o § 3º do artigo supracitado prevê a impossibilidade de contratos com prazo de vigência indeterminado.

3.4 Execução dos Contratos

A execução do contrato se dá pelo devido cumprimento de cláusulas e disposições na qual foram previamente estabelecidas e aceitas de comum acordo entre as partes, isto é, consiste em desempenhar efetivamente o objeto conforme as descrições exigidas, mediante o prazo previsto e executar as condições contratuais pré-definidas.

À vista dessa acepção, o artigo 66 da Lei nº 8.666/93 compreende que o termo de contrato deve ser cumprido de forma fiel aos requisitos exigidos, uma vez que, caso ocorra inexecução parcial ou total do mesmo, os interessados irão responder por todas as consequências e danos causados diretamente e indiretamente a Administração Pública.

Diante disso, ressalta-se que há possibilidade de prorrogação do prazo nas etapas de início e conclusão da execução do contrato, conforme disposto no § 1º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, assim evitando transtornos e conseqüentemente aborrecimentos entre a contratante e a contratada.

4 FISCALIZAÇÃO NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS

4.1 Fiscalização dos Contratos Administrativos

No que se refere a gestão e fiscalização dos contratos firmados entre o poder público e terceiros, pode-se afirmar que, estas têm por finalidade verificar e certificar o devido cumprimento contratual quanto ao fornecimento de bens e serviços. Além disso, as referidas atividades administrativas contribuem para a formalização de procedimentos a fim de realizar alteração, pagamento, reequilíbrio, prorrogação e, até mesmo aplicação de sanções, se necessário. À vista disso, o artigo 58, inciso III, da Lei nº 8.666/93, prevê a função de poder-dever da Administração Pública de supervisionar a aplicabilidade e os resultados dos contratos administrativos.

Diante do exposto, é oportuno salientar a relevância que a fiscalização na execução dos contratos representa para a gestão pública, visto que, é por meio desta atribuição que se comprova a efetividade na realização do procedimento licitatório e na formalização do termo de contrato.

Nesse sentido, é correto afirmar que a supervisão e controle da Administração Pública quanto as condições contratuais exigidas e os resultados esperados, consistem na maneira de demonstrar que a máquina do poder público funciona de fato e cumpre com todas as disposições legais, assim como também, constata a veracidade e êxito dos princípios da Eficiência, Eficácia e Economicidade.

4.2 Fiscal dos contratos

Em consonância com o artigo 58, inciso III, da Lei nº 8.666/93, na qual dispõe a obrigação da Administração Pública de fiscalizar, o artigo 67, da referida lei prevê a seguinte redação, *in verbis*.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Nesse seguimento, compreende-se que o poder público deve atribuir as funções de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos para um ou mais servidores públicos. Estes, preferencialmente, devem compor o quadro pessoal do respectivo órgão, isto é, funcionário contratado mediante concurso público. Entretanto, ocorrendo dificuldades ou complexidade quanto a análise do objeto, a Administração Pública poderá admitir terceiros para o devido auxílio e assistência dos respectivos fiscais.

Reitera-se que o servidor público deverá ser designado de forma prévia, para que seja analisado não só resultado final do objeto, como também, observar as descrições definidas no instrumento convocatório e assistir à realização da minuta

termo de contrato, observando antecipadamente as cláusulas e condições exigidas pelo departamento competente. Ainda, seguindo dessa premissa, a nomeação do fiscal dos contratos será por meio de portaria, na qual deve conter todos os dados do funcionário público e as responsabilidades específicas. Após realizada, a mesma deverá ser publicada na imprensa oficial do respectivo órgão.

Com relação as atribuições que serão aplicadas pelo fiscal dos contratos, o artigo 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93 dispõe que o mesmo deverá anotar em registro próprio todas as ocorrências que se referem respectivamente a execução dos contratos. Em caso de atos e decisões que não lhe cabem, ou seja, o uso de deliberações que não competem a referida função, o mesmo deverá em tempo hábil, solicitar aos seus superiores a aplicação de medidas cabíveis, conforme disposto no § 2º do artigo supracitado.

4.3 Responsabilidade Solidária

No que se refere a responsabilidade solidária, quanto aos resultados praticados pela empresa, o Tribunal de Contas da União (TCU) entende que o fiscal do contrato responde solidariamente com a contratada, por motivos de danos diretos ou indiretos provocados através de execução distinta ou irregular, perante as condições exigidas no contrato. O respectivo entendimento está previsto no artigo 16, § 2º da Lei nº 8.443/1992, em consonância com o Acórdão nº 380/2008 do órgão supracitado.

Nesse seguimento, mediante jurisprudência do Tribunal de Contas, entende-se que independentemente de dolo ou culpa, o fiscal do contrato pode sim ser responsabilizado juntamente com a empresa contratada, visto que, o mesmo tem total conhecimento de suas atribuições e responsabilidades futuras, caso não haja a devida fiscalização na execução dos contratos.

Assim sendo, diante de todas as explicações e esclarecimentos, é notório que o fiscal dos contratos é extremamente relevante e indispensável para que haja a efetiva aplicabilidade dos atos administrativos durante a gestão do poder público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma geral, é notório que no âmbito da Administração Pública, seus respectivos órgãos enfrentam diversas dificuldades quanto a efetiva aplicação na fiscalização e controle dos contratos administrativos, visto que, em sua maioria não há agentes públicos devidamente qualificados para exercerem as atribuições de fiscal do contrato. Diante disso, no decorrer do presente trabalho percebe-se que seu ponto principal consiste em demonstrar a importância da fiscalização na execução dos contratos, pois sua aplicabilidade torna o funcionalismo público mais eficiente.

Seguindo dessa premissa, no primeiro capítulo deste estudo, apresentou-se a contextualização da Administração Pública, destacando a distinção em sua forma direta e indireta. Ainda, foi explanado os conceitos e objetivos dos princípios constitucionais, assim como também, a relevância que estes possuem na esfera do poder público. Ao final, foi elucidado a definição de federalismo e a separação dos entes federativos.

Adiante, abordou-se as noções, fases e obrigatoriedade de licitação, na qual é possível identificar que a Lei nº 8.666/93 visa garantir efetivamente o interesse público por meio das contratações realizadas pela Administração. Além disso, foram discutidos os casos em que a lei prevê exceções quanto ao dever de licitar, permitindo assim, a realização de dispensas e inexigibilidade de licitação, ou seja, contratar bens ou serviços diretamente, sem a necessidade de executar o processo licitatório.

Na sequência, mediante as definições, esclarecimentos e formalidades dos contratos, nota-se que estes devem ser cumpridos rigorosamente, respeitando todas as cláusulas previstas em lei, sendo estas: obrigatórias, facultativas e exorbitantes. Ainda, ressalta-se que há ressalvas quanto ao contrato escrito, podendo este ser aplicado verbalmente, desde que esteja previsto em lei.

Ao final, no último capítulo foi abordado o objetivo geral do presente trabalho, isto é, a análise dos instrumentos de controle e fiscalização dos contratos administrativos. Posteriormente, diante das explicações a respeito do fiscal dos contratos, percebe-se que o respectivo cargo tem grande importância na Administração Pública, visto que, a finalidade do mesmo é simplesmente garantir a efetiva aplicabilidade dos contratos e tornar o funcionalismo público mais eficaz.

Diante da análise realizada, é importante reiterar o problema proposto para o presente trabalho, sendo este a observância e necessidade da fiscalização na execução dos contratos administrativos para a Administração Pública.

Nesse sentido pode-se verificar que a hipótese levantada inicialmente para o respectivo questionamento é verdadeira, ao passo que, por meio da pesquisa levantada no decorrer deste estudo, constata-se que a fiscalização e controle dos contratos são fundamentais para organização em todas as esferas de governo e deve ser entendida de forma ampla, ou seja, não deve se limitar em apenas aspectos administrativos e financeiros. Além disso, ressalta-se que o sistema de fiscalização no âmbito do poder público cria uma cultura da transparência, assim demonstrando que seu funcionalismo é devidamente eficaz e atinge o interesse coletivo.

Portanto, é indispensável que os órgãos da Administração Pública se estruturam da melhor forma e adequem-se para que o sistema de fiscalização e controle dos contratos seja aplicado efetivamente, visto que, tal atividade administrativa não só irá elevar a qualidade dos serviços prestados, como também, será reconhecida e prestigiada pela comunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A IMPORTÂNCIA da fiscalização dos contratos administrativos. **Radar IBEGESP**, set. 2019. Disponível em: <<https://radar.ibegesp.org.br/conteudo/a-importancia-da-fiscalizacao-dos-contratos-administrativos/151#:~:text=A%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20contratos%20no,no%20atendimento%20ao%20interesse%20p%C3%ABlico.&text=A%20principal%20finalidade%20da%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o,73%20da%20Lei%208666%2F93>> Acesso em: 29 out. 2020.

AMORIM. Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2020. 310 p.

ARRETCHE, Martha; RODDEN, Jonathan. **Política distributiva na federação: estratégias eleitorais, barganhas legislativas e coalizões de governo**. Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 47, n.3, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 55. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. 188 p.

BRASIL. Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm> Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes, para a reforma administrativa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm> Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a lei orgânica do Tribunal de Contas da União - TCU, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm> Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração

Pública e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acesso em: 20 set. 2020.

CERVEIRA. M. C. S. F; MARINHO. L. Contratos administrativos: a importância do acompanhamento e fiscalização da execução. 2018. 16 p. Artigo Científico – Revista Internacional de Debates da Administração Pública. São Paulo, 2018.

CUNHA D. Administração Pública: uma visão ampla da administração pública direta e indireta. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em:

<<https://douglascr.jusbrasil.com.br/artigos/135764506/administracao-publica-uma-visao-ampla-da-administracao-publica-direta-e-indireta#:~:text=A%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Direta%20corresponde%20%C3%A0,pr%C3%B3prio%20Estado%20e%20seus%20%C3%B3rg%C3%A3os.&text=Se%20cria%20autarquias%2C%20funda%C3%A7%C3%B5es%2C%20sociedades,o%20inciso%20XIX%20do%20art.>> Acesso em: 21 set. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1932 p.

JESUS. G. G. **Gestão e fiscalização contratual: As 10 orientações do TCU sobre a Fiscalização de Contratos**. Instituto Capacitar, nov. 2018. Disponível em:

<<https://institutocapacitar.com.br/gestao-e-fiscalizacao-contratual/orientacoes-do-tcu-fiscalizacao-de-contratos/>> Acesso em: 30 out. 2020.

LICITAÇÃO: Conceito, princípios, objeto, modalidades, casos de dispensa e inexigibilidade, procedimento e sua invalidação. **DireitoNet**, abr. 2017. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/263/Licitacao>> Acesso em: 15 out. 2020.

LIMPE: Os 5 princípios da Administração Pública. **CLP – Liderança Pública**, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.clp.org.br/limpe-os-5-principios-da-administracao-publica-mlg2/>> Acesso em: 25 set. 2020.

M. F. Licitar não basta, é preciso fiscalizar a execução dos contratos. **Consultor Jurídico**, abr. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-abr-28/interesse-publico-licitar-nao-basta-preciso-fiscalizar-execucao-contratos>> Acesso em: 30 out. 2020.

MAZZA. Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 615 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 910 p.

MELO, W. F; MENDES. F. A; MONTEIRO. A. J. M; SANTOS. C. M. B; SCHMIDT FILHO. R. Conceitos, funções e princípios da Administração Pública e suas relações com a Lei de Responsabilidade Fiscal. **Âmbito Jurídico**, set. 2013. Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/conceitos-funcoes-e-principios-da-administracao-publica-e-suas-relacoes-com-a-lei-de-responsabilidade-fiscal/>> Acesso em: 20 set. 2020.

MINTO. R. M. Administração Pública Direta e Indireta – Entenda as diferenças. **Master Juris**, abr. 2019. Disponível em: < <https://masterjuris.com.br/administracao-publica-direta-e-indireta-entenda-as-diferencas/>> Acesso em: 21 set. 2020.

NOVO. B. N. Contratos administrativos. **DireitoNet**, jul. 2019. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11140/Contratos-administrativos#:~:text=Contrato%20administrativo%20ou%20contrato%20p%C3%BAblico,obriga%C3%A7%C3%B5es%20rec%C3%ADprocas%20entre%20os%20contratantes.>>> Acesso em: 29 out. 2020.

OLIVEIRA JÚNIOR. N. J; SANTOS. E. A. A necessidade de conhecimentos específicos para o fiel cumprimento do acompanhamento e fiscalização de contratos no âmbito da administração pública segundo o disposto no art. 67 da lei nº 8.666/1993. 2016. 20 p. Artigo Científico – **Revista de Administração de Roraima**. Roraima, 2016.

SANTOS. A. S. Pregão: modalidade de licitação pública. **DireitoNet**, fev. 2014. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8198/Pregao-modalidade-de-licitacao-publica>> Acesso em: 15 out. 2020.

SANTOS. L. R. L. A fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato administrativo na Administração Pública – Artigo 67 – Lei nº 8.666/93. 2017. 13 p. Artigo Científico – **Revista Digital de Direito Administrativo**. São Paulo, 2017.

SANTOS. V. C. Papel do fiscal de contratos administrativos: uma análise sob a ótica gerencial na administração pública brasileira. 2017. 24 p. Artigo Científico – **Revista do Serviço Público Brasília**. Brasília, 2017.

SCHOSSLER. A I. **A fiscalização na execução dos contratos administrativos para a eficiência da administração pública**. 2014. 72 p. Monografia (Graduação do Curso de Direito) – Centro Universitário Unitaves. Lajeado, 2014.

XAVIER. C. C; XAVIER. G. C. O federalismo: conceito e características. **Âmbito Jurídico**, out. 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/o-federalismo-conceito-e-caracteristicas/>> Acesso em: 27 set. 2020.



ZUCCO. F. Como se dá a fase externa da licitação? **RCC**, out. 2020. Disponível em: <<https://www.rcc.com.br/blog/como-se-da-a-fase-externa-da-licitacao/>> Acesso em: 23 out. 2020.

O CONTROLE EXERCIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO À LUZ DA SEPARAÇÃO DE PODERES

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO: Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina. Universidade do Estado da Bahia

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA

(Coautor)223

RESUMO: O objetivo do artigo é analisar o controle de fiscalização, verificação e correção exercido pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, no Estado Constitucional de Direito, sobre os atos produzidos pela Administração Pública. O artigo analisa também os instrumentos que o cidadão pode utilizar para participar da fiscalização do Estado. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cuja metodologia empregada consiste em pesquisa bibliográfica, principalmente nas áreas jurídicas de Direito Administrativo e Direito Constitucional, utilizando-se também de análise jurisprudencial. Ao final, conclui-se que o Controle exercido pela Administração Pública decorre do Princípio da Separação dos Poderes, conhecido como freios e contrapesos. Não obstante, mecanismos de controle solidificam os Princípios Constitucionais que regem a própria Administração Pública, tais como a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Dessa forma, em um Estado de Direito, a existência de mecanismos para fiscalizar os atos praticados pelo Poder Público é imprescindível, tendo em vista que isso implica em atribuir mais transparência nas condutas dos agentes do Estado, ente que atua como gestor da coisa alheia.

Palavras-Chave: Controle. Administração Pública. Estado de Direito.

ABSTRACT: The objective of the article is to analyze the control of inspection, verification and correction exercised by the Legislative, Judiciary and Executive Powers, in the Constitutional State of Law, over the acts produced by the Public Administration. The article also analyzes the instruments that the citizen can use to participate in the inspection of the State. It is a descriptive research, whose methodology used consists of bibliographic research, mainly in the legal areas of Administrative Law and Constitutional Law, also using jurisprudential analysis. In the end, it is concluded that the Control exercised by the Public Administration stems from the principle of the separation of Powers, known as checks and balances. Nevertheless, control mechanisms solidify the Constitutional Principles that govern Public Administration itself, such as Legality, Impersonality, Morality, Advertising and Efficiency. Thus, in a rule of law, the existence of mechanisms to inspect the acts practiced by the Public Power

is essential, given that this implies attributing more transparency in the conduct of State agents, a body that acts as the manager of someone else.

Keywords: Control. Public administration. Rule of law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o controle feito pelo Poder Público sobre os seus atos, mais precisamente a fiscalização, verificação e correção exercida pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, no Estado Constitucional de Direito, sobre os atos produzidos pela Administração Pública. O estudo se baseia em pesquisa bibliográfica, utilizando, como fontes, livros e jurisprudência. Tem-se como problematização se o controle exercido pela Administração Pública decorre da Separação de Poderes.

Como hipótese a ser testada, tem-se que o Controle exercido pela Administração Pública é expressão do Princípio da Separação dos Poderes e também fruto dos princípios que regem a Administração Pública, previstos na Constituição Federal, como a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, razão pela qual possui papel de essencial importância no Estado Constitucional de Direito.

Inicialmente, no primeiro tópico, analisa-se o conceito de “Controle da Administração Pública”, características e natureza jurídica. Temos que o Controle da Administração Pública se caracteriza como o poder de verificação e correção exercido pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo sobre os atos produzidos pela Administração, buscando a observância das normas e princípios constitucionais.

Desenvolvendo o tema, o segundo tópico trata das diversas formas de classificação do Controle da Administração Pública, bem como dos instrumentos que o cidadão pode utilizar para participar da fiscalização. Por fim, no terceiro tópico, analisa-se a relação entre o Controle exercido pela Administração Pública no Estado Constitucional de Direito e a Separação de Poderes, ponto essencial do presente estudo.

1. CONCEITO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Controle da Administração Pública se caracteriza como o poder de verificação e correção exercido pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo sobre os atos produzidos pela Administração, visando aferir a observância das normas e princípios de regência. Segundo Carvalho (2019, p. 389), não existe um diploma legal específico que discipline o controle da atuação administrativa. A matéria tem origem na Constituição Federal e é regulamentada por diversas leis infraconstitucionais que visam a garantir que o Estado não atuará livremente, diante do Ordenamento Jurídico posto.

Os juristas Paulo e Alexandrino (2008, p. 627) sinalizam que o assunto “Controle da Administração Pública” não é de sistematização fácil, pois não existe um diploma único que o discipline, nem a Constituição o tratou em título ou capítulo específicos.

Assim, uma vez que o Estado atua enquanto gestor da coisa alheia, sem dela poder dispor, deve pautar sua conduta pela transparência, a fim de que o efetivo titular do interesse público (o povo) possa analisar se o exercício das atividades estatais supre as necessidades da coletividade (CARVALHO, 2019, p. 389). Dessa maneira, a tônica do Direito Administrativo moderno é a atuação direcionada para a satisfação das necessidades coletivas executadas mediante controle do cidadão e da própria Administração Pública. A doutrinadora Di Pietro (2020, p. 1659) conceitua Controle Administrativo da seguinte forma:

Pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, para Carvalho Filho (2018, p. 1084), controle da Administração Pública “*é o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder*”. Quando se cita um conjunto de mecanismos “jurídicos e administrativos”, se deseja realçar o fato de que há formas jurídicas de controle, como é o caso do controle judicial dos atos da Administração, e formas administrativas, como é, por exemplo, o pedido de certa comunidade à Prefeitura para o asfaltamento de vias públicas de trânsito.

Além disso, fiscalização e revisão são os principais elementos do controle. A fiscalização consiste no poder de verificação que se faz sobre a atividade dos órgãos e dos agentes administrativos, bem como em relação à finalidade pública que deve servir de objetivo para a Administração. Ademais, a revisão é o poder de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham vulnerado normas legais, seja porque haja necessidade de alterar alguma linha das políticas administrativas para melhor se atender ao interesse coletivo (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1084).

A abrangência do controle é ampla e alcança *toda a atividade administrativa*, ou seja, todos os Poderes da República. É certo que em todos eles há serviços administrativos. Dito isso, tem-se como exemplo a prática de atos administrativos no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, pois sobre todos eles serão possíveis exercer o controle. Igual raciocínio se aplica em relação à gestão dos recursos públicos: como essa gestão se dá em todos os Poderes, é em todos eles que se exercerá o controle dessa gestão (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1084).

2. CLASSIFICAÇÕES DO CONTROLE EXERCIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo Carvalho (2019, p. 391), conforme a natureza do órgão controlador, classifica-se o Controle em Legislativo, Administrativo ou Judicial. O Controle Legislativo é aquele exercido pelo Poder Legislativo diretamente (Controle Parlamentar direto), ou mediante auxílio do Tribunal de Contas (controle financeiro).

A seu turno, o Controle Judicial é o realizado pelo Poder Judiciário, mediante provocação de qualquer interessado que esteja sofrendo lesão ou ameaça de lesão em virtude de conduta ou omissão administrativa que o atinja direta ou indiretamente. Esta mesma definição é utilizada por Bandeira de Mello (2015, p. 971):

No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso.

Nos casos de Controle realizado pelo Poder Judiciário, será exercido somente no que tange aos aspectos de legalidade dos atos administrativos, ainda que se trate de ato praticado no exercício da competência discricionária, haja vista a impossibilidade de substituição do mérito administrativo pela opção do julgador.

Por fim, o Controle Administrativo (interno), sobre a Administração Direta, decorre do poder de autotutela conferido à Administração Pública que deve efetivar a fiscalização e revisão dos seus atos, mediante provocação ou de ofício. Já o controle sobre as entidades da Administração Indireta chama-se tutela, e é um controle externo que só pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei, sob pena de ofender a autonomia que lhes é assegurada pela lei que as instituiu.

Com efeito, conforme o momento a ser exercido, existe o controle prévio (*a priori*), o concomitante (sucessivo) e o corretivo (*a posteriori*). Para os juristas Paulo e Alexandrino (2008, p. 632), diz-se prévio o controle quando exercido antes do início da prática ou conclusão do ato administrativo; concomitante o exercido durante a realização do ato e subsequente ou corretivo o controle realizado após a conclusão do ato. Os autores citam como exemplo de controle prévio a concessão de uma medida liminar em mandado de segurança; como exemplo de controle concomitante o

acompanhamento de um concurso público pela corregedoria competente e, por fim, como exemplo de controle corretivo a homologação de um procedimento licitatório.

Conforme a amplitude, o Controle dos Atos Administrativos pode ser classificado como Hierárquico ou Finalístico. O Controle Hierárquico resulta do escalonamento vertical dos órgãos da Administração, não sendo necessária previsão legal, pois que é exercida de forma ampla, sem restrições, envolvendo o controle de legalidade, de conveniência e de oportunidade. Carvalho (2019, p. 393) denomina tal controle de "*controle por subordinação*", e o define como o realizado por autoridade hierarquicamente superior a quem praticou o ato, ou seja, entre órgãos e agentes da mesma pessoa jurídica da Administração Pública.

O Controle Finalístico é exercido pela Administração Direta sobre os atos da Administração Indireta, sendo um controle teleológico em que se aferirá a adequação da entidade controlada aos objetivos traçados pelo Governo. Importante ressaltar que o Controle Hierárquico é exercido dentro de uma única pessoa, enquanto que o Finalístico é exercido por uma pessoa sobre outra, e, por isso, deve estar dentro dos limites legais. Para Carvalho (2019, p. 393), esse controle se trata de "vinculação", e decorre do poder exercido pela Administração Direta sobre as entidades descentralizadas, não se caracterizando como subordinação hierárquica, mas tão somente como uma espécie de supervisão, ou supervisão ministerial.

2.1 CONTROLE EXERCIDO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO

A Administração Pública, em face do seu poder de autotutela, pode exercer um Controle Interno de legitimidade e de mérito, invalidando os seus atos sob o aspecto da oportunidade e da conveniência (revogação), ou sob o aspecto da ilegalidade (anulação). Segundo a Súmula nº 473 do STF, quando eivados de vícios que tornem os atos ilegais, pode a Administração anular seus próprios atos, e revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade. Ensina Moreira Neto (2014, p. 334):

O autocontrole, o exercido pela Administração sobre os próprios atos – sejam unilaterais, bi ou multilaterais –, é aquele que opera com o máximo de abrangência sobre todos seus aspectos, transcendendo o exame da juridicidade estrita para compreender, também, o do interesse público, ou seja, também exerce um controle de mérito, considerando, abrangente e indistintamente, quaisquer aspectos de legalidade, de legitimidade e de licitude de seus atos.

Assim, o poder de autotutela encontra fundamento nos princípios a que se submete a Administração Pública, em especial o da Legalidade e o da Predominância do Interesse Público. Podemos citar, como exemplos, dois mecanismos de controle: a

fiscalização hierárquica e os recursos administrativos. A fiscalização hierárquica é exercida, no âmbito de uma mesma pessoa jurídica administrativa, entre seus órgãos e agentes, com o intuito de ordenar e coordenar atividades. É importante ressaltar que a organização hierárquica pressupõe subordinação, concedendo aos órgãos de maior hierarquia a possibilidade de rever as condutas dos que são inferiores (CARVALHO, 2019, p. 397).

Quanto aos recursos administrativos, são instrumentos dos quais os administrados podem utilizar para provocar o reexame do ato pela Administração Pública. São mecanismos de Controle Interno, por meio do qual a Administração é provocada a fiscalizar seus próprios atos, visando ao atendimento do interesse público e a preservação da legalidade (CARVALHO, 2019, p. 399).

2.2 CONTROLE LEGISLATIVO

O Controle Legislativo (ou Parlamentar) é exercido sobre atos do Executivo, das entidades da Administração Indireta e o do Poder Judiciário (quando executa função administrativa) pelos órgãos legislativos (Senado, Câmara dos Deputados etc) ou por Comissões Parlamentares. O Controle Parlamentar direto é exercido pelas Casas Legislativas e podem dizer respeito a aspectos financeiros e políticos dos atos administrativos. Esse controle se divide em político, financeiro e orçamentário, e de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

No controle político, é conferido exclusivamente ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar diretamente os atos do Poder Executivo, abrangendo Administração Direta e Indireta. É conferido o controle político de mérito da ausência do Chefe do Poder Executivo Federal do País; poder convocatório para exigir de autoridades ligadas à Presidência da República que prestem depoimentos sobre assuntos previamente determinados; poder de sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; poder de concessão e de renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; poder de sustar os contratos administrativos ilegais.

A fiscalização financeira e orçamentária é conferida ao Congresso Nacional para julgar anualmente as contas da Presidência da República, sendo desempenhada em face da origem pública do bem administrado e do dinheiro gerido que traz.

Sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas poder declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo normativo, há controvérsias. É certo, entretanto, que a Súmula nº 347 do STF diz que é possível a apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público pelo Tribunal de Contas no exercício de suas atribuições. Tal controle se dará por via difusa, sendo vedado o controle concentrado.

Segundo Carvalho (2019, p. 404), no Brasil há a previsão de Tribunal de Contas no âmbito estadual e federal, assim como a possibilidade de criação de Tribunal de Contas dos Municípios, órgão estadual. No Município de São Paulo e Rio de Janeiro, há a atuação do Tribunal de Contas do Município, órgão municipal. Isso decorre do fato de que os Tribunais de Contas Municipais existentes antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 foram mantidos, sendo vedada a criação de novos Tribunais de Contas no âmbito do Poder Público Municipal, após a edição da Carta Magna Vigente.

2.3 O CONTROLE JUDICIAL E OS INSTRUMENTOS UTILIZADOS PELO CIDADÃO PARA FISCALIZAR O ESTADO

Este controle é o poder de fiscalização que o Judiciário exerce sobre atos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo e dele próprio. A justificativa de tal abrangência é de que não se pode afastar do Poder Judiciário a apreciação a lesão ou ameaça a direito.

O Controle Judicial das atividades administrativas somente pode ser realizado mediante provocação do interessado, podendo ser prévio ou posterior, somente no que tange aos aspectos de legalidade, não sendo admitido que o Poder Judiciário intervenha nos aspectos de oportunidade e conveniência (mérito) que justificaram a prática dos atos administrativos (CARVALHO, 2019, p. 407).

A atuação judicial depende de provocação de particular interessado no sentido de requerer a manifestação desse Poder. O Poder Judiciário poderá anular o ato administrativo viciado ou impedir a prática de ato a ser realizado, determinando a atuação do ente público em determinadas situações nas quais a omissão configura ilicitude. Atualmente, existem vários instrumentos para efetivação do controle jurisdicional, como: a) Mandado de Segurança; b) Habeas Data c) Mandado de Injunção; d) Ação Popular; e) Ação Civil Pública f) Ação de Improbidade e g) ações ordinárias que visam a anulação de atos administrativos ou a imposição de obrigação da fazer (CARVALHO, 2019, p. 409).

A Ordem Constitucional brasileira assegura, de forma expressa, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF/88, art. 5º, XXXV). Trata-se da proteção à tutela jurisdicional efetiva. São garantias especiais constitucionais que materializam o direito ao acesso ao Poder Judiciário. Podemos citar alguns instrumentos, como: o Habeas Corpus, o Mandado de Segurança, o Habeas Data, o Mandado de Injunção, e a Ação Popular, que são verdadeiros remédios constitucionais para a proteção do cidadão (MENDES e BRANCO, 2017, p. 430). Também podemos citar a Ação Civil Pública, a Ação de Improbidade Administrativa e ações ordinárias que visem a anulação de atos administrativos ou a imposição de obrigação de fazer (CARVALHO, 2019, p. 409).

3. A RELAÇÃO ENTRE O CONTROLE EXERCIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

O que se convencionou chamar de “Separação dos Poderes” é mais propriamente denominado “Separação das Funções Estatais”. Isso porque o Estado é uno, tendo um único poder indivisível. As funções exercidas pelo Estado é que são distintas, exercidas por órgãos distintos (MARTINS, 2020, p. 1196). Trata-se de um modelo político no qual o Estado tem suas funções divididas e delineadas em órgãos diferentes e independentes, cada qual com distintas áreas de responsabilidade e, em regra, indelegáveis. Embora independentes, há possibilidade de inter-relacionamento entre eles, o que a doutrina convencionou chamar de freios e contrapesos - *checks and balances* - (MARTINS, 2020, p. 1196).

A “Separação dos Poderes” tem a função de evitar a concentração de poder e, dessa forma, o arbítrio e a tirania. No Brasil foi dada ao tema importância devida, na medida em que a Separação dos Poderes é uma cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, CF). A Jurisprudência do STF explica o que segue a respeito da “Separação dos Poderes”:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2.º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.(...).

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do

Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário, DJ de 12.05.2000)

Dessa maneira, segundo essa decisão do STF, o Sistema de Freios e Contrapesos, que decorre da Separação dos Poderes, consiste na interferência permitida pela própria Constituição de um Poder sobre o outro. Assim, trata-se uma interferência, de

uma fiscalização recíproca entre os Poderes, de modo a que um não se sobreponha aos demais. É possível que a hipótese de interferência de um Poder sobre o outro esteja prevista na legislação infraconstitucional ou decorra do próprio modelo constitucional (MARTINS, 2020, p. 1218). Sobre o sistema de freios e contrapesos, Lenza (2020, p. 376) corrobora da mesma opinião:

Seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência 'absolutista' de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexo causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos.

É importante lembrar o que ensina Novellino (2012, p. 122): que a Constituição é um sistema normativo aberto de princípios e regras. Princípios são mandamentos nucleares de um sistema jurídico. A Constituição Federal, em seu art. 37 previu que a Administração Pública seria norteada pelos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Revelam eles as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles (CARVALHO FILHO, 2018, p. 74). Tais princípios são sustentáculo para que haja meios de controle na Administração Pública.

Com efeito, o Princípio da Legalidade, segundo Carvalho Filho (2018, p.74), "*é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita*". Desse modo, a lei impõe a criação de mecanismos para que haja fiscalização no trato com a coisa pública, tal como órgãos públicos específicos para esse fim, como Tribunais de contas. O professor Moreira Neto (2014, p. 326) comenta a respeito da legalidade:

Ao agir, a Administração está adstrita à rigorosa observância do aspecto objetivo do princípio da legalidade, ou seja, deve

sujeitar-se integralmente ao ordenamento jurídico legislado, sem qualquer vantagem, prelázia ou princípio de supremacia que justifique que dele se afaste, ainda que *praeter legem*, a pretexto de atender a suposto interesse público.

À vista disso, de acordo com a opinião de Moreira Neto, todo e qualquer ato que a Administração Pública praticar devem se conformar com os padrões de existência e validade impostos pelo Ordenamento Jurídico. O sistema de Controle Administrativo obedece ao Princípio da Legalidade, na medida em que fiscaliza e acompanha atos administrativos e os corrige se for o caso.

Por sua vez, sobre o Princípio da Impessoalidade, Di Pietro (2020, p. 225) pondera que exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. Desta maneira, no primeiro sentido, a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Já no segundo sentido, *“atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública”* (DI PIETRO, 2020, p. 225).

O Princípio da Moralidade, por sua vez, *“impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta”* (CARVALHO FILHO, 2018, p. 76). Com relação ao Controle da Administração Pública, é ético que os administradores prestem contas à sociedade de suas atuações, porque agem como verdadeiros gestores da coisa alheia.

No que diz respeito ao Princípio da Eficiência, Carvalho Filho (2018, p. 84) afirma que *“o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”*. Ou seja, o Controle feito pela Administração Pública age como um verdadeiro inspetor do Princípio da Eficiência.

Por fim, o Princípio da Publicidade norteia a necessidade de se efetivar os mecanismos de controle dos atos pela Administração Pública. Dispõe Carvalho Filho sobre a Publicidade (2018, p. 80):

Outro princípio mencionado na Constituição é o da publicidade. Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que

poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

Assim, na *opinião* do doutrinador acima citado, podemos determinar que o Controle exercido pela Administração Pública é expressão do Princípio da Separação dos Poderes e também fruto dos Princípios que regem a Administração Pública, previstos na Constituição Federal, como a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, razão pela qual possui papel de essencial importância no Estado Constitucional de Direito.

CONCLUSÃO

O Controle da Administração Pública se caracteriza como o poder de fiscalização e correção exercido pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo sobre os atos produzidos por ela, visando aferir a observância das normas administrativas e princípios de regência da Administração Pública, positivados no art. 37 da Constituição Federal.

Este Controle é expressão do Princípio da Separação dos Poderes e decorre, de igual maneira, dos princípios constitucionais, como a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Todos esses princípios, materializados em forma de "Controle da Administração" traduzem um Estado de Direito moral, probo, eficiente, célere, que trata todos os indivíduos de forma igualitária, pautando a sua atuação exclusivamente na lei.

Desse modo, o Estado Constitucional de Direito se baseia nos Princípios acima relacionados porque sua atuação, quando transparente, e quando monitorada e contida, efetiva a Constituição, tendo em vista que todo o Ordenamento Jurídico deve estar de acordo com ela. Poderes do Estado aos quais não se impõem limitações, acabam por se tornarem Poderes Absolutos, negando uma estrutura de regulação de freios e contrapesos. Ou seja, não existe Estado Constitucional sem o Controle dos Atos Administrativos, que é promovido através da Separação dos Poderes e dos Princípios Constitucionais da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 24ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012.

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. 16.ed. São Paulo: Método, 2008.

NOVO CÓDIGO DE TRÂNSITO ENTROU EM VIGOR EM 12 DE ABRIL

WAGNER DE ANDRADE FROZI: Advogado no Frozi e Pessi Escritório de Advocacia, inscrito na OAB/RS n.º 71.705. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós graduando em Direito Empresarial e Direito Tributário pela Verbo Jurídico . 224

RESUMO: A Lei. N.º 14.071/20, chamada de Novo Código de Trânsito Brasileiro, entrará em vigor a partir de 2/04/2021, e trará alterações substanciais ao texto normativo, como a implementação de um sistema escalonado de pontuação da CNH, menos rigor na pontuação para motoristas remunerados, aumento do prazo para oferecimento de recursos, regularização do uso de cadeirinha de transporte de crianças, define por vez as situações em que será obrigatório o uso de faróis acesos durante o dia, e dá outras providências.

Palavras-Chave: Direito de Trânsito, Processo Administrativo de Trânsito, Fiscalização de Trânsito, Novo Código de Trânsito Brasileiro.

ABSTRACT: The Law. No. 14.071 / 20, called the New Brazilian Traffic Code, will come into force as of 4/2/2021, and will bring substantial changes to the normative text, such as the implementation of a staggered scoring system for CNH, less rigorous punctuation for paid drivers, increased deadline for offering resources, regularization of the use of a child transport seat, defines at times the situations in which the use of headlights on during the day will be mandatory, and other measures.

Keywords: Traffic Law, Administrative Traffic Procedure, Traffic Inspection, New Brazilian Traffic Code.

Sobre o Limite Máximo de Pontuação - o que mais traz a necessidade de que se proceda à defesa das multas - em razão de ter como efeito a suspensão e cassação da CNH, a nova lei de trânsito traz alterações substanciais. Atualmente, temos um limite máximo de 20 (vinte) pontos na CNH para que o motorista perca o direito de dirigir. O Novo Código de Trânsito aumentou a pontuação da CNH em 2021 para 40 (quarenta) pontos. Uma mudança significativa!

224 224 Wagner Frozi é advogado no Frozi e Pessi Escritório de Advocacia, inscrito na OAB/RS n.º 71.705, e-mail: wfrozi@gmail.com. Bacharelem Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Su. Pós graduando em Direito Empresarial e Direito Tributário pela Verbo Jurídico .

Mas a NOVA LEI DE TRÂNSITO implementará um sistema escalonado de pontuação da CNH, que funcionará da seguinte forma: se o motorista cometer uma infração gravíssima, o total de pontos cai para 30 (trinta); se cometer 2 (duas) ou mais infrações gravíssimas, o total de pontos cai para 20 (vinte) pontos. Sempre garantido o direito às defesas administrativas, e mantido o período de 12 (doze) meses de validade da pontuação na CNH.

MOTORISTAS PROFISSIONAIS ou REMUNERADOS: Motoristas profissionais, ou chamados motoristas remunerados, como caminhoneiros, taxistas, moto taxis, motoristas de aplicativos, motoristas de ônibus, etc, só terão o direito de dirigir suspenso quando alcançado os 40 (quarenta) pontos, independentemente de terem, ou não, cometido infração gravíssima. E, importante salientar, que a pena de suspensão desses profissionais do trânsito PODE SER EVITADA ANTECIPADAMENTE, quando fizerem um CURSO PREVENTIVO DE RECICLAGEM ao atingirem 30 (trinta) pontos.

Quanto aos motoristas profissionais, a lei agora prevê uma diferenciação entre motoristas não profissionais e profissionais - ou de atividade remunerada. Para estes últimos, a pontuação sempre será de 40 (quarenta) pontos, mesmo que haja a prática de infração gravíssima. Essa alteração protege o motorista que precisa da habilitação para a sua sobrevivência. Para haver realmente igualdade, é necessário que a lei trate os iguais como iguais e os desiguais como desiguais. Nesse ponto, existe uma diferença gigantesca entre o motorista profissional e o não profissional, seja por consequência da razão pela qual o mesmo se encontra nas estradas, seja pelo tempo em que nelas é obrigado a permanecer em função de sua atividade. Sem contar que ao motorista remunerado, a perda da CNH representa uma penalidade muito mais grave, pois reflete diretamente no seu sustento^[1].

A intenção legislativa por trás desse aumento de pontos não é alargar a margem de cometimento de infrações. Pelo contrário: o que ocorre é que, segundo os criadores da norma, com 20 (vinte) pontos são muitos os motoristas que tem abertos em seu desfavor processos administrativos de suspensão da carteira de motorista – CNH -, e os órgãos responsáveis pelo seu processamento já não dão conta do volume de trabalho. Assim, muitos ficavam impunes pelo não processamento, gerando, em razão disso, a sensação de impunidade, o que leva ao maior índice de cometimento de infrações. O aumento da pontuação, portanto, à primeira vista, parece privilegiar os maus motoristas, mas não é essa a intenção da lei, e sim que todos que atingirem o limite legal estabelecido venham a ser efetivamente penalizados. Como alguns dizem: *“o que evita o cometimento de infrações, crimes, etc, não é gravidade da pena em si, mas sim a certeza da punição pela ilegalidade cometida”*.

Haverá, no entanto, segundo os responsáveis pela nova lei, uma priorização pelo dos órgãos responsáveis pelo processamento administrativo daqueles motoristas que cometem falta gravíssima mais de uma vez.

A lei traz normas de POLÍTICA NACIONAL DE MOBILIDADE, que visam à segurança e ao fomento ao ciclismo. A nova lei de trânsito amplia a proteção aos nossos ciclistas, proibindo, por exemplo, o estacionamento em ciclovias ou ciclo faixa, sendo estas agora infrações de natureza grave. Passará, também, a ser INFRAÇÃO deixar de reduzir a velocidade ao ultrapassar ciclista[2].

O Deputado Jucelino Filho, do DEM, do Estado do Maranhão, relator do projeto de lei do NOVO CÓDIGO DE TRÂNSITO, destaca o fim da possibilidade de substituir a pena de prisão por penas mais leves, nos casos de acidentes causados por motoristas bêbados ou drogados que provoquem morte no trânsito. Trata-se de implementação de uma política de trânsito dotada de uma maior rigidez legal, advindo do clamor da sociedade, em razão dos altos índices de mortes causadas no trânsito.

Alteram-se os prazos para a Renovação da Carteira Nacional de Habilitação, ficando da seguinte forma: 10 (dez) anos para motoristas de até 50 (cinquenta) anos de idade, 5 (anos) para quem tem entre 50 e 70 (setenta) anos, e de 3 (três) anos para quem tem mais de 70 (setenta) anos de idade[3].

Em relação aos MOTORISTAS CATEGORIAS C, D e E, diz a o novo código de trânsito que, para essas categorias de motoristas - categorias diferenciadas-, e que sejam motoristas de veículos de carga de mais de 8 (oito) passageiros, a obtenção e a renovação da CNH dependerá de resultados negativos em exames toxicológicos, que deverão ser repetidos 2 (dois) anos e meio depois. A não comprovação da realização de exame toxicológico nas categorias C, D e E, é agora infração gravíssima x5 (vezes cinco), e terá o direito de dirigir suspenso[4].

Quanto ao uso de cadeirinhas infantis, o novo texto legal disciplina que: crianças com menos de 10 (dez) anos que não tenham atingido 1,45m (um metro e quarenta e cinco centímetros) de altura, deverão ser transportadas no banco traseiro, em dispositivo adequado para a idade peso e altura. Portanto, interpretando a lei, deixa de ser necessário o uso da cadeirinha quando a criança atingir 1,45m, independente de ter feito 10 anos de idade, uma vez que a segurança, obviamente, é relacionada ao tamanho e peso da criança. Antes essa previsão era disposta por resolução do Contran, agora está expresso no próprio corpo do Novo Código Nacional de Trânsito.

Ainda sobre os pequenos, sobe de 7 (sete) para 10 (dez) anos a idade mínima para transporte de crianças em motocicletas. Quem não cumprir a regra, pagará multa e terá o direito de pilotar suspenso[5].

Quanto à CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – CNH – E o CRLV, a nova lei reza que poderão ser usados tanto os documentos físicos quanto digitais. Fica a critério do motorista. A fiscalização de trânsito deve agora aceitar ambos os tipos, digital e

físico, como documentos válidos. O porte do documento físico, portanto, não é a mais obrigatório. Aliás, do CRLV não era obrigatório desde 2016[6].

Neste ponto, é importante destacar que a não obrigatoriedade de porte desses documentos fica condicionado a que os agentes fiscalizadores de trânsito tenham acesso ao sistema informatizado, para poder averiguar a regularidade da situação tanto da CNH como CRLV. Destacamos que é recomendável, portanto, levar seus documentos, por meio físico ou digital, uma vez que não há garantia de que os agentes de trânsito terão sempre acesso aos sistemas de informação no momento das abordagens.

Da criação do Registro Nacional Positivo de Condutor – RNPC (seguindo a mesma lógica do Cadastro Positivo de Crédito). A ideia é premiar o condutor que não comete infrações com frequência. O condutor, que não tiver nenhuma infração nos últimos 12 (doze) meses, será incluído no cadastro positivo. Mas o condutor deve manifestar expressamente o interesse em ingressar para esse programa de registro. É, portanto, facultativo, dependendo de anuência do motorista. O motorista que aderir ao registro será premiado com desconto em taxas diversas como renovação da CNH, IPVA, seguradoras também podem usar o registro para analisar o risco do contrato e assim dar algum desconto, locadora de veículos, etc[7].

Quanto à obrigação do uso de faróis acesos, acaba-se com uma discussão que perdurava havia anos. Agora, a nova lei bateu o martelo nesse ponto, que era bastante controverso. Torna-se, por força de lei, obrigatório, também, além do que já previa a lei, o uso de faróis acesos *em pistas simples e fora do perímetro urbano*. Não podemos esquecer que já havia previsão legal de obrigatoriedade de se ligar os faróis em túneis, sob chuva ou neblina, cerração, e, obviamente, à noite.

Para simplificar, o motorista é agora obrigado manter os faróis ligados em túneis, sob chuva ou neblina, cerração, à noite, e, pela nova lei, em pistas simples e que estejam fora do perímetro urbano. A infração deixa de ser gravíssima e passa a ser média, para todos os motoristas que não respeitarem a norma, inclusive motociclistas[8].

Deixa de existir a estranha regra que impunha aos motoristas que mantivessem os faróis acesos durante o dia em rodovias dentro do perímetro urbano. No trânsito de cidades cortadas por rodovias, como Vacaria/RS, essa imposição era um verdadeiro pesadelo para os motoristas.

VELOCIDADE MÁXIMA DE ACIMA DE 50% (cinquenta por cento): foi retirado do texto legal a absurda previsão *de imediata suspensão do direito de dirigir e apreensão da CNH*. Absurda porque nenhuma penalidade, em um Estado Democrático

de Direito, pode ser imposta *sem o devido processo legal e o regular exercício de ampla defesa*, como garantido constitucionalmente.

Inova-se quanto aos casos em que a multa deverá ser alterada, obrigatoriamente, para ADVERTÊNCIA POR ESCRITO. Antes era uma penalidade que mantinha um aspecto subjetivo do órgão julgador da multa. A parte interessada, que cometesse uma infração leve ou média, poderia pedir em defesa ou recurso a conversão da penalidade em simples advertência por escrito, que passava por um entendimento subjetivo do órgão. Quer dizer, cabia a ele decidir pela substituição ou não. Agora, com a nova lei de trânsito, o órgão é obrigado a transformar a penalidade leve ou média em advertência por escrito, quando preenchido 2 (dois) requisitos legais. Quais sejam: a) a infração tem que ser leve ou média e b) o infrator não pode ter nenhuma outra infração no período de 12 (doze) meses[9].

Em relação às mudanças processuais, destaca-se que, antes da Nova Lei de Trânsito, a Defesa Prévia tinha prazo de 15 (quinze) dias, agora passa a ser de 30 (trinta) dias (mesmo prazo para indicar o condutor).

Ainda, quanto à notificação de penalidade, após constatada a suposta infração, o órgão fiscalizador tem o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para notificar o infrator. Havendo defesa prévia o prazo passa para 360 (trezentos e sessenta dias). Não havendo o cumprimento dos prazos pelo órgão estatal ocorre a decadência de seu direito de punir.

A nova lei introduz a modalidade de Notificação por Meio Eletrônico. A notificação não precisa ser mais exclusivamente pelos correios, podendo, agora, ser realizada também por meio eletrônico[10].

Haverá agora desconto em caso de concordância com a Penalidade Imposta – Desistência do Direito de Recorrer. Surge, assim, a possibilidade de abrir mão do direito de defesa e pagar imediatamente pela infração, caso em que poderá haver desconto de até 60% (sessenta por cento) de seu valor da penalidade. O Governo disponibilizará um aplicativo, para este e outros fins (link: <https://www.serpro.gov.br/menu/imprensa/Releases/aplicativo-permite-desconto-em-multas-de-transito>).[11]

Com a nova legislação, os órgãos executivos de trânsitos dos Estados e do Distrito Federal enviarão por meio eletrônico, com 30 (trinta) dias de antecedência, aviso de vencimento da validade da CNH – Carteira Nacional de Habilitação – a todos os condutores cadastrados no Renach com endereço em seu respectivo Estado.[12]

Haverá mudanças na COMPOSIÇÃO DO CONTRAN: agora, o seu presidente passa a ser o Ministro do Estado de Infraestrutura. O antigo presidente do Contran passa agora a atuar em cargo de secretariado, não mais de presidência[13].

Alguns pontos da lei foram vetados pelo Presidente da República, não tendo sido mantidos no texto. O texto aprovado originalmente pelo Congresso Nacional recebeu 8 (oito) vetos do Presidente da República. O diretor da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego – ABRAMET - link: <https://abramet.com.br/> -, destaca 2 (dois): os dispositivos que proibiam as motocicletas de transitar nos corredores entre os veículos, e a exigência da realização dos exames de aptidão para obtenção e renovação da CNH por especialistas em medicina de tráfego, bem como avaliações psicológicas por especialista em psicologia do trânsito.

A nova lei entra em vigor em 12 de abril de 2021.

NOTAS

[1] Lei 14.071/2020. Art. 261: I - sempre que, conforme a pontuação prevista no art. 259 deste Código, o infrator atingir, no período de 12 (doze) meses, a seguinte contagem de pontos: a) 20 (vinte) pontos, caso constem 2 (duas) ou mais infrações gravíssimas na pontuação; b) 30 (trinta) pontos, caso conste 1 (uma) infração gravíssima na pontuação; c) 40 (quarenta) pontos, caso não conste nenhuma infração gravíssima na pontuação; § 3º A imposição da penalidade de suspensão do direito de dirigir elimina a quantidade de pontos computados, prevista no inciso I do **caput** ou no § 5º deste artigo, para fins de contagem subsequente. § 5º No caso do condutor que exerce atividade remunerada ao veículo, a penalidade de suspensão do direito de dirigir de que trata o **caput** deste artigo será imposta quando o infrator atingir o limite de pontos previsto na alínea c do inciso I do **caput** deste artigo, independentemente da natureza das infrações cometidas, facultado a ele participar de curso preventivo de reciclagem sempre que, no período de 12 (doze) meses, atingir 30 (trinta) pontos, conforme regulamentação do Contran. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsit o. Data: 14/03/2021

[2] Lei 14.071/2020. Art. 24: II - planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais e promover o desenvolvimento, temporário ou definitivo, da circulação, da segurança e das áreas de proteção de ciclistas; e Art. 182: XI - sobre ciclovia ou ciclofaixa: Infração – grave- Penalidade - multa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-

[2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito). Data: 14/03/2021

[3] Lei 14.071/20. Art. 147: § 2º O exame de aptidão física e mental, a ser realizado no local de residência ou domicílio do examinado, será preliminar e renovável com a seguinte periodicidade: I - a cada 10 (dez) anos, para condutores com idade inferior a 50 (cinquenta) anos; II - a cada 5 (cinco) anos, para condutores com idade igual ou superior a 50 (cinquenta) anos e inferior a 70 (setenta) anos; III - a cada 3 (três) anos, para condutores com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[4] Lei 14.071/20. Art. 165-B. Conduzir veículo para o qual seja exigida habilitação nas categorias C, D ou E sem realizar o exame toxicológico previsto no § 2º do art. 148-A deste Código, após 30 (trinta) dias do vencimento do prazo estabelecido: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 3 (três) meses, condicionado o levantamento da suspensão à inclusão no Renach de resultado negativo em novo exame. Parágrafo único. Incorre na mesma penalidade o condutor que exerce atividade remunerada ao veículo e não comprova a realização de exame toxicológico periódico exigido pelo § 2º do art. 148-A deste Código por ocasião da renovação do documento de habilitação nas categorias C, D ou E. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[5] Lei 14.071/20. Art. 64. As crianças com idade inferior a 10 (dez) anos que não tenham atingido 1,45 m (um metro e quarenta e cinco centímetros) de altura devem ser transportadas nos bancos traseiros, em dispositivo de retenção adequado para cada idade, peso e altura, salvo exceções relacionadas a tipos específicos de veículos regulamentadas pelo Contran. Parágrafo único. O Contran disciplinará o uso excepcional de dispositivos de retenção no banco dianteiro do veículo e as especificações técnicas dos dispositivos de retenção a que se refere o **caput** deste artigo; Art. 244. Conduzir motocicleta, motoneta ou ciclomotor: V - transportando criança menor de 10 (dez) anos de idade ou que não tenha, nas circunstâncias, condições de cuidar da própria segurança: Infração - gravíssima; Penalidade - multa e suspensão do direito de dirigir; Medida administrativa - retenção do veículo até regularização e recolhimento do documento de habilitação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-

[2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito). Data: 14/03/2021.

[6] Lei 14.071/20 . Art. 159. A Carteira Nacional de Habilitação, expedida em meio físico e/ou digital, à escolha do condutor, em modelo único e de acordo com as especificações do Contran, atendidos os pré-requisitos estabelecidos neste Código, conterá fotografia, identificação e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) do condutor, terá fé pública e equivalerá a documento de identidade em todo o território nacional. § 1º-A O porte do documento de habilitação será dispensado quando, no momento da fiscalização, for possível ter acesso ao sistema informatizado para verificar se o condutor está habilitado; Art. 121. Registrado o veículo, expedir-se-á o Certificado de Registro de Veículo (CRV), em meio físico e/ou digital, à escolha do proprietário, de acordo com os modelos e com as especificações estabelecidos pelo Contran, com as características e as condições de invulnerabilidade à falsificação e à adulteração e Art. 131. O Certificado de Licenciamento Anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro de Veículo, em meio físico e/ou digital, à escolha do proprietário, de acordo com o modelo e com as especificações estabelecidos pelo Contran. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[7] Lei 14.071. Art. 19: XXXI - organizar, manter e atualizar o Registro Nacional Positivo de Condutores (RNPC); Art. 268-A. Fica criado o Registro Nacional Positivo de Condutores (RNPC), administrado pelo órgão máximo executivo de trânsito da União, com a finalidade de cadastrar os condutores que não cometeram infração de trânsito sujeita à pontuação prevista no art. 259 deste Código, nos últimos 12 (doze) meses, conforme regulamentação do Contran. § 1º O RNPC deverá ser atualizado mensalmente; § 2º A abertura de cadastro requer autorização prévia e expressa do potencial cadastrado; § 3º Após a abertura do cadastro, a anotação de informação no RNPC independe de autorização e de comunicação ao cadastrado; § 4º A exclusão do RNPC dar-se-á: I - por solicitação do cadastrado; II - quando for atribuída ao cadastrado pontuação por infração; III - quando o cadastrado tiver o direito de dirigir suspenso; IV - quando a Carteira Nacional de Habilitação do cadastrado estiver cassada ou com validade vencida há mais de 30 (trinta) dias; V - quando o cadastrado estiver cumprindo pena privativa de liberdade; § 5º A consulta ao RNPC é garantida a todos os cidadãos, nos termos da regulamentação do Contran; § 6º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão utilizar o RNPC para conceder benefícios fiscais ou tarifários aos condutores cadastrados, na forma da legislação específica de cada ente da Federação. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[8] Lei 14.071. Art. 250: b) de dia, em túneis e sob chuva, neblina ou cerração; c) de dia, no caso de veículos de transporte coletivo de passageiros em circulação em faixas ou pistas a eles destinadas; d) de dia, no caso de motocicletas, motonetas e ciclomotores; e) de dia, em rodovias de pista simples situadas fora dos perímetros urbanos, no caso de veículos desprovidos de luzes de rodagem diurna; § 7º Quando não for imediata a identificação do infrator, o principal condutor ou o proprietário do veículo terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Contran, e, transcorrido o prazo, se não o fizer, será considerado responsável pela infração o principal condutor ou, em sua ausência, o proprietário do veículo. § 7º Quando não for imediata a identificação do infrator, o principal condutor ou o proprietário do veículo terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Contran, e, transcorrido o prazo, se não o fizer, será considerado responsável pela infração o principal condutor ou, em sua ausência, o proprietário do veículo.

[9] Lei. 14.071/20. Art. 267. Deverá ser imposta a penalidade de advertência por escrito à infração de natureza leve ou média, passível de ser punida com multa, caso o infrator não tenha cometido nenhuma outra infração nos últimos 12 (doze) meses. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[10] Lei. 14.071/20. Art. 281-A. Na notificação de autuação e no auto de infração, quando valer como notificação de autuação, deverá constar o prazo para apresentação de defesa prévia, que não será inferior a 30 (trinta) dias, contado da data de expedição da notificação. Art. 282. Caso a defesa prévia seja indeferida ou não seja apresentada no prazo estabelecido, será aplicada a penalidade e expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do cometimento da infração, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil que assegure a ciência da imposição da penalidade. § 6º Em caso de apresentação da defesa prévia em tempo hábil, o prazo previsto no **caput** deste artigo será de 360 (trezentos e sessenta) dias; § 7º O descumprimento dos prazos previstos no **caput** ou no § 6º deste artigo implicará a decadência do direito de aplicar a penalidade. Art. 282-A. O órgão do Sistema Nacional de Trânsito responsável pela autuação deverá oferecer ao proprietário do veículo ou ao condutor autuado a opção de notificação por meio eletrônico, na forma definida pelo Contran;

§ 1º O proprietário e o condutor autuado deverão manter seu cadastro atualizado no órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal; § 2º Na hipótese de notificação prevista no **caput** deste artigo, o proprietário ou o condutor autuado será considerado notificado 30 (trinta) dias após a inclusão da informação no sistema eletrônico e do envio da respectiva mensagem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[11] Lei 14.071/20. Art. 284: § 1º Caso o infrator opte pelo sistema de notificação eletrônica, conforme regulamentação do Contran, e opte por não apresentar defesa prévia nem recurso, reconhecendo o cometimento da infração, poderá efetuar o pagamento da multa por 60% (sessenta por cento) do seu valor, em qualquer fase do processo, até o vencimento da multa; § 5º O sistema de notificação eletrônica, referido no § 1º deste artigo, deve disponibilizar, na mesma plataforma, campo destinado à apresentação de defesa prévia e de recurso, quando o condutor não reconhecer o cometimento da infração, na forma regulamentada pelo Contran. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[12] Lei 14.071. Art. 159. A Carteira Nacional de Habilitação, expedida em meio físico e/ou digital, à escolha do condutor, em modelo único e de acordo com as especificações do Contran, atendidos os pré-requisitos estabelecidos neste Código, conterá fotografia, identificação e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) do condutor, terá fé pública e equivalerá a documento de identidade em todo o território nacional. § 12. Os órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal enviarão por meio eletrônico, com 30 (trinta) dias de antecedência, aviso de vencimento da validade da Carteira Nacional de Habilitação a todos os condutores cadastrados no Renach com endereço na respectiva unidade da Federação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[13] Lei. 14.071. Art. 10. O Conselho Nacional de Trânsito (Contran), com sede no Distrito Federal, tem a seguinte composição: II-A - Ministro de Estado da Infraestrutura, que o presidirá; III - Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia e Inovações; IV - Ministro de Estado da Educação; V - Ministro de Estado da Defesa; VI - Ministro de Estado do Meio Ambiente; VII - (revogado); XX - (revogado); XXII - Ministro

de Estado da Saúde; XXIII - Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública; XXIV - Ministro de Estado das Relações Exteriores; XXV - (revogado); XXVI - Ministro de Estado da Economia; e XXVII - Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NOS CASOS DE CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ABORDAGEM DA LEI Nº 13.964/2019

CAROLINE PINHEIRO VICENTE,
bacharela em Direito pelo Centro
Universitário Redentor – UNIREDENTOR

RESUMO: O presente trabalho visa dissertar sobre a execução provisória da pena nos casos de condenação pelo tribunal do júri, com o advento da Lei nº 13.964/2019, que modificou significativamente o Código Penal e o Código de Processo Penal, sendo especificamente tratado aqui o art. 492, I, "e", do CPP, bem como suas inconstitucionalidades e incongruências, que causou grande impacto aos princípios constitucionais, pois a garantia da efetividade do processo penal em conjunto com a duração razoável do processo como justificativa para admissão de execução de uma pena sem que haja o trânsito em julgado como meio de atender ao clamor do senso comum, seria ultrapassar o limite do ativismo judicial ao consentir que uma lei ordinária tivesse o poder de mudar o marco da culpabilidade de um indivíduo o que, conseqüentemente, ocasionaria uma enorme insegurança jurídica. Além do mais, também já foi decidido pelo STF, em novembro de 2019, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, em que o Supremo se posicionou contra a prisão após condenação em 2ª instância por ferir o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

Palavras-chave: Execução Provisória da Pena; Inconstitucionalidade; Presunção de Inocência; Insegurança Jurídica.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL. 3. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. 4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 5. HISTÓRICO DAS JURISPRUDÊNCIAS DO STF ANTE À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. 7. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 199/2019. 8. CONCLUSÃO. 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos e garantias fundamentais ganhou maior destaque na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como forma de garantir, resguardar e proteger a dignidade da pessoa humana de todo e qualquer indivíduo, principalmente aquele figurado no polo passivo nos autos de um processo penal, quando, ante o Princípio da Presunção de Inocência, deverá ser previamente considerado inocente, cabendo à acusação demonstrar as circunstâncias de fato e de direito na tentativa de provar a culpabilidade do agente.

Assim, o objetivo principal deste trabalho é explicar, com uma abordagem constitucional e técnica do Processo Penal, as problemáticas e incongruências trazidas pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) no âmbito penal e processual penal. Os objetivos específicos são dissertar sobre de que modo a execução provisória atua em relação ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, contrapor a problemática trazida na possibilidade de interposição de recursos protelatórios com o intuito de alcançar a prescrição e conjugar o Princípio da Presunção de Inocência com a efetividade da lei penal e da razoável duração do processo.

A metodologia a ser utilizada será a qualitativa, posto que o trabalho se desenvolverá com uma abordagem teórica e técnica, colhendo dados de forma aberta, utilizando como base posicionamentos doutrinários, trabalhos de especialistas a respeito do conteúdo, como também artigos e entrevistas, de modo a fornecer melhores informações sobre o que será discutido, no sentido de propiciar uma compreensão de forma aprofundada sobre o tema.

Desse modo, este estudo foi organizado em seis capítulos. Logo no primeiro capítulo, o qual tratamos aqui, houve o zelo em introduzir o leitor sucintamente ao tema, de forma clara e objetiva, o segundo capítulo tratará de uma breve contextualização político-histórica do Constitucionalismo Brasileiro, desde a Carta Imperial de 1824 até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No terceiro capítulo será comentado acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais, sua importância para o nosso ordenamento jurídico, as balizas limitadoras do núcleo essencial dos direitos fundamentais através do controle concentrado de constitucionalidade, as chamadas cláusulas pétreas.

O quarto capítulo contará com a explanação do Princípio da Presunção da Inocência, sua previsão constitucional e legislativa, o direito à reanálise do mérito com previsibilidade na Constituição Interamericana de Direitos Humanos e a exigência do trânsito em julgado para que o indivíduo seja considerado culpado.

No quinto capítulo trataremos de um histórico das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do HC 68.726, de 1992, em que se admitiu a execução provisória da pena sem a exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a edição das súmulas 716, 717 pelo STF no mesmo sentido, as mudanças de posicionamento do STF quanto ao tema, até o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, no final do ano de 2019, quando o Supremo mudou novamente

sua percepção quanto à execução provisória da pena e passou a entender que a não ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória afrontaria o Princípio da Presunção de Inocência.

No sexto capítulo será dissertado acerca da execução provisória da pena nos casos de condenação pelo tribunal do júri, inovação trazida pela Lei nº 13.964/2019, abarcando antinomias existentes entre a referida Lei e o Texto Constitucional, como por exemplo a violação do Princípio da Presunção de Inocência.

Por fim, no sétimo capítulo, será destacado também a Proposta de Emenda à Constituição 199/2019, cujo principal objetivo é acabar com os Recursos Especial e Extraordinário como forma de antecipar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. BREVE HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

O Constitucionalismo no Brasil inicia-se com a desvinculação do país em relação a Portugal, marcando uma novo período político com a promulgação da Carta Imperial de 1824. Na vigência de um período imperioso, que concentrava todo poder político-jurídico nas mãos do monarca, a Constituição de 1824 definiu, em seu art. 178, quais seriam as matérias de ordem Constitucional (os limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e os direitos políticos e individuais dos cidadãos), sendo estas passíveis de modificação somente por um rigoroso processo de alteração. Por sua vez, as demais matérias consideradas como não constitucionais poderiam ser alteradas através de mero processo legislativo ordinário. Em razão disso, a Constituição de 1824 foi considerada como semirrígida (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 241). Neste sentido, o art. 178 da Carta Imperial de 1824:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”.

No ano de 1891 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, neste momento, a era monárquica do governo brasileiro chega ao fim, tornando-se uma República. Assim sendo, as principais inovações trazidas pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, tratando-se de uma redação rígida, suas matérias só poderiam ser modificadas mediante um procedimento qualificado, e não simplesmente seguindo os trâmites de um processo ordinário. Além

disso, também trouxe a forma presidencialista de governo, adotou um Estado laico, instituiu o habeas corpus, catalogou os direitos e garantias fundamentais e instituiu a criação do Supremo Tribunal Federal com a indicação de seus ministros pelo Presidente da República passando pelo crivo do Senado Federal.

Com grande influência do corporativismo fascista, foi promulgada a Constituição de 1934, que ratificou a organização constitucional anterior, não deixando de ser uma República, Federação, marcada pela separação de poderes e forma presidencialista de governo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 247). Nessa época, a responsabilidade com os direitos sociais tomaram forma com a Subcomissão do Itamarati²²⁵, destacando-se os direitos econômicos, sociais e o da família, educação e cultura.

Contraopondo-se à Constituição de 1934 (“A Polaca”) que trouxera grandes avanços no âmbito dos direitos sociais, em 1937, inicia-se uma forma autoritária de governo a partir do golpe praticado pelo próprio chefe de governo, criando-se o chamado “Estado Novo” cujo principal marco foi a ausência da democracia e a instituição de uma forma ditatorial de se governar, autoritária e controladora. Dessa forma, fortaleceu o Poder Executivo, dando a ele maior autonomia na elaboração de leis e decretos-leis. Dentre tantas outras mudanças trazidas pela Constituição de 1934, um outro marco digno de nota diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de uma lei em que, caso o Presidente entendesse ser esta lei necessária, ela seria novamente submetida ao Parlamento com o intuito de ser declarada constitucional. Além disso, foi vedado a interferência do Poder Judiciário em questões de ordem política (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 250).

Preservando a base do texto constitucional da Constituição de 1934 referente ao sistema normativo, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, houve o esforço em restaurar o federalismo de 1891 e reinserir o Senado como segunda Câmara Legislativa do Congresso Nacional, também preservou os direitos sociais, garantiu os direitos individuais com a inafastabilidade do controle jurisdicional, e na esfera econômica e social, instituiu meios de proteção da Amazônia e Nordeste (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 251).

A partir do ano de 1964 o Brasil esteve sob o comando da ditadura militar (que persistira até o ano de 1985), e o país passou a ser governado por meio de Atos

²²⁵ A Subcomissão do Itamarati, segundo as palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 247), foi encarregada de dar início aos trabalhos do anteprojeto da Constituição de 1934.

Institucionais e Complementares à Constituição que buscava “drenar o bolsão comunista” que afligia o Brasil (LENZA, 2019, p. 225). Na Carta de 1967, como característica do regime ditatorial vigente, houve a substituição da palavra “democracia” por “regime representativo”, e com a edição e promulgação do Ato Institucional 5, os direitos e garantias fundamentais dos quais ainda pudesse haver algum resquício, foram completamente ignorados com a “prática de tortura aos presos políticos, censurando a imprensa e reprimindo a atividade político-partidária” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 253).

De todos os AIs impostos como meio de governo, o mais agressivo e radical foi o AI-5 de 13/12/1968, o qual instituía o seguinte:

- a) formalmente, foram mantidas a Constituição de 24.01.1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes do AI-5;
- b) o Presidente da República poderia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por ato complementar em estado de sítio ou fora dele, só voltando a funcionar quando convocados seus membros pelo Presidente da República;
- c) o Presidente da República, no interesse nacional, poderia decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição;
- d) os direitos políticos de quaisquer cidadãos poderiam ser suspensos pelo prazo de 10 anos e cassados os mandatos eletivos federais, estaduais e municipais;
- e) ficaram suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo;
- f) o Presidente da República, em quaisquer dos casos previstos na Constituição, poderia decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo;

g) o Presidente da República poderia, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido ilicitamente, no exercício do cargo ou função;

h) suspendeu-se a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10 do AI-5);

i) finalmente, a triste previsão do art. 11 do AI-5: “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos” (LENZA, 2019, p. 228, 229).

Este Ato Institucional teve vigência até a promulgação da EC n. 11, de 17/10/1978, em que revogou por completo o AI-5, além de suspender todas as medidas que com base neste Ato cassaram os direitos políticos, previu a impossibilidade de suspensão do Congresso Nacional pelo Presidente da República e extinguiu alguns poderes presidenciais (LENZA, 2019, p. 231).

Com a queda do regime militar (1964/1985), marcado pela expansão do autoritarismo e pela abertura política, surge a necessidade de resguardar e garantir os direitos fundamentais como forma de proteção à cidadania e à dignidade da pessoa humana, sinalizando o início de um processo de redemocratização do Brasil com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (a “Constituição Cidadã”).

Ocorrendo essa “evolução”, a Constituição de 1988 marca uma nova fase de comprometimento com o Estado Democrático de Direito, tanto é que como bem frisou Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 258),

“[...] a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como a mais democrática e avançada em nossa história constitucional, seja em virtude do seu processo de elaboração, seja em função da experiência acumulada em relação aos acontecimentos constitucionais pretéritos, tendo contribuído em muito para assegurar a estabilidade institucional que tem sido experimentada desde então no Brasil”.

Como exemplo dessa “evolução”, podemos destacar a importância dada aos direitos humanos como base em todo o texto constitucional e principalmente no título

dos Princípios Fundamentais, além da amplitude e atualidade dos Direitos e Garantias Fundamentais, que passamos à análise a seguir.

3.DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais elencados no Art. 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, on-line) são o resultado de uma incansável luta pelo reconhecimento dos direitos do homem a partir de toda construção histórico-política vivenciada pelo país, como por exemplo, o regime ditatorial sofrido pelo Brasil nos anos de 1964 a 1985. A partir daí, os direitos e garantias fundamentais no Brasil começam surgir como uma resposta, impondo limites à atuação do Estado perante a sociedade como forma de proteger o indivíduo de ataques desumanos, respeitando os direitos políticos e sociais da pessoa humana.

Seguindo o entendimento de Mendes e Branco (2014, p. 200), os direitos fundamentais devem ser entendidos como uma evolução, marcada por três gerações.

Inicialmente é importante destacar, como bem lembrado por Zouein (2020), as críticas doutrinárias no que diz respeito à nomenclatura “gerações” dos direitos fundamentais, pois nos remeteria a uma ideia de evolução em que se excluiria a geração anterior, quando, na verdade, o que há é um acréscimo direitos. Por isso, a maioria dos autores optam pela terminologia “dimensões” de direitos fundamentais (ZOU EIN, 2020), razão pela qual adotaremos, a seguir, a expressão “dimensão de direitos fundamentais” ao invés de “gerações”.

A primeira dimensão diz respeito aos primeiros direitos positivados, como o direito de reunião, liberdades individuais e inviolabilidade de domicílio, em que “pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder” (MENDES e BRANCO, 2014, p. 200), com foco central na preocupação das desigualdades sociais, são os direitos referidos na Revolução Francesa (1789-1799) e Revolução Americana (1775-1783). Estes direitos consistem em prestações negativas em que o Estado deverá agir de modo a proteger a esfera de autonomia do indivíduo (ZOU EIN, 2020).

A segunda dimensão é marcada pelo princípio da igualdade no que tange ao surgimento dos direitos sociais, cujo conceito, seguindo as palavras de José Afonso da Silva, em seu livro Direito Constitucional Positivo (2013, p. 288), são:

“[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos

que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de Igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

Dessa forma temos os direitos de segunda geração, ou direitos sociais, instituídos de forma positiva em nossa Constituição, visando proteger direitos a fim de dar maior liberdade a todos, sem distinção, exigindo um “fazer” do Estado. Nas palavras de Zouein (2020), os direitos de segunda geração:

“[...] compõem-se dos direitos de igualdade em sentido amplo, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais, cujo adimplemento impõe ao poder público a satisfação de um dever de prestação preponderantemente positiva, consistente num *facere*. São os reconhecidos direitos à saúde, à educação, à previdência, etc”.

Enquanto a terceira dimensão é caracterizada pela aparição dos direitos difusos e coletivos, objetivando proteger os direitos do homem em âmbito coletivo, como “[...] o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 201).

Havendo, ainda, os direitos de quarta e quinta dimensões trazidos por Paulo Bonavides. Para ele, a quarta dimensão compreende os direitos “[...] à democracia (sobretudo direta), à informação, ao pluralismo e, para alguns (como Norberto Bobbio), a bioética” (ZOU EIN, 2020). Enquanto os direitos de quinta dimensão diz respeito ao reconhecimento do direito à paz (ZOU EIN, 2020).

Ainda é válido ressaltar que uma das principais características dos direitos e garantias fundamentais trazida por Mendes e Branco (2014, p. 208) é a capacidade de mudarem no tempo, surgirem novos ou até mesmo se extinguirem a partir do transcorrer dos anos, citando como exemplo prático dessa evolução, a vedação da prisão perpétua.

Além disso, há que se falar da indisponibilidade e inalienabilidade desses direitos, o que significa dizer que não podem ser deixados de lado, sendo simplesmente ignorados, para o cumprimento de um fim comum, seus limites devem ser interpretados por disposição constitucional, tendo aí uma restrição imediata, ou

então por lei ordinária promulgada com fundamento na Constituição, tendo, a partir daí, uma restrição mediata (MENDES; BRANCO, 2014, p. 283).

Contudo, conforme dispõe Mendes e Branco (2014, p. 292), em se tratando do tribunal do júri, temos um “inequívoco” exemplo de “reserva legal qualificada, uma vez que a atuação conformadora/limitadora do legislador deverá ficar restrita aos conteúdos e aos fins enunciados pela Constituição”.

É importante salientar que, em que pese a possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais e a necessidade de intervenção do legislador com o intuito de solucionar tal conflito, existe o limite material atinente à Constituição quanto ao poder de reforma, estabelecido no seu art. 60, §4º, CF (BRASIL, 1988, *on-line*), devendo haver a observância do princípio da proporcionalidade, quando, ainda no Direito Português, no art. 18º, 2, do Texto Magno, já estabelecia que

“[...] a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 312).

Nessa esteira, quanto ao poder de reforma, é vedado ao legislador quaisquer influência tendente a aniquilar o núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais elencados no art. 60, §4º, da CF, quando, nestes termos, diz o seguinte:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988, *on-line*).

Ou seja, o legislador somente poderia interferir para restringir direitos nos casos em que fosse imperiosa a proteção de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição, interpretando-se, desse modo, a impossibilidade de o legislador intervir na Constituição com a simples finalidade de restringir determinado direito do indivíduo ou da coletividade como forma de resposta à pressão ocasionada pelo senso comum. Pois, conforme cita o Ministro Rodrigues Alckmin na Representação n. 930

sobre a liberdade de conformação do legislador, defende não ser essa liberdade do legislador (de poder interferir no texto constitucional) absoluta, porque, em suas palavras, “se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 301).

Portanto, esse sobejo do Legislativo ante à Constituição, segundo Mendes e Branco (2014, p. 303):

“É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno”.

Conforme já dissertado, no ordenamento jurídico brasileiro existem balizas de proteção ao poder constituinte originário, as chamadas “cláusulas pétreas”. Elas buscam manter a ordem de proteção do texto constitucional evitando que ocorra uma reforma ampla e ilimitada, não estando à mera disposição da vontade do legislador para agir conforme bem entender, garantindo, ademais, a finalidade constitucional. Também, para Sarlet *et al.* (2018, p. 148), “as cláusulas pétreas além de assegurarem a identidade da Constituição, podem ser elas próprias consideradas parte integrante desta identidade”.

“Tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. Daí falar-se de inconstitucionalidade de normas constitucionais, seja em razão de afronta ao processo de reforma da Constituição, seja em razão de afronta às chamadas cláusulas pétreas” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1396).

As cláusulas pétreas se fazem presentes no art. 60, §4º, da CF, trazendo um núcleo indisponível de direitos e garantias essenciais, nestes termos:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988, *on-line*).

Desse modo, temos que a Constituição somente poderá ser emendada, nos moldes do art. 60, CF:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (BRASIL, 1988, *on-line*).

Contudo, trazendo o destaque para o §4º deste artigo, no qual proíbe, em específico, a proposta de emenda à Constituição em que o legislativo pretenda abolir qualquer dos itens elencados nos incisos deste parágrafo, como por exemplo, os direitos e garantias fundamentais, a discussão que surge diz respeito ao texto em que veda a proposta de emenda “tendente a abolir”, entende-se, portanto, ser possível proposta de emenda que modifique um desses direitos. Porém, seguindo o entendimento do STF, essa modificação somente poderia ser feita para ampliar direitos, e nunca para reduzir (FERREIRA, 2019).

Em suma, não seria possível, na atual Constituição de 1988, qualquer emenda à Constituição e muito menos lei ordinária que tenha por objetivo abolir ou reduzir a amplitude dos direitos e garantias fundamentais já adquiridos pelo indivíduo e resguardados/protegidos pela Lei Maior (vedação ao retrocesso).

Nesse sentido, Shamara Ferreira: “Assim, em que pese ser possível alterar a Carta Magna, as Emendas Constitucionais sempre deverão observar as balizas que foram traçadas nas cláusulas pétreas” (FERREIRA, 2019).

4.PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No que tange ao Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade, é importante, de forma preliminar, trazer à baila da discussão sobre o tema, a sua classificação como norma-regra ou norma-princípio. Para diferenciação dos dois institutos, adotando a tese de distinção qualitativa, cumpre-nos citar a Teoria de Alexy, baseada no “tudo ou nada” ao referir-se a uma norma-regra. Para ele, princípios são mandamentos de otimização, ao passo que as regras são normas que serão satisfeitas ou não satisfeitas. “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2006, p. 91).

Introduzindo essa linha de raciocínio à nossa Constituição, é cristalino que se perceba a interpretação da Presunção de Inocência pelo Constituinte como uma norma-regra reafirmada pela exigência do trânsito em julgado (art. 5º, LVII, CF (BRASIL, 1988)) para que seja o indivíduo inserido no rol de culpados, como muito bem preceituou o Min. Luiz Fux:

“A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de HUMBERTO ÁVILA (Teoria dos Princípios. 4. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a

imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória” (COUTO, 2018).

A Presunção de Inocência, ou Presunção da Não Culpabilidade, tem sua previsibilidade na Constituição Federal (1988), especificamente em seu art. 5º, LVII (BRASIL, 1988, *on-line*), que diz:

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;

Assim sendo, o art. 5º, LVII, CF (BRASIL, 1988) nos traz como requisito para que uma pessoa seja considerada culpada, o marco do trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória. Com inocência presumida, ocorre a inversão do ônus da prova, cabendo ao Ministério Público alegar a culpa (LENZA, 2019, p. 1.920). De tal modo, é lícito dizer que não há dúvidas quanto à ocorrência do trânsito em julgado, que acontecerá quando daquela sentença não couber mais recurso, tendo sido esgotadas todas as instâncias possíveis de reanálise do mérito.

Art. 6º, LINDB: A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. §3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso (BRASIL, 1942).

No decorrer deste trabalho de pesquisa, foi vislumbrado que qualquer alteração em que pese a Constituição ser sofrida, deverá ser feita por Emenda Constitucional como forma de protegê-la e evitar os efeitos negativos do ativismo judicial exacerbado, através das balizas do controle de constitucionalidade.

Dessa forma, o marco da culpabilidade está elencado no art. 5º da CF (BRASIL, 1988, *on-line*) que elegeu o trânsito em julgado como requisito para que o indivíduo seja considerado culpado para que, efetivamente, comece a cumprir a pena que lhe foi imposta, sendo interpretado como inconstitucional qualquer outro marco delimitado pelas leis infraconstitucionais ou ordinárias. Pois caso seja acatada tais deliberações que imponham um marco diverso presumindo a culpabilidade daquele agente,

acarretaria uma insegurança jurídica indiscutível no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, temos:

“[...] se a supremacia da Constituição deixar de ser admitida, por exemplo, em favor da teoria da aparência para fins de proteção de terceiros de boa-fé ou do equilíbrio financeiro, na verdade, o Judiciário estaria abandonando o direito e passando a operar exclusivamente por meio de argumentos pragmáticos ou políticos” (PEIXOTO, 2012, p. 47).

Portanto, se temos o art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988, *on-line*) e o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), aquele estabelecendo como critério principal para a culpabilidade do agente o marco do trânsito em julgado, e este iluminando o conceito de coisa julgada, não há dúvidas quanto à interpretação do art. 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *on-line*), quando se trata da execução da pena em detrimento de uma condenação criminal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Diferentemente da prisão cautelar em que a exigência para o seu cumprimento é o flagrante delito ou ordem escrita devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente, para a condenação criminal definitiva e o início da execução da pena, é de exigência também da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) o trânsito em julgado para que a pena comece a ser executada, como dispõe os arts. 105, 106, III, LEP (BRASIL, 1984, *on-line*):

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá: III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado;

Além disso, há que se defender o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, em que apesar de existirem os casos de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, é direito da pessoa humana a reanálise de mérito, como prevê a Constituição Interamericana de Direitos Humanos, para que se tenha um processo justo.

“[...] a Convenção Interamericana de Direitos do Homem prevê expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal, de modo que é possível afirmá-lo como elemento essencial para conformação do processo justo no âmbito penal” (SARLET, *et al*, p. 905).

Em suma, com a exigência do trânsito em julgado pela Constituição para que o indivíduo seja considerado culpado, a conceituação de coisa julgada trazida pela LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42) e a imprescindibilidade do trânsito em julgado para a execução da pena, conforme determina a LEP, qualquer outro marco de culpabilidade ou que imponha o início da execução penal, não deve prosperar, uma vez que estaria em total desconformidade com a Lei Maior. E, como nos é lembrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, os magistrados e tribunais estão sujeitos à Constituição e às leis, não podendo decidir questões meritórias por vontade própria ou pressão política, pois estão vinculados às normas do nosso ordenamento jurídico, cuja postura contrária nos traz riscos, como “[...] a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias” (BARROSO, 2012, p. 31). Pois em que pese a Constituição transformar Política em Direito, a ação somente pode ocorrer dentro dos limites abertos pelo nosso *legal system*²²⁶.

5. HISTÓRICO DAS JURISPRUDÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTE À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

O Supremo Tribunal Federal durante um longo período vem, de forma corriqueira, mudando seu entendimento a respeito da execução provisória da pena à luz do Princípio da Presunção de Inocência previsto no art. 5º, LVII, CF (BRASIL, 1988, on-line).

Inicialmente, no julgamento do HC 68.726, no ano de 1992, o Supremo entendeu que a execução da pena poderia se dar antes do esgotamento das instâncias

²²⁶ Expressão sinônima de ordenamento jurídico, utilizada por países estrangeiros como Estados Unidos.

recursais. Denegando a referida ordem de habeas corpus e, com o surgimento de novos precedentes, o STF editou as Súmulas 716 e 717 cujo tema central era a progressão de regimes e a não exigência do trânsito em julgado das sentenças (LENZA, 2019, p. 1.921).

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIADA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINARIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (HC 68726, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209).

Súmula 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, 2003a).

Súmula 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial (BRASIL, 2003b).

Após, no ano de 2010, salvo os casos em que se façam presentes os requisitos que ensejam a prisão cautelar do réu, o STF retifica seu entendimento quanto à execução provisória da pena e apreende que este posicionamento adotado

anteriormente contraria o Princípio da Presunção de Inocência trazido pela Constituição Federal em seu art. 5º, LVII, (BRASIL, 1988, *on-line*), ao conceder ordem de *Habeas Corpus* nº 84.078, defendendo que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória somente poderá ser admitida em caráter cautelar.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A

prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de

cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

E foi no ano de 2016, quando o STF denegou novamente uma ordem de *Habeas Corpus* (HC 126.292) sob os mesmos fundamentos utilizados no julgamento do HC 68.726, retomando o entendimento adotado em 1992. Na fundamentação em que denega a ordem, o Min. Relator Teori Zavascki delibera que, quando se executa um acórdão penal proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a REsp e RE, não confronta inconstitucionalidade em relação ao art. 5º, LVII, CF, (BRASIL, 1988, *on-line*).

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118).

Recentemente, no final do ano de 2019, o STF novamente muda seu entendimento no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, que tinham por objeto a declaração de constitucionalidade do art. 283, CPP (BRASIL, 1941, *on-line*), no tocante ao trânsito em julgado da condenação criminal.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Aqui, mostra-se necessário destacar que o art. 283, CPP (BRASIL, 1941, *on-line*) encontra-se em perfeita consonância constitucional, refletindo, quase de forma literal,

o mesmo texto presente no art. 5º, LVII, CF (BRASIL, 1988). Desse modo, admitir a inconstitucionalidade deste dispositivo seria declarar como inconstitucional a própria Constituição Originária e estaríamos diante de uma total contradição normativa. Em caso positivo, nos encontraríamos na posição de reconhecimento da existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais, teoria levantada pelo alemão Otto Bachof e rechaçada pelo STF através do princípio da unidade da Constituição. Além do mais, acatar o entendimento da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais, provocaria um enorme sentimento de insegurança jurídica, “[...] porque o Poder Constituinte originário, ao invés de se configurar como poder de fato, autônomo e incondicionado, acabaria por se configurar como um poder legiferante ‘qualquer’ [...]” (PASSOS; PESSANHA, 2008, p. 19).

Nesse contexto, faz-se imperiosa a constatação de que a prisão em segunda instância conforme admitida anteriormente pelo próprio STF, segundo o mesmo, é inconstitucional diante dos fundamentos supracitados, sendo ratificado este posicionamento em novembro de 2019 quando, ao julgar as ADCs 43, 44 e 54, o Supremo entendeu que para ser executada a pena, é imprescindível que se esgote todas as instâncias que forem passíveis de recurso em prol da reanálise do mérito para que assim ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo qualquer entendimento contrário violador do Princípio da Presunção de Inocência/Não Culpabilidade, afrontando um direito e garantia fundamental. Extrai-se, portanto, a seguinte ementa de julgamento:

Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE

PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme

à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. (ADC 43 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018)

Corroborando com o raciocínio, enfatizamos o voto do Min. Celso de Mello no julgamento das ADCs:

“[...] no que concerne à interpretação do art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória, mesmo aquela emanada do Tribunal do Júri, revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII)” (MIGALHAS, 2019).

6.EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NOS CASOS DE CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI (ART. 492, I, “E”, CPP)

O Supremo Tribunal Federal, no final do ano de 2019, pacificou entendimento no sentido de somente ser admitida a execução da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois até que este marco da culpabilidade seja fixado, o acusado será presumivelmente considerado inocente, ressalvados os casos em que se possibilita as prisões preventivas e temporárias. Assim sendo, qualquer outro marco diferente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória consistiria em afronta aos direitos fundamentais importantemente previstos em nossa Constituição.

Contudo, com o advento da Lei nº 13.964/2019, mudanças significativas surgiram nos âmbitos penal e processual penal, com destaque para execução provisória da pena, cujo art. 492, I, “e”, do CPP, com a redação nova, estabelece o seguinte:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

A partir daí, surgem questionamentos passíveis de menção neste tópico, que serão explanados a seguir, dentre eles: poderia uma norma infraconstitucional mudar o marco da culpabilidade do agente, indo contra cláusulas pétreas previamente estabelecidas na Lei Maior que rege o país? O juiz presidente da sessão plenária estaria obrigado a decretar a prisão do réu apenas pelo fato de a condenação preencher o requisito de pena igual ou superior e 15 anos de reclusão? A Presunção de Inocência deve ou não prevalecer sobre a soberania dos vereditos?

Como vimos anteriormente, a nossa Constituição prevê o Princípio da Presunção de Inocência (art. 5º, LVII), vedando, dessa forma, o início da execução de uma pena sem que haja o trânsito em julgado como marco da culpabilidade do agente, ressalvados os casos em que são admitidas as prisões preventivas quando estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, como bem dispõe o art. 312 do CPP (BRASIL, 1940, *on-line*). Pode-se destacar também a constitucionalidade declarada do art. 283, *caput*, do CPP (BRASIL, 1940, *on-line*) pelas ADCs 43, 44 e 54, cujo texto traduz, quase de forma literal, o dispositivo constitucional. Vejamos:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Nessa esteira, seria inconstitucional qualquer outro marco que decretasse a culpabilidade do agente sem que fosse o trânsito em julgado, uma vez que se trata de norma constitucional amparada pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos e garantias fundamentais, sendo estas cláusulas pétreas que somente seriam passíveis de alteração mediante proposta de emenda constitucional, contudo, somente para ampliar a abrangência desses direitos, nunca para restringir.

Nota-se, portanto, antinomias entre a Lei nº 13.964/2019 e diversos dispositivos constitucionais. Ao prever a execução provisória da pena de forma automática quando houvesse condenação pelo tribunal do júri resulta em um afronto aos direitos e garantias fundamentais que tanto lutou o nosso país para que hoje se tornasse um país democrático, onde até mesmo um dito “criminoso” pela sociedade, é considerado sujeito de direitos, os quais devem ser resguardados, tratando-o com respeito e dignidade. Além de afrontar esses direitos, destacamos também o perigo do ativismo judicial quando o legislativo pressionado pelo senso comum age de forma equivocada, como no caso em questão, ao determinar o início da execução da pena para os casos em que houvesse condenação superior a 15 anos de reclusão com privação de liberdade, ou seja, inobservando normas constitucionais e interferindo em uma cláusula pétrea de modo a modificá-la através de uma norma infraconstitucional, alimentando a insegurança jurídica.

Quando falamos de Tribunal do Júri, é imprescindível que falemos também da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, XXXVIII, alínea “c”, da CF (BRASIL, 1988).

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:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

c) a soberania dos veredictos;

Como conceituação, a soberania dos vereditos

“[...] consiste na autoridade plena que qualifica a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, deferindo-se aos jurados a prerrogativa de decidir, conforme a melhor prova do processo, na direção que entenderem mais justa e coerente” (HABIB, 2020, p. 42).

Ainda nas palavras de Habib (2020, p. 44) esta soberania existe para dar maior garantia de direitos ao acusado, “podendo ceder diante de norma que visa exatamente a garantir os direitos de defesa e a própria liberdade”, e vincular o juiz togado à decisão do conselho de sentença, soberania esta que pode ceder em favor do acusado para garantir sua defesa e liberdade, além da previsão processual penal, no art. 593, III, “d”

(BRASIL, 1940, *on-line*) que permite a interposição de recurso de apelação contra sentença proferida em sede de tribunal do júri para rediscutir o mérito quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária às provas nos autos, em que o tribunal irá cassar a decisão proferida em 1º grau e determinará que seja realizado novo júri.

Cumprir também a possibilidade de ser interposta revisão criminal, nos moldes do art. 621 do CPP (BRASIL, 1940, *on-line*), em que o tribunal ao julgar a revisão, com destaque para a vedação da *reformatio in pejus*, nas palavras de Lopes Junior (2020, p. 1735),

“Nenhum óbice existe para que o tribunal possa alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, de modo que a soberania das decisões do júri deve ceder diante do interesse maior de corrigir uma decisão injusta. Esclarecemos que o tribunal, julgando a revisão, poderá absolver o autor sem a necessidade de novo júri, que somente ocorrerá quando houver a anulação do processo, em que todo ou parte do processo deverá ser repetido”.

Assim, depreende-se que a soberania dos veredictos pode encontrar-se, em razão das circunstâncias do caso concreto, abaixo do Princípio-regra da Presunção de Inocência.

Ademais, ressalta-se, ainda, que determinar a execução imediata da pena nestes casos fere o art. 313, §2º, do CPP (BRASIL, 1940, *on-line*) que diz: “§2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”, nota-se então que além de inconstitucionalidades, o Pacote Anticrime também traz incongruências dentro do próprio Código de Processo Penal, trazendo insegurança jurídica para o ordenamento brasileiro. A título de exemplo, digamos que o indivíduo, condenado a 15 anos de prisão, imediatamente posto a executar a pena, interpõe recurso de apelação fundamentado no art. 593, III, “a”, do CPP (BRASIL, 1988, *on-line*) que após admitido e julgado pelo tribunal, é determinado que seja realizado um novo júri, e neste novo júri o então acusado é absolvido, tendo ficado preso indevidamente, pois ainda não haviam sido esgotadas todas as instâncias recursais, caracterizando-se injustiça e ferindo o núcleo dos direitos fundamentais. Como também no caso em que o indivíduo, condenado a 17 anos de prisão, é colocado para executar a pena de forma provisória,

e após o início da execução, o tribunal entenda que deveria haver uma reforma da sentença e que a pena devida seria a de 14 anos, hipótese em que nesse caso o réu não deveria ser colocado para executar a pena imediatamente, não havendo como apagar esses efeitos ilegítimos.

A execução provisória também não pode ser justificada com base na soberania dos vereditos, uma vez que no §3º do mesmo dispositivo penal prevê a hipótese de mitigação da execução provisória nos casos em que o juiz vislumbre um possível êxito em um recurso defensivo. Veja-se:

“§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação” (BRASIL, 1940, *on-line*).

Destaca-se que essa hipótese de prisão preventiva trazida pela lei só pode ser admitida quando preenchidos todos os critérios da cautelaridade previstos no art. 312 e 313 do CPP (BRASIL, 1940, *on-line*), pois:

“ao não se revestir de caráter cautelar, sem, portanto, analisar o *periculum libertatis* e a necessidade efetiva da prisão, se converte em uma prisão irracional, desproporcional e perigosíssima, dada a real possibilidade de reversão já em segundo grau (sem mencionar ainda a possibilidade de reversão em sede de recurso especial e extraordinário” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1.333).

Admitida a prisão sem esta observância, além de ferir o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, feriria também o princípio da isonomia, pois crimes com penas ainda mais gravosas não admitem essa hipótese de execução provisória (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1.334), como no caso do crime de latrocínio, previsto no art. 157, §3º, II, do Código Penal (BRASIL, 1940, *on-line*), cuja pena mínima perfaz o *quantum* de 20 anos de reclusão e multa, não havendo a imposição de execução provisória da pena para punição deste crime. Nesse sentido, nas palavras de Lopes Junior (2020, p. 1334):

“o só fato de o réu sofrer uma condenação mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado, já que a culpabilidade tem a

ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado”.

7. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 199/2019

esta linha de visada, surge também a PEC 199/2019, cujo objetivo principal é acabar com a possibilidade de REsp e RE ao STJ e STF, de modo a antecipar o trânsito em julgado da sentença condenatória, a fim de que seja novamente rediscutida a possibilidade de prisão em 2ª instância. A PEC encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados e terá sua admissibilidade analisada junto à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Nota-se que a proposta não é permitir que haja a execução provisória da pena sem a ocorrência do trânsito em julgado (até porque estaríamos diante de uma inconstitucionalidade), mas sim acabar com a possibilidade de REsp e RE ao STJ e STF, fazendo com que tenham natureza jurídica de ação revisional sendo interpostos somente perante TJ ou TRF, esgotando ali as instâncias recursais e permitindo o adiantamento da ocorrência do trânsito em julgado e, conseqüentemente, o início do cumprimento da pena.

"(...) a transformação dos recursos extraordinário (art. 102, caput, III) e especial (art. 105, caput, III) em ações revisionais, possibilitando que as decisões proferidas pelas cortes de segunda instância transitem em julgado já com o esgotamento dos recursos ordinários" (LEAL, 2020).

Obviamente alvo de críticas, já que estaria, em linhas gerais, acabando com os recursos especiais e extraordinários, pois para Alex Manete (deputado que apresentou esta PEC à Câmara), a interposição desses recursos constituem apenas caráter protelatório, visando alcançar a prescrição acarretando na certeza da impunidade. Porém, em contraponto temos o direito a duração razoável do processo e o Princípio da Presunção de Inocência, alterar o marco decisório para a ocorrência do trânsito em julgado, mitigando o direito ao duplo grau de jurisdição pela análise de um recurso ao STJ ou STF, fazendo nascer uma errônea ideia de celeridade processual ignorando direitos fundamentais já adquiridos, corre o risco de se ocasionar completa insegurança jurídica, uma das maiores conseqüências do ativismo judicial desenfreado. Nesse contexto, ressaltamos, Min. Luís Roberto Barroso:

"[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve

ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes” (BARROSO, 2012, p. 32).

8.CONCLUSÃO

Após o deslinde de todo trabalho de pesquisa é de fácil constatação que desde a existência da primeira Constituição quando ainda não havia total notoriedade e importância dada aos direitos e garantias fundamentais, diferentemente do que ocorre agora em nossa Constituição de 1988, mesmo assim, o seu texto somente poderia ser modificado mediante rigoroso processo de alteração. A história do constitucionalismo no Brasil nos remonta a um processo de redemocratização brasileira com a Constituição Federal de 1988, quando os direitos humanos tomaram o seu devido lugar no Texto Constitucional embasando-o de modo a garantir uma maior proteção aos direitos e garantias fundamentais, vedando a atuação do legislador que for contrária a Lei Maior ou que visar aniquilar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, protegidos, sendo cláusulas pétreas presentes no art. 60, §4º, da CF (BRASIL, 1988). As cláusulas pétreas além de protegerem a Carta Magna de ações arbitrárias do Poder Estatal, também visam garantir a vedação ao retrocesso, quando, seguindo o entendimento do STF, a possível modificação aceitável à Constituição, a qual não é vedada pelo art. 60, §4º, CF (BRASIL, 1988), seria aquela que objetivasse ampliar direitos já garantidos, e nunca para reduzir, só podendo ser modificada através de Emenda Constitucional, jamais por lei infraconstitucional. Além do mais, há que se falar também do Princípio da Presunção de Inocência, que deve ser entendido como princípio-regra ao aplicá-lo ao caso concreto, pois como muito bem preceitua o art. 5º, LVII, da CF (BRASIL, 1988), e art. 283, do CP (BRASIL, 1940, *on-line*), a pessoa humana deverá ser tida como presumivelmente inocente, havendo a inversão do ônus da prova em que incumbirá ao Ministério Público toda alegação de culpabilidade, até que ocorra o trânsito em julgado. A partir daí surge a indagação: “O que seria, portanto, o trânsito em julgado?”, sem rodeios, em nosso ordenamento jurídico também há a conceituação do que é o trânsito em julgado e quando ele ocorre logo no art. 6º, §3º, da LINDB (BRASIL, 1942, *on-line*), que expressamente prevê que coisa julgada/trânsito em julgado é a decisão da qual não caiba mais recurso.

Apesar de ser simples a interpretação do texto constitucional combinado com todo nosso ordenamento jurídico, quando falamos de trânsito em julgado, o STF,

insistentemente, desde o ano de 1992, vem mudando seu posicionamento quanto a possibilidade de prisão em segunda instância, firmando posicionamento no final do ano de 2019, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, pacificando entendimento ao declarar a constitucionalidade do art. 283, do CP (BRASIL, 1940, *on-line*) e vedar a possibilidade de prisão em segunda instância, ratificando a imprescindibilidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para marcar a culpabilidade do agente e dar início à execução da pena, já que o trânsito em julgado também é requisito para o cumprimento da pena imposta, de acordo com os arts. 105, 106, III, LEP (BRASIL, 1984, *on-line*).

A partir da construção de todo o raciocínio elucidado, com a promulgação e entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, que trouxe vultosas mudanças para o Código de Processo Penal, como é especificamente tratado aqui o caso do art. 492, I, "e", do CPP (BRASIL, 1941, *on-line*), não há que se falar em execução "provisória" da pena para os casos de condenação pelo tribunal do júri quando a condenação for superior a 15 anos de reclusão, quiçá justificar tal imposição alegando a soberania dos vereditos. Posto que a soberania dos vereditos deve ser interpretada, porque assim é, forma de proteção ao acusado, visando garantir seus direitos, vinculando o juiz togado ao que for decidido pelo conselho de sentença e vedando a *reformatio in pejus* em caso de interposição de recurso de revisão criminal. Admitir essa execução provisória, afrontaria incisivamente o Princípio da Presunção de Inocência, inobservando a imprescindibilidade do trânsito em julgado para executar a pena, desrespeitando a Carta Magna. Nota-se que o constituinte poderia ter elegido qualquer outro marco de culpabilidade do agente, mas optou pela escolha do trânsito em julgado e não há dúvidas quanto a sua ocorrência, não havendo motivos para interpretação diferente nos casos de crimes de competência do tribunal do júri em relação aos crimes comuns. Visto que existem crimes com uma pena muito mais gravosa do que a estabelecida no art. 492 do CPP (BRASIL, 1941, *on-line*) com a redação nova, como é o caso do latrocínio, cuja pena mínima perfaz o montante de 20 anos de reclusão (art. 157, §3º, II, do CP (BRASIL, 1940, *on-line*)), em que o indivíduo não será posto desde logo a executar sua pena caso não estejam presentes o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Destaca-se ainda, a PEC 199/2019, que propõe o adiantamento da coisa julgada ao acabar com a possibilidade de REsp e RE para STJ ou STF, modificando a natureza destes recursos para ação revisional, o que possibilitaria a execução da pena logo em segunda instância. Incongruente e inconstitucional, a PEC 199 ao extinguir a possibilidade de impetração destes recursos às instâncias hierarquicamente superiores,

ofenderia o direito ao duplo grau de jurisdição e de reanálise do mérito, como também dificultaria ou até mesmo extinguiria o controle difuso por parte do STF, quando teria que analisar o caso concreto em sede de ação revisional.

Dessa forma, concluímos que o trânsito em julgado não é um problema, mas um direito constitucionalmente garantido e respaldado por cláusula pétrea, e sua violação ou interpretação equivocada do que é literal e isento de qualquer sombra de dúvidas, acarretaria injustiça e insegurança jurídica, fazendo com que a Constituição deixe de ser Lei Maior, autônoma e plena, e passe a ser um texto qualquer.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jan. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução Às Normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. **Institui A Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 716. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 out. 2003a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499#:~:text=Considerando%20o%20enunciado%20da%20S%C3%BAmula%20716%2FSTF%>

2C%20segundo%20o%20qual,no%20rol%20dos%20crimes%20hediondos. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 717. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 out. 2003b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%2C%20sem,se%20encontre%20em%20pris%C3%A3o%20especial%20>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

COUTO, Cleber. Presunção de inocência, garantismo integral e a execução provisória da pena. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5955, 21 out. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65339>. Acesso em: 18 mar. 2021.

FERREIRA, Shamara. É possível alterar as cláusulas pétreas? **Jusbrasil**, Goiânia/GO, 22 jan. 2019. Disponível em: <https://ieadireito.jusbrasil.com.br/artigos/665456818/e-possivel-alterar-as-clausulas-petreas>. Acesso em: 18 mar. 2021.

HABIB, Gabriel. **PACOTE ANTICRIME LEI Nº 13.964/2019: TEMAS PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS (2020)**. Salvador: Juspodivm, 2020.

LEAL, Saul Tourinho. **PEC 199: a antecipação do trânsito em julgado**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/conversa-constitucional/330825/pec-199--a-antecipacao-do-transito-em-julgado>. Acesso em: 18 mar. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIGALHAS, Redação do. **STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5**: por maioria apertada, ministros finalizaram polêmico julgamento sobre execução antecipada da pena. 2019. Voto do Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2-instancia-placar-foi-6-a-5>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira; PESSANHA, Vanessa Vieira. **NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS? A TEORIA DE OTTO BACHOF. XVII Encontro Preparatório Para O Congresso Nacional do Conpedi**, Salvador/BA, p.

3758-3778, 2008. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/thais_bandeira_oliveira_passos.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Pp Editorial Ltda, 2013.

ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. **Em que consistem e quais são as “gerações” de direitos fundamentais?** Disponível em:
<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR DANOS DECORRENTES DE CIRURGIAS PLÁSTICAS

JAKELINE DE JESUS SANTOS SERRA: Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito pelo Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão – IESMA / UNISULMA.

FERNANDA ARRUDA LEDA LEITE ZENKNER227

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo deste artigo científico tem como objetivo demonstrar de que forma o profissional da área da saúde, o médico cirurgião plástico, deve ser responsabilizado judicialmente por atos praticados no exercício da atividade profissional, quando assim provocar graves danos físicos de caráter estético ao paciente em decorrência do erro cirúrgico. A pesquisa analisou como a jurisprudência pátria julga a responsabilidade civil do médico cirurgião por danos estéticos seja na cirurgia reparadora, estética ou mista, bem como estabelecer as consequências jurídicas decorrentes de falhas no procedimento cirúrgico, demonstrando a aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor diante da relação de prestação de serviço. A metodologia utilizada foi a pesquisa exploratória, com ênfase na pesquisa bibliográfica e documental relacionadas ao tema. Como resultado, foi possível observar que a culpa em sentido estrito deve ser comprovada, e tem-se como regra que as cirurgias em geral são de meio e as estéticas são de resultados, por sua vez a cirurgia mista é a junção dos dois procedimentos supracitados, havendo dificuldade de descrever o momento exato de início e fim de ambas, o que interfere para fins de responsabilização. Os Tribunais em seus julgados recentes entendem que a responsabilidade desse profissional é subjetiva, sendo aplicado o Código do Consumidor, vez que há uma relação contratual. O médico cirurgião plástico quando estiver diante das excludentes de responsabilidade fica este isento de qualquer responsabilidade.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Erro. Cirurgia Plástica.

ABSTRACT: The present study of this scientific article aims to demonstrate how the health professional, the plastic surgeon, should be held legally responsible for acts practiced in the exercise of professional activity, when this causes serious physical damage of an aesthetic nature to the patient due to surgical error. The research analyzed how the Brazilian jurisprudence judges the surgeon civil liability for aesthetic

227 Professora orientadora. Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. E-mail: fernandaarrudaledal@gmail.com.

damages, whether in reparative, aesthetic or mixed surgery, as well as establishing the legal consequences resulting from failures in the surgical procedure, demonstrating the application of the Civil Code and the Defense Code. of the Consumer in view of the service provision relationship. The methodology used was exploratory research, with an emphasis on bibliographic and documentary research related to the theme. As a result, it was possible to observe that guilt in the strict sense must be proven, and it is a rule that surgeries in general are medium and aesthetic results, in turn, mixed surgery is the junction of the two procedures mentioned above, having difficulty in describing the exact moment of beginning and end of both, which interferes for the purposes of accountability. The Courts in their recent judgments understand that the responsibility of this professional is subjective, and the Consumer Code is applied, since there is a contractual relationship. When the plastic surgeon is faced with the exclusion of liability, he is exempt from any liability.

Keywords: Civil Liability. Mistake. Plastic surgery.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a responsabilidade civil do médico por danos decorrentes de cirurgias plásticas e demonstra quais as consequências jurídicas em caso de erro médico em tais procedimentos sempre que houver culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do profissional de saúde. Nesse sentido, direcionou-se o estudo para as intervenções cirúrgicas com fins estéticos.

Atualmente, o Brasil se encontra entre os países que mais realizam intervenções cirúrgicas na área da estética. O público que até então era em sua maioria formado por mulheres em idade adulta vem se diversificando, sendo cada vez mais frequentes as cirurgias realizadas em mulheres, adolescentes, de ambos os sexos, e adultos do sexo masculino, os quais buscam melhorar a aparência seguindo os padrões exigidos pela sociedade, no entanto, estes devem ser observados com cuidado, pois a beleza é algo relativo, não devendo assim ser o fator principal para o desenvolvimento do ser humano, seja no seu aspecto intelectual, moral, ou mesmo para as práticas profissionais. Vivencia-se situações de constantes mudanças na sociedade, o que pode ser encarada como forma de melhoria aos cidadãos, sobretudo a mulher, inserida em um mercado competitivo e ainda discriminatório, impositor de pressões estéticas e estereótipos ligados ao gênero feminino. Diante disso, é notável que a beleza é vista como um dos elementos determinantes para se alcançar destaque, crescimento e a tão esperada oportunidade no mercado de trabalho. Todavia, é possível verificar que esse padrão de beleza acaba sendo implantado de forma natural no inconsciente feminino e essa busca em modificar o seu estado físico para que sua forma corporal seja mais observada e aceita que sua própria habilidade intelectual impõe a necessidade de transformação de sua imagem.

Ademais, tais exigências de beleza são fatores que geram discriminação fazendo com que as mulheres se enfraqueçam e percam parte do seu tempo produtivo ou de descanso necessário. Assim, a beleza é imposta de forma a delimitar até onde elas possam chegar, pois o preconceito ainda é grande e visível no contexto atual.

O Estado vem atuando na saúde do cidadão através de políticas públicas que são oferecidas para melhor atender aqueles que necessitam de amparo. No entanto, por vezes essas prestações de serviços de saúde são ineficazes, seja por parte poder público ou em ambiente privado, da administração hospitalar, ou do profissional da saúde, que por sua vez pode faltar com a atenção ou técnica devida durante um tratamento no qual se espera algum resultado. Deve ser colocado em foco o melhor interesse do paciente, pois esse geralmente se trata de parte hipossuficiente nessa relação, estando ainda em situação de vulnerabilidade, o que o deixa mais vulnerável a sofrer, seja no aspecto físico, moral e até mesmo material.

O tema abordado tem relevância jurídica e social, vez que dentre outros aspectos, analisa fatos e presentes em uma sociedade que vive em constante evolução. Demais disso, a pesquisa relaciona-se com a dignidade da pessoa humana, tendo a saúde e a vida como bem maior, que deve ser respeitado e preservado.

Com a busca crescente pelo padrão ideal de beleza, a procura por intervenções têm aumentado de forma vertiginosa, o que impõe o aperfeiçoamento de formas e técnicas voltadas para o controle, regulação e proteção do paciente/cliente que por vezes, ludibriado pelo padrão irreal de beleza imposto na sociedade, espera alcançá-lo através do resultado cirúrgico, sem levar em consideração as consequências de eventuais falhas advindas deste tipo de procedimento.

Diante de tais constatações, levantamos os seguintes questionamentos: Quais seriam os requisitos e limites da responsabilização do médico cirurgião plástico por danos decorrentes da cirurgia na jurisprudência brasileira? Em qual momento se inicia a responsabilidade civil do cirurgião plástico? Quais os parâmetros utilizados pelos tribunais pátrios para responsabilização nesses casos?

O objetivo é demonstrar de que forma o profissional da área da saúde, mais especificamente o médico cirurgião plástico, poderá ser responsabilizado judicialmente por atos praticados no exercício da atividade profissional, quando assim provocar graves danos físicos de cunho estético e conseqüentemente psicológico ao paciente.

A metodologia utilizada foi a da pesquisa exploratória, por meio de revisão bibliográfica e análise documental. Esta, por sua vez, indicou os recursos cabíveis, assim como esclareceu dúvidas e aplicou rigores técnicos as diferentes práticas científicas.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

A origem da palavra “responsabilidade” vem do termo latim *respondere*, que significa responder, prometer em troca. No meio jurídico esse mesmo termo significa *reparação, obrigação, ou seja, em razão de uma ação ou omissão culposa ou dolosa o causador do dano terá que assumir as consequências jurídicas causadas por seus atos* (BOZZI, 2017).

Conceitua-se Responsabilidade Civil como um fato danoso praticado por alguém que, infringindo norma jurídica pré-estabelecida no ordenamento jurídico, deverá reparar os danos causados a outrem.

A Responsabilidade Civil tem embasamento na Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 5º, inc. V e X:

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:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

A Carta Magna assegurou o direito de reparação e indenização por danos decorrentes de lesão sofrida, demonstrando explicitamente a responsabilidade civil daquele que causar prejuízos, seja material, moral ou de qualquer espécie. Na doutrina, o conceito de responsabilidade civil é abrangente e mencionado por diversos autores, dentre estes Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018, p. 59), os quais afirmam que: “A responsabilidade civil deriva da agressão ao interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas”.

Como se observa na definição utilizada pelos autores, a imputação da responsabilidade civil ao agente seria uma forma de ressarcimento a vítima em relação ao dano causado pelo profissional que gerou o fato, permitindo que haja a reparação.

Por sua vez, segundo a definição de Flávio Tartuce acerca da responsabilidade civil entende-se que, “A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou pode deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida” (TARTUCE, 2018, p. 515).

Portanto, como ressalta Tartuce (2018), a responsabilidade civil deriva de um ato ilícito cometido pelo agente sobre norma pré-estabelecida, ou seja, pela infração ou pelo descumprimento de uma lei em vigência. Quando o autor fala de ato ilícito vale destacar que é na seara civil, onde o ressarcimento será uma forma de diminuir ou amenizar o dano.

A saúde é um dos bens mais valiosos que o ser humano dispõe e sua importância geralmente só é reconhecida e valorada quando a perdemos, seja de maneira parcial ou integral. Nesse contexto, o Código Civil prevê a responsabilização civil aos agentes que por ação ou omissão causarem danos a saúde de outrem e abre o debate em torno da temática de responsabilizar os profissionais da área da saúde, especificamente os médicos cirurgiões plásticos, em casos de erros cometidos durante procedimentos cirúrgicos.

O Estado, de forma geral, vem regulamentando e buscando garantir os direitos fundamentais dos indivíduos inseridos nesta sociedade. Seguindo essa linha, a atuação estatal, sobretudo legislativa, faz-se necessária para que a proteção à saúde e a vida sejam de fato garantidas a toda população.

2.1 A Responsabilidade Civil no Código Civil

Preceitua o art. 186 do Código Civil de 2002 acerca da responsabilidade civil, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Por conseguinte, os danos causados, seja de forma culposa ou dolosa, são passíveis de responsabilização e reparação sendo que, a ação será o agir do agente diante de uma circunstância. A omissão, por sua vez, é a inércia do agente ao não cumprir medidas que deveriam ser observadas diante de determinada situação, causando assim prejuízo à vítima.

O art. 927 do Código Civil demonstra a devida obrigatoriedade da reparação civil nos termos da lei:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 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 (BRASIL, 2002).

Assim também entenderam os Tribunais Superiores, dentre estes o Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula nº 387, “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Diante de uma conduta ilícita o agente terá a obrigação de reparar o dano, independente de culpa, quando essa apresentar risco ao direito de terceiros. Neste contexto, verifica-se a expressão “atividade” na qual se entende como “profissão”. Partindo dessa premissa, profissionais, nas mais diversas áreas de atuação, podem ser responsabilizados por práticas que gerem danos a outrem.

Dentre as diversas atividades, a exercida pelos profissionais da saúde, em especial pelo médico, está exposta a riscos diários, não somente para si próprios, mas também para seus pacientes.

O princípio que norteia a responsabilidade civil é o da boa-fé, pois nele encontramos o parâmetro de probidade, no qual se espera que as partes hajam com honestidade, independente do contrato firmado entre estas. O art. 113 do Código Civil menciona a boa-fé como elemento essencial do negócio jurídico, de tal modo que a falta desse pressuposto causaria instabilidade na celebração do contrato. Art. 113. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL, 2002).

A cirurgia plástica advém de um contrato jurídico onde o paciente, com intuito de melhorar a sua aparência física, se subordina a um procedimento de incisão.

3 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO CIRURGIÃO PLÁSTICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No decorrer dos anos tem-se observado muitos erros cometidos durante procedimentos cirúrgicos e dentre estes em especial destaca-se um tipo de procedimento que vem sendo cada vez mais procurado em nosso país: a cirúrgica plástica.

No Brasil, a cirurgia plástica, seja ela reparadora ou simplesmente com finalidade estética, reflete uma tendência mundial que em nosso país se torna ainda mais latente: a da busca pela aparência “perfeita”, seja ela corporal ou facial, sendo que esta é imposta por uma sociedade que exige padrões de beleza inalcançáveis. Segundo pesquisa Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (ISAPS, 2019) apud

Coltro (2020), o Brasil se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo, figurando a inserção de prótese de silicone com uma das modalidades mais procuradas, dado que demonstra o significativo impacto dessas intervenções nos indicadores sociais e econômicos do país.

Nesse sentido, Naomi Wolf (2018) em seu livro “O Mito da Beleza” em que:

Ao atribuir valor às mulheres numa hierarquia vertical, de acordo com um padrão físico imposto culturalmente, ele expressa relações de poder segundo as quais as mulheres precisam competir de forma antinatural por recursos dos quais os homens se apropriaram. A “beleza” não é universal, nem imutável, embora o mundo ocidental finja que todos os ideais de beleza feminina se originam de uma Mulher Ideal Platônica (WOLF, 2018, p. 25).

Portanto, este padrão de beleza foi criado por uma cultura na qual a beleza é imposta de forma que haja competição de poder entre as mulheres, sendo que, essa imposição não é atribuída pelas mesmas e sim pela cultura machista indiferente. Vale ressaltar que, a beleza não pode ser vista como algo universal, muito menos imutável, pois varia de cultura para cultura, demonstrando assim que essa mulher platônica só existirá no imaginário.

A maioria da população mundial atravessa uma crise psicológica e de identidade acarretada por diversos fatores, e a saúde psíquica abalada pode fazer com que esse paciente tenha uma percepção distorcida de si mesmo e da realidade, diante dessa insatisfação, procura curar seus anseios e medos realizando mudanças em seu próprio corpo, através das intervenções cirúrgicas, estas que ao final podem deixar esse paciente ainda insatisfeito, pois seu problema não está na forma física e sim no seu psicológico.

Muitas das vezes o paciente é submetido a vários exames físicos e clínicos com o objetivo de se chegar a um diagnóstico favorável para esse procedimento invasivo, mas na maioria das vezes o fator psicológico não é tido como algo primordial, levando-se em conta simplesmente a vontade do paciente naquele momento contratual, em que as vontades das partes estão afloradas, contudo, deve-se atentar também para a saúde psíquica desse cliente para que não haja ocorrências ou surpresas desagradáveis que resultem em danos para ambas as partes.

Portanto, se houver por parte do paciente uma realidade distorcida de si mesmo pode ocorrer a “insatisfação” pós-cirúrgica, mesmo que o resultado esteja bom e dentro do esperado. O paciente pode imputar essa responsabilidade ao médico, exigindo assim cobranças por danos materiais, morais e estéticos, dependendo da extensão dos danos ocorridos segundo a insatisfação dele, mas diante de tal situação

o profissional deve comprovar que o problema não existe diante do caso concreto e que a insatisfação é dada por circunstâncias advindas de fatores psicológicos que acomodam o paciente. Situações estas que podem passar despercebidas pelo profissional ou mesmo silenciadas, que deveriam ser analisadas anteriormente no momento inicial do contrato, evitando assim demandas judiciais.

A responsabilidade civil do médico, em especial do cirurgião plástico, inicia-se no momento da celebração do contrato que se realizará na consulta com seu paciente/cliente. Esse contrato firmado entre as partes deve ser analisado com cuidado seja na sua fase pré-operatória: em que acontece no momento da triagem e no início da primeira consulta no consultório, passando pelos pedidos de exames clínicos e físicos e, por fim, na aplicação do questionário ao cliente (paciente); devendo também analisar atentamente a fase operatória: que por sua vez, é o momento em que ocorre o fato danoso no qual tem relevância jurídica, pois daí advém a responsabilização do profissional de acordo com a gravidade gerada durante o procedimento estético, já na fase pós-operatória: é possível verificar a extensão do dano ocasionado durante o procedimento cirúrgico. Observando assim o nexo de causalidade do dano diante do erro cometido.

Eventuais erros advindos do procedimento cirúrgico estético são de responsabilidade exclusiva do cirurgião plástico, devendo ser demonstrada a culpa com seus elementos específicos. No entendimento de Iasmine Pereira de Souza "a cirurgia plástica consiste em um procedimento cujo fim é o aperfeiçoamento do corpo e a incorporação de melhorias funcionais e de autoestima" (SOUZA, 2017, n.p.).

A cirurgia plástica tem por finalidade o embelezamento estético, ou seja, melhorar a aparência do paciente, por isso esse procedimento é considerado de resultado. No entendimento de Jeane Grazieli Cruz Nunes, Nariel Diotto e Andreia Moser Keitel, a cirurgia plástica tem a seguinte finalidade:

A cirurgia plástica estética tem a finalidade de obter um resultado de melhora na aparência do paciente. A busca por esse procedimento decorre do desejo que o indivíduo possui de alcançar uma melhora na aparência física, ou de mudar algo que não o agrada. Isso significa que a cirurgia não está relacionada com um problema de saúde, mas sim, com um problema que afeta o psicológico, que causa frustração ou descontentamento (NUNES; DIOTTO; KEITEL, 2019, p. 114).

Portanto, como elucidado, a cirurgia plástica estética não está relacionada com nenhum fator ou problema de saúde, pois pode ser realizada pelo paciente que esteja gozando plenamente de sua saúde física, mas pode estar com sua saúde psicológica distorcida. Diante de tal situação é necessário que haja um cuidado e uma observância

maior por parte do profissional em relação a cada paciente que deseja realizar esse tipo de procedimento.

Considerando essas informações, é mister esclarecer que a cirurgia plástica pode ser de meio ou de resultado, sendo que a primeira não terá um resultado embelezador e sim reparador, aplicando assim a responsabilidade civil objetiva diante de um erro por parte do profissional da saúde, essa cirurgia irá amenizar as estruturas físicas ou que tenham anomalias, que se originou de uma infecção ou de defeitos congênitos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Para a cirurgia de resultado, se aplica a responsabilidade civil subjetiva e o ônus da prova, pois aquela será realizada diante de um contrato que tem como finalidade o aperfeiçoamento do que foi acordado anteriormente entre as partes, não podendo ter um resultado diferente do pretendido.

É importante destacar que segundo o art. 1º da Resolução CFM nº 1931/09 (Código de Ética Médica), é vedado ao médico “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

Esse entendimento reforça a ideia de responsabilização profissional diante do dano causado ao paciente em razão de uma conduta culposa ou dolosa, sendo que, a culpa pode ocorrer por negligência, imprudência ou imperícia.

O paciente que sofreu o dano pode pedir indenização por dano estético e moral, desde que comprovada a culpa por parte do profissional de saúde.

Na sequência, é preciso esclarecer que a responsabilidade civil tem seus limites que devem ser verificados. Portanto, quando houver atos realizados em ambiente hospitalar público ou posto de saúde, haverá a responsabilidade solidária e objetiva do hospital acerca da conduta do médico (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017).

Assim reforça Cristiano Chaves de Farias em sua obra ao discorrer da necessidade de comprovação do erro do cirurgião no momento da sua conduta, seja ela omissa ou comissiva: “A responsabilidade civil dos hospitais por ações ou omissões dos médicos será solidária e objetiva. É preciso, no entanto, que para essa responsabilidade se imponha, que a conduta do médico esteja configurada” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 815).

Destarte, não deve haver dúvidas quanto a conduta do médico, sendo esta imprescindível para que haja a responsabilização desse profissional.

3.1 Procedimentos de natureza mista

Segundo Farias, Rosenvald e Braga Netto (2017), os procedimentos de natureza mista são aqueles em que o médico cirurgião plástico efetuará a cirurgia utilizando-se de duas técnicas, tanto reparadora quanto estética, sendo a primeira de meio e a segunda de resultado, o que implicará e dificultará a comprovação da responsabilidade da cirurgia de meio ou de resultado. Dessa forma considera-se que:

É difícil (impossível em certos casos) separar “partes” da cirurgia, pra dizer que até determinado ponto foi reparadora, a partir de outro ponto foi estética. As funções dialogam entre si, são indissociáveis em certa medida. Não se pode esquecer que toda cirurgia reparadora tem, inegavelmente, um componente estético, e o cirurgião (responsável) leva em consideração esse fator (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 818).

A ausência de certas informações relativas ao procedimento cirúrgico por parte do profissional de fato dificulta mensurar em que momento se inicia ou termina as cirurgias de meio e de resultado no mesmo procedimento (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017).

Evidentemente, diante de uma cirurgia mista, que por sua natureza é complexa, fica o profissional impossibilitado de descrever e identificar o momento de início e término entre tais procedimentos, fazendo com que a responsabilização também fique prejudicada. Diante dessa indefinição circunstancial, o julgador deve analisar cuidadosamente tais dificuldades para responsabilizar quanto ao dano ocorrido.

Demais disso, é necessário atentar para hipótese de excludente de responsabilidades possivelmente incidentes no caso concreto. Segundo Laura Bitencourt (2018), a excludente de responsabilidade ocorre quando existe um dano, porém quem o praticou será isento de responsabilidade. Mesmo sendo os danos lesivos, não haverá responsabilidade penal e civil. Os excludentes estados de necessidade, exercício regular de um direito, caso fortuito ou força maior e a culpa exclusiva da vítima isentam o profissional da saúde de responsabilidade em indenizar o paciente/cliente.

3.2 O Código do Consumidor diante da relação de prestação de serviço

Os médicos, por serem profissionais liberais que exercem com autonomia sua profissão, sem se subordinar a outrem, compõem a relação de consumo estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017).

O Código de Defesa do Consumidor enaltece a importância da responsabilidade diante do contrato existente entre as partes, como se observa no parágrafo 4º, do artigo 14, do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL, 1990).

Pelo exposto, ficou implícito pelo legislador que a relação entre o médico (fornecedor de serviços) e paciente (consumidor) é passível de aplicação das normas consumeristas. A falha na prestação de serviço, mesmo na modalidade culposa, ou seja, sem a intenção de causar dano aparente, não exime a responsabilidade do profissional pelo ato danoso praticado por este.

Por sua vez, o parágrafo 3º, artigo 14, do CDC, foi omissivo e não explicitou as excludentes de responsabilidade do fornecedor de serviço, que podem ser invocadas, sendo estas o caso fortuito e a força maior.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

O fornecedor de serviço, ao conseguir provar que o dano sofrido foi por motivo de força maior ou caso fortuito, será isento de responsabilidade diante do acontecimento ou procedimento errôneo.

A relação médico-paciente prevê a aplicação da regra da inversão do ônus da prova quando houver comprovação da hipossuficiência técnica do paciente, ou seja, quando este não possui conhecimentos técnicos específicos da medicina e de seus procedimentos, restando ao profissional cirurgião a incumbência de comprovar que o

resultado aplicado ao procedimento cirúrgico foi realizado com o devido zelo e cuidado e dentro dos parâmetros de segurança, sendo o resultado obtido de acordo com o esperado (GUIDI, 2017).

A informação é essencial na relação consumerista entre médico e paciente. Assim, é de suma importância que o médico venha informar ao paciente quais técnicas serão empregadas no procedimento e quais os riscos decorrentes da cirurgia (GUIDI, 2017).

Ademais, esclarece Clarissa Rocha Guidi (2017, n.p.), “Esta norma aplica-se aos médicos e profissionais afins. Assim, o médico deverá informar ao paciente sobre a sua enfermidade, as técnicas a serem empregadas, os riscos do tratamento e a possibilidade de cura”.

O art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) demonstra a importância e a necessidade de a informação ser prestada com a devida clareza ao consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (BRASIL, 1990).

Logo, é responsabilidade do cirurgião plástico manter seu paciente informado, e essas informações devem ser disponibilizadas de forma clara e precisa, evitando o uso de linguagem científica ou técnica, o que pode gerar dificuldades na compreensão pelo paciente.

O Código de Ética Médica (2018) em seu art. 34 menciona que entre os deveres do médico estão o de manter informado seu paciente sobre o seu diagnóstico e tratamento, tendo como exceção a informação que venha provocar algum dano ao cliente, conforme disposto a seguir:

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal (CFM, 2018).

Evidentemente, o artigo 34 proíbe que o profissional da saúde, especificamente o médico, de silenciar e deixar de informar ao paciente sobre o seu verdadeiro estado de saúde, informando-lhe acerca dos riscos e quais os objetivos a serem alcançados dentro do procedimento realizado e, caso essa comunicação seja prejudicial para o paciente que se encontra em situação de fragilidade física e emocional, o profissional tem a obrigação de comunicar para algum representante legal ou familiar do paciente/cliente.

Decerto, o médico, independente do tratamento que o paciente venha a se submeter, deve sempre agir com boa-fé e dentro dos padrões aceitos, agindo com responsabilidade e ética, tendo como foco o bem-estar do paciente.

Diante desse cuidado específico, é visível que um fator de extrema importância nessa relação é a boa-fé objetiva. A falta de comunicação por parte do médico em si já representa um fator gerador de responsabilidade, dependendo do grau do dano que venha gerar ao paciente, seja ele material, moral ou estético.

4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA NA RESPONSABILIZAÇÃO DO MÉDICO POR DANOS DECORRENTES DE CIRURGIAS PLÁSTICAS

O Ordenamento Jurídico ao longo do tempo vem aperfeiçoando as disposições acerca da responsabilidade civil em decorrência dos casos de erros médicos ocorridos em cirurgias, sejam reparadoras, plásticas ou mistas.

Os tribunais estaduais vêm firmando entendimento no sentido de ser devida a indenização em caso de danos ocasionados em cirurgias plásticas, desde que devidamente comprovados nos autos:

EMENTA: APELAÇÃO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA RESPONSABILIDADE. NATUREZA SUBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. REQUISITOS ATENDIDOS. INDENIZAÇÃO QUE SE IMPÕE. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. NATUREZA OBJETIVA. SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS SEM DEFEITO. MÉDICO SEM QUALQUER VINCULAÇÃO COM A INSTITUIÇÃO. DANO DECORRENTE DE MANEIRA EXCLUSIVA DA CONDUTA MÉDICA. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. INDENIZAÇÃO MORAL E ESTÉTICA. FIXAÇÃO DO VALOR DAS INDENIZAÇÕES. PARTICULARIDADE DO CASO EM CONCRETO. A obrigação médica é regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor, configurando-se como obrigação de meio e de natureza subjetiva. Assim, para seu surgimento, deve restar comprovada a satisfação de todos os requisitos inerentes, quais sejam, ato ilícito, culpa, dano e nexos de causalidade. Todavia, na

hipótese de cirurgias estéticas, a obrigação é de resultado, constituindo exceção a regra geral, sendo, de qualquer forma, necessária a observância dos requisitos precitados. Se o dano deflui, exclusivamente, dos atos praticados pelo médico, o qual não possui qualquer vínculo com o hospital, pois não se trata de seu preposto ou funcionário, não se pode responsabilizar a instituição pela reparação dos danos pretendidos pelo consumidor, pois o serviço que prestara não apresentou defeitos, inexistindo, assim, nexos causal entre o dano alegado e sua conduta. Em cirurgia estética de mamas o médico se obriga pelo resultado, que, se não alcançado, imputa-lhe o dever de reparar o dano causado, exceto se incidente na espécie alguma excludente de responsabilidade ou ausente um dos requisitos para que emergja o dever de indenizar. A fixação do quantum a ser solvido a título de indenização moral e estética deve ser feita com lastro nas circunstâncias do caso em concreto e em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (grifo nosso) (STJ-MG - AC: 10512160024232001 Pirapora, Relator: Amauri Pinto Ferreira, Data de Julgamento: 04/03/2021, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/03/2021).

No caso citado, a autora obteve um resultado diferente do esperado na cirurgia plástica mamária realizada. A parte ré não impugnou, o que gerou um fato incontroverso. O procedimento estético na relação consumerista deve ter sua obrigação de resultado.

Verifica-se que o resultado pretendido não foi alcançado, o que causou diversos danos a autora na relação contratual, o que incide na culpa em sentido estrito para o cirurgião. Ressalta-se que o hospital foi isento de culpa no caso em tela, vez que não há que se falar de participação em relação aos procedimentos adotados pelo médico.

Destarte, reforça-se o entendimento que a responsabilidade de resultado será advinda de ausências de resultado pactuado na contratação da cirurgia plástica embelezadora. Desta forma, também entendem os nobres julgadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. ABDOMINOPLASTIA. ABAULAMENTO EPIGÁSTRICO. DRENAGEM. RESPONSABILIDADE DE RESULTADO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. 1. Em se tratando de cirurgia plástica estética, com finalidade meramente embelezadora, o cirurgião possui responsabilidade de resultado (Precedentes STJ). 2. Deve

ser reconhecida a responsabilidade do médico responsável pela realização de abdominoplastia quando referido procedimento resulta em abaulamento epigástrico, com a necessária realização de novo procedimento cirúrgico para drenagem, o que configura dano extrapatrimonial. 3. Foi mantido o valor da indenização por danos morais fixado na r. sentença, R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). 4. Negou-se provimento ao apelo (grifo nosso) (TJ-DF 07145426220188070007 – Segredo de Justiça 0714542-62.2018.8.07.0007, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 01/10/2020, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 19/10/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

No julgado supramencionado, ocorreu uma cirurgia de abdominoplastia com fins estéticos, na qual se obteve resultado contrário ao firmado entre as partes, gerando para a autora um dano no sistema epigástrico, o que a levou a passar por um novo procedimento cirúrgico para a correção do erro ocasionado pelo cirurgião plástico, sendo este dano de cunho extrapatrimonial, causando um dano ainda maior para a paciente em comento. A autora obteve êxito na sua demanda, vez que os fatos foram devidamente comprovados e aceitos pelos julgadores.

Seguindo essa linha de pensamento, a jurisprudência do STJ reforçou tal entendimento:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SÚMULA 83/STJ. POSSIBILIDADE DE O PROFISSIONAL DE SAÚDE ELIDIR SUA CULPA MEDIANTE PROVA. PERÍCIA QUE COMPROVA O NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. ANÁLISE OBSTADA PELA SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido. 2. A reforma do aresto no tocante à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta médica e os danos experimentados pela recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do complexo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. 3. A revisão da indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o

valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula n. 7/STJ a impedir o conhecimento do recurso. 4. No caso vertente, verifica-se que o Tribunal de origem arbitra o quantum indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pelos danos morais que a recorrida experimentou em decorrência do erro médico produzido pelo recorrente, que além de ter contrariado as expectativas da paciente com os resultados alcançados na cirurgia íntima de natureza estética a que foi submetida, gerou-lhe prejuízos em sua saúde. 5. Agravo regimental não provido (STJ – AgRg nos EDcl no AREsp: 328.110 RS 2013/0110013-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/09/2013, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013).

Portanto, este julgado fortalece o entendimento que a responsabilidade é subjetiva quando se falar de erros advindos de cirurgias plásticas, o compromisso assumido pelas partes tem como o fim um resultado benéfico e dentro do esperado.

Fica também explícito segundo a Súmula 7 do STJ que a revisão por danos morais só é possível em recurso especial para os valores ínfimos ou exorbitantes que foram dados por juiz a quo. Portanto esse recurso só será provido desde que os valores sejam contrários aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade

Nesse julgado a parte ré não teve seu pedido deferido, pois os danos provocados por este foram comprovados e aceitos dentro do que se esperava.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou de que forma ocorre a responsabilização do profissional cirurgião plástico diante de erros ocasionados em procedimentos embelezadores invasivos. Demonstrou-se como a Constituição, o Código Civil e o Código do Consumidor responsabilizam os atos praticados pelo cirurgião plástico. Verifica-se, também, que as cirurgias plásticas são de resultado, já cirurgias comuns e reparadoras são de meio, ou seja, não precisa se chegar a um resultado esperado, mas sim assegurar ao paciente que todas as técnicas e habilidades empregadas ao procedimento estão coerentes com o desejado segundo o grau de necessidade de cada paciente.

Por outro lado, as cirurgias mistas são a junção de duas cirurgias, sendo que uma é para reparação de uma lesão, seja ela acidental, congênita ou de outra espécie, sendo esta de meio, já a cirurgia com fins estéticos embelezadores, tem o intuito de

melhorar ou modificar a aparência desejada, segundo o convencionado entre as partes, esta por sua vez garante um resultado.

A análise jurisprudencial evidenciou que é necessário observar todas as necessidades do paciente antes de um procedimento invasivo com finalidade estética, principalmente o momento psicológico em que este se encontra, para evitar maiores transtornos e demandas judiciais.

Ainda existem inúmeras dificuldades para se comprovar a responsabilidade do agente gerador do fato danoso; por mais que o magistrado conheça a legislação, este não é detentor do conhecimento técnico-científico clínico, o que dificulta o seu julgamento para fins de responsabilização; o médico, por ser detentor do conhecimento científico, possui várias formas de “retirar” essa culpa pessoal, podendo ainda revertê-la em desfavor do paciente; aquele, por sua vez, por ter acesso imediato aos prontuários, bem como toda sua equipe de enfermagem, tem instrumentos suficientes para se beneficiar diante do caso concreto.

Uma das formas do cirurgião plástico se eximir da responsabilidade subjetiva é quando este estiver diante de umas das excludentes de ilicitude. Portanto, diante de todos esses apontamentos, a culpa no sentido estrito pode gerar responsabilidade ao profissional, tendo este que ressarcir o paciente conforme sentença estipulada.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Laura. **Responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas**. 2018. 38 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – UniEvangélica, Anápolis, 2018. Disponível em <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/782/1/Monografia-LauraBitencourt.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

BOZZI, Paula da Cunha. **Aspectos gerais da responsabilidade civil**. Revista Jus.com.br versão online, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58301/aspectos-gerais-da-responsabilidade-civil>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 29 mai. 2020.

CFM. **Resolução CFM Nº 1931/2009.** Código de Ética Médica. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&%20Itemid=122#:~:text=Documento%20aprovado%20pelo%20plen%C3%A1rio%20do,fun%C3%A7%C3%A3o%20ou%20cargo%20que%20ocupem. Acesso em: 1 jun. 2020

CFM. **Resolução CFM nº 2217/2018.** Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2020.

COLTRO, Pedro. O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo. **Revista Revide**, edição 1000. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgioplastica.org.br/blog/2020/02/13/lider-mundial/>. Acesso em: 21 abr. 2021.

FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe P. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 4. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. – 16 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUIDI, Clarissa Rocha. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas estéticas. **Revista Âmbito Jurídico nº 159** – Ano XX – Fevereiro 2017 versão online. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/a-aplicacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-na-responsabilidade-civil-do-medico-em-cirurgias-plasticas-esteticas/>. Acesso em: 21 mai. 2020.

NUNES, Jeane Grazieli Cruz; DIOTTO, Nariel; KEITEL, Andreia Moser. Responsabilidade civil do profissional de medicina no caso de danos em cirurgia plástica estética. **Revista GEDCON** – Gestão e Desenvolvimento em Contexto. Capa > v. 7, n. 3. 2019. Disponível em: <http://revistaeletronica.unicruz.edu.br/index.php/GEDECON/article/view/9472>. Acesso em: 28 abr. 2020.

SOUZA, Iasmine Pereira de. **A responsabilidade civil do cirurgião plástico.** Out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61540/a-responsabilidade-civil-do-cirurgiao-plastico>. Acesso em: 14 abr. 2020.

STJ. **APELAÇÃO CÍVEL AC Nº 0024232-02.2016.8.13.0512 Pirapora.** 17ª Câmara Cível – Relator: Amauri Pinto Ferreira – Publicação: 4.03.2021. Disponível em: <https://tj->

mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179338818/apelacao-civel-ac-10512160024232001-pirapora . Acesso em: 15 mar. 2021.

TJ-DF. **07145426220188070007** – Segredo de Justiça 0714542-62.2018.8.07.0007, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 01/10/2020, 4ª Turma Cível – Data de Publicação: Publicado no DJE: 19.10.2020. Pág.: Sem página cadastrada. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1104481960/7145426220188070007-segredo-de-justica-0714542-6220188070007> . Acesso em: 06 jan. 2021.

STJ – AgRg nos EDcl no **AREsp: 328.110 RS 2013/0110013-4**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/09/2013, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24202906/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-328110-rs-2013-0110013-4-stj/inteiro-teor-24202907> . Acesso em: 20 mai. 2020.

STJ. **Súmula n. 387**. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 100.877-RJ(96.0009757-7). Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 16 abr. 2020.

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

WOLF, Naomi. **O mito da beleza [recurso eletrônico]**: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres / tradução Waldéa Barcellos. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO DO TRABALHO

FÁBIO HENRIQUE DE OLIVEIRA DINIZ:

Discente do curso de Direito – IESB
Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO²²⁸

EDSON CÁRDIA²²⁹

(orientadores)

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo abordar e esclarecer de uma melhor forma, o que é o assédio sexual no ambiente de trabalho. O assédio sexual é uma ação de cunho sexual, de forma reiterada e indesejada pela vítima que fere algum dos princípios constitucionais básicos do ser humano (a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana), o qual vem se tornando cada vez mais recorrente, podendo gerar importantes consequências para o contrato de trabalho. Esse estudo tem como objetivo orientar o empregado, sob a proteção de seus direitos personalíssimo nas relações empregatícias, com o objetivo de enfim coibir e prevenir e informar o que é assédio sexual no ambiente do trabalho, e suas consequências psicológicas para quem a sofre, o presente artigo tem como objetivo defender também a conservação de um ambiente de trabalho saudável, tanto para o empregador e também para o empregado.

Palavras-chave: Assédio sexual no âmbito do trabalho. Suas consequências. Prevenção.

ABSTRACT: This scientific article aims to better address and clarify what sexual harassment is in the workplace. Sexual harassment is a sexual action, repeated and unwanted by the victim, which violates some of the basic constitutional principles of human beings: freedom (sexual free demand the dignity of the human person), which has become more and more recurrent and may have important consequences for the employment contract. This study aims to guide the employee, under the protection of their very personal rights in employment relationships, with the objective of finally restraining and preventing and informing what sexual harassment is in the workplace, and its psychological consequences for those who suffer it, the This article al so aims to defend the preservation of a healthy work environment, both for the employer and also for the employee.

²²⁸ Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br.

²²⁹ Coordenador doutor do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail:

Keywords: Sexual harassment in the middle of the job. Your consequences. Prevention.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO PENAL. 2.1 OBJETO JURÍDICO (O QUE SE PROTEGE). 2.2 ELEMENTO DO CRIME. 2.3 TENTATIVA. 3 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO DO TRABALHO. 3.1 REQUISITOS PARA EXISTÊNCIA DO ASSÉDIO. 3.2 EXEMPLOS DE ATOS CARACTERIZADORES. 3.4 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO SEXUAL SOBRE A SAÚDE. 3.5 AS FORMAS. 4 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 4.1 SANÇÕES. 4.2 TRABALHADORES CELESTISTA. 4.3 SANÇÕES. 5 COMO COIBIR OU PREVENIR O ASSÉDIO. 6. NÃO SE CONFIGURA ASSÉDIO SEXUAL. 7. DIREITOS DE QUEM SOFRE O ASSÉDIO. 7.1 SERVIDOR PÚBLICO. 7.2 CELETISTA. 8 PROBLEMA CAUSA PELO ASSÉDIO. 9 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Esse artigo científico tem como tema o assédio sexual nas relações trabalhistas, ele vem demonstrar a grande importância que esta conduta tem tomado na atualidade, e demonstrar suas aplicações no âmbito do direito, principalmente na área trabalhista.

Esse assunto começou a ter mais repercussão e ser discutido a partir do advento da lei nº 10224/2001, que acrescentou o artigo 216 - A ao Código Penal, na qual regulamenta o crime de assédio sexual.

Esse artigo científico irá trazer para os seus leitores uma maior compreensão sobre o tema abordado, o qual irá fazer uma exposição sobre o conceito o que é o assédio sexual no âmbito do trabalho e seus elementos caracterizadores, os sujeitos, as espécies de conduta, a possibilidade de tentativa, as formas probatórias e a competência, serão descritas as consequências da prática do assédio sexual, para a vítima as consequência psicológica, para o assediador, empregador, empregado, mostraremos formas preventiva para a diminuição da conduta em seu ambiente de trabalho.

As fontes de pesquisa que será embasada na apresentação deste trabalho científico dar-se-ão a partir de doutrinas, legislação, jurisprudência, livros, notícias, revista e artigo da internet e a relação de outros ramos do direito com o tema apresentado.

2 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO PENAL

Primeiramente vamos entender o que é assédio sexual no âmbito penal. Este ato é crime previsto no artigo 216-A do Código Penal, o mesmo teve a sua introdução no Código Penal pela Lei nº 10.224 de 15 de maio de 2001, o qual sua redação consiste em:

216A do Código Penal, Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego cargo ou função” a pena é de Detenção de 1 a 2 anos e a pena pode ser aumentada até 1/3 um terço se a vítima for menor de 18 anos.

2.1 OBJETO JURÍDICO (O QUE SE PROTEGE)

Contudo a lei procurou proteger, em caso de assédio sexual, que se trata de um crime contra a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana, no qual se tutela (se protege), a liberdade sexual do assediado, e sua honra, e também a dignidade. Impedindo que o exercício de sua atividade se torna um constante embaraço ou suplício. Nesse sentido, “a leitura do dispositivo em apreço, entretanto, leva-nos a concluir sobre a existência, concomitante de outros bens jurídicos “delito pluri ofensivo: honra e direito a não ser discriminado no trabalho ou nas relações educacionais.” (DAMÁSIO DE JESUS, 2002, p.50).

2.2 ELEMENTO DO CRIME

Este crime ele se consubstancia-se no verbo constranger que significa forçar, mediante violência ou grave ameaça. Ao contrário do crime de estupro, este crime caracteriza-se com o constrangimento, o qual leva a vítima ao constrangimento e embaraço. Não é qualquer, brincadeira, palavra ofensiva, que caracteriza o assédio sexual. Segundo Cezar Roberto, configura-se tão somente “a imputação séria, grave, ofensiva, chantagiosa ou ameaçadora a alguém subordinado” (BITENCOURT, C. R.; ano, p. 32).

Trata de um crime o qual pode ser realizado verbalmente, por escrito ou por gesto. “A doutrina ela é unânime em não haver a possibilidade de violência ou grave ameaça para a execução do delito, uma vez que se for empregado tais meios para se obter vantagem ou favorecimento sexual pode configurar o crime de estupro” (JESUS, D. de, 2002, p. 51).

“Só que no caso de ocorrer o emprego de uma ameaça mais específica, ou seja, que diga respeito à perda de algum benefício relacionado ao trabalho, ou a promessa de cargo, ou seja, promoção dentro do trabalho, rescisão contratual, ameaça de ser mandada embora, a conduta deverá ser enquadrada em um dos crimes sexuais, nos quais o constrangimento se dá por meio da grave ameaça”. Assim enquadrando no caso de estupro artigo 213 do Código penal. (CAPEZ, F., 2012, p. 43).

“Artigo 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outros atos libidinoso: Pena – reclusão, de 6 A 10 anos”.

O legislador somente tipificou assédio decorrente, só em caso de relação ao ambiente de trabalho, a lei exige que o crime seja praticado por agente que se prevaleça de umas condições hierarquicamente superior à vítima, ou seja, ascendência da mesma função ou cargo. De acordo com o jurista Luiz Flávio Gomes “na superioridade hierárquica há uma escala de graus, a degraus da relação empregatícia (há uma carreira). Na ascendência não a degraus não a carreira, assa uma posição de domínio, de influência ou às vezes de temor”.

O crime de assédio sexual se configura, quando a gente se beneficia de uma função hierárquica, aproveitando-se dessa relação de superioridade hierárquica, para obter favores de natureza sexual. Não basta, apenas, que o assédio seja praticado no exercício do emprego, cargo ou função. Exige que o agente efetivamente se prevaleça dessa superioridade para constranger a vítima e ceder seus desejos sexuais.

2.3 TENTATIVA

Este crime tem como elemento subjetivo o dolo, pois consiste na vontade livre e consciente de constranger a vítima. A fim de exigir de se obter a vantagem ou favorecimento sexual. Assim neste crime só se aceita a tentativa, quando, o empregado o meio capaz de produzir o constrangimento, este não chegar ao conhecimento da vítima ou está não se sentir intimidada pelas manobras inoportunas. De outra forma não se aceita a tentativa, por que se trata de um crime formal, é prescindível que o agente efetivamente obtém a vantagem ou favorecimento sexual, assim sendo fato típico.

3 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO DO TRABALHO

Segundo a advogada DR Shenian Mendes “Nas relações de trabalho o conceito de assédio sexual é um pouco mais amplo, isso porque ele não vai ser abster só a questão de hierarquia ou de poder dentro da relação de trabalho, isso quer dizer qualquer das partes pode cometer o assédio sexual, tanto o empregador contra o empregado, como também o empregado ao seu empregador e ainda empregado contra empregado. Então não se abstenham só essa questão hierarquia como está determinado no Código Penal.”

Na maioria dos casos o assédio sexual vindo sendo cometido contra a mulher, talvez por conta dos nossos primórdios, aonde se criou uma cultura machista, aonde as relações entre homens e mulheres não se encontrava em grau de igualdade, como se manifesta nos dias de hoje. “O surgimento do assédio sexual no âmbito do trabalho,

tem muito haver com o ingresso da mulher no mercado de trabalho principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial (1939/1945) e, em decorrência disso, os movimentos feministas emergiram, pois da conduta, na maioria das vezes tem a mulher como vítima” (HINTZ, R. D., 2007, p. 227).

No começo deste século, surgiu um movimento de emancipação feminina, onde as mulheres buscaram a igualdade de direitos entre homens e mulheres perante as leis, no âmbito do trabalho buscam o cargo de liderança e chefia assim o assédio sexual ele pode ser cometido tanto por homens quanto por mulheres, até por conta da evolução deste quadro da mulher nas relações de trabalho, hoje a mulher ela ocupa vários cargos de liderança, então não existe nenhum tipo de diferenciação. E até por conta mesmo como dito anteriormente não existe mais um padrão em relação à hierarquia então qualquer pessoa na relação do trabalho ela pode ser o assediador. Então a mulher ela pode assediar uma funcionária, pode assediar um colega de trabalho, ela pode assediar o seu empregador, não tem mais nenhum tipo de restrição em relação a isso, e hoje a casos de assédio sexual praticado por mulher.

Segunda lei penal, o assédio sexual só pode acontecer quando o delito foi praticado por um agente de condição hierárquica superior, como chefe ou gerente ou até mesmo empregador, tendo como as vítimas pessoa que exerce cargo ou função hierarquicamente inferior, com ameaças de perda de emprego ou de direitos no trabalho. Mas como visto no texto acima hoje o assédio sexual pode acontecer envolvendo colegas de trabalho, ou seja, empregado do mesmo nível hierárquico. Segundo Dr Gustavo Felipe “é possível ocorrer o assédio sexual envolvendo colegas de trabalho, no mesmo nível hierárquico, ou mesmo aquele praticado por empregado de condição inferior na hierarquia da empresa, embora essa última hipótese seja menos frequente”. Mostrando que o assédio sexual pode acontecer tanto horizontal como vertical. (GARCIA, G. F. B, 2018, p. 163).

3.1 REQUISITOS PARA EXISTÊNCIA DO ASSÉDIO

Existem alguns requisitos para configurar o assédio sexual: a. Que haja a figura do assediador e assédio.

Que essa conduta ela seja de cunho sexual.

É muito importante que essa conduta venha ser repelida pela vítima, a vítima tem que demonstrar que não aceita essa conduta, que ela não concorda com atitude.

É que em regra essas condutas elas são reiteradas, em regra. Por que em tese se acontecer uma conduta muito gravosa, basta que acontecesse a única vez.

3.2 EXEMPLOS DE ATOS CARACTERIZADORES

Existem alguns exemplos de atos caracterizadores:

- a. Pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico com promessa de tratamento diferenciado em caso de aceitação;
- b. Ameaças ou atitudes concretas de represália no caso de recusa, com a perda do emprego ou de benefícios;
- c. Abuso verbal ou comentários sexistas sobre aparência física;
- d. Frases ofensivas ou de duplo sentido;
- e. Alusões grosseiras, humilhantes ou embaraçosas;
- f. Perguntas indiscretas sobre a vida privada do trabalhador;
- g. Elogios atrevidos;
- h. Convite insistente para almoço ou jantares;
- i. Insinuações sexuais inconvenientes e ofensivas;
- j. Solicitação de relações íntimas ou outro tipo de Conduta de natureza sexual mediante Promessas de benefícios e recompensas;
- k. Exibição de material pornográfico como envio de e-mail aos subordinados;
- l. Pedidos para que os subordinados se vistam de maneira mais provocante ou sensual;
- m. Apalpadelas, fricções ou beliscões deliberados e ofensivos. (BRASIL, 2009, p. 8).

3.4 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO SEXUAL SOBRE A SAÚDE

- a. Estresse emocional;
- b. Sentimento de culpa;
- c. Perda do poder de concentração;
- d. Transtorno de adaptação;
- e. Ansiedade;
- f. Insegurança;
- g. Baixa autoestima;
- h. Perda de produtividade;
- i. Falta de motivação. (BRASIL, 2009, p. 9).

3.5 AS FORMAS

Ao assédio sexual ele tem duas formas conhecidas.

Uma é mais conhecida de todas, que na verdade é a chantagem, a vítima é compelida a fazer, a cometer favores sexuais, em troca de uma promoção, ou até sendo ameaçada a perder de vantagens, ou perda do próprio cargo, ou do emprego,

Existe também o outro tipo de assédio sexual, a outra forma de assédio sexual conhecida é a que se dá pela intimidação, são aqueles gestos são palavras sempre de cunho sexual, aqueles elogios muito rasgado, muito ofensivos, a vítima na verdade, se sente coagida, ela é colocada numa situação de ridicularização. Às vezes até em público, em frente de outros colegas de trabalho, sempre com aquela intenção maliciosa, aonde o agressor quer na verdade obter vantagem sexual. Então esses dois são os tipos conhecidos. Lembrando que a chantagem é a forma mais usual, é aquela que se vê mais acontecendo.

4 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Embora Lei Nº 8112, de 11 de Dezembro de 1990, não aborda claramente a questão do assédio sexual, a conduta do assediador pode ser punida, pois afronta o dever moralidade, podendo constituir-se em incontinência de conduta. (BRASIL, 1990).

A prática do assédio sexual viola o dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa (BRASIL, 1990), de tratar as pessoas com urbanidade (BRASIL, 1990, artigo 116, inciso II), e de ser leal a instituições que serve (BRASIL, 1990). Além disso, a Lei Nº 8112/90 prevê que é proibido ao servidor promover manifestações de apreço ou despreço no recinto da repartição. (BRASIL, 1990).

O Decreto nº 1171, de 22 de julho de 1994, ou qual aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo, também prevê vedações as condutas dos Servidores. "XV – É vedado ao servidor público: f) permite que perseguições, simpatias e antipatias, caprichos, paixões ou interesses de ordem pessoal que interfiram no trato com o público, com os jurisdicionados administrativos ou com colega hierarquicamente superior ou inferiores". (BRASIL, 1994).

4.1 SANÇÕES

No âmbito das relações administrativas, ou seja, no serviço público, o assediador pode receber punições disciplinares, de acordo com as leis próprias no artigo 127,1 incisos seguinte da Lei Nº 8112/90, são estabelecidas as penalidades disciplinares que podem ser aplicadas aos servidores, entre elas: advertências; suspensões; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão; destituição de função comissionada. A lei dispõe, ainda, que na aplicação das penalidades deverão ser consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que ela dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. (BRASIL, 1990, artigo 128, Caput).

Destaca-se que a garantia apuração dos fatos por meio de sindicância ou processo administrativo disciplinar, em que seja garantida a ampla defesa do Servidor acusado de cometer atos de assédio sexual, (BRASIL, 2009, p. 11).

4.2 TRABALHADORES CELESTISTA

“Constituem justa causa, conforme a consolidação das leis do trabalho (CLT), para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, por incontinência de conduta ou mau procedimento; ato de indisciplinas ou de insubordinação; ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensa físicas nas mesmas condições salvo em caso de legítima defesa”. (BRASIL, 1943, artigo 482, CLT).

“No caso das relações regidas pela CLT, a responsabilidade pode recair sobre o empregador (pessoa física ou jurídica) baseando-se no fato de que cabe a este reprimir condutas indesejáveis. Frisa-se que a responsabilidade do empregador é subjetiva por dolo ou culpa, mas com culpa presumida, de modo que se inverte o ônus da prova, ou seja, o empregador deve provar que não agiu culposamente”. (BRASIL, 2009, p. 12).

4.3 SANÇÕES

A consolidação das leis do trabalho (CLT) e atribui a quem comete conduta de assedio sexual, falta grave punido com demissão por justa causa. (BRASIL, 2009, p. 12).

5 COMO COIBIR OU PREVENIR O ASSÉDIO

- a. Romper o silêncio;
- b. Dizer claramente não ao assediador;
- c. Contar aos colegas o que está acontecendo;
- d. Reunir provas, como bilhetes, presentes, entre outros;
- e. Arrolar colegas que possam ser testemunhas;
- f. Reportar o acontecimento ao setor de recursos humanos;
- g. Registrar queixa na Delegacia da Mulher, na falta dessa, em uma delegacia comum. (BRASIL, 2009, p. 13).

6. NÃO SE CONFIGURA ASSÉDIO SEXUAL

- a. Mera “paquera”, ou seja, a tentativa de aproximação para relacionamento amoroso, ou mesmo sexual, não constitui assédio sexual.
- b. A simples intenção sexual, o instituto de sedução de companheiro de trabalho, superior ou inferior hierárquico, não constitui assédio sexual. Necessária será sempre a intenção de traficar, de valer-se do posto funcional como um atrativo, ou como instrumento de extorsão de privilégios ou de vantagens indevidas;

- c. A proposta sexual feita sem insistência e sem ameaça ou pressão, também não;
- d. A proposta recebida como “hoje não”, “quem sabe mais tarde”, tão pouco;
- e. Meros galanteios como comentários normais do tipo “gostei do seu vestido”.
- f. A conduta inconveniente numa festa de trabalho, onde um colega ou chefe, após algumas doses a mais, faz comentários de duplo sentido e lança olhares sedutores, também não constitui assédio, salvo se houver alguma ameaça concreta, e ela for posta em prática mais tarde;
- g. Em caso de proposta sexual em que haja “acordo amigável” e que ambas as pessoas obtenham vantagem (uma obtém prazer e a outra obtém privilégios com o chefe) não figura assédio sexual;
- h. A conduta de quem alega ter sido obrigada a consentir em fazer sexo com o superior para não perder o emprego tendo praticado o ato repetido às vezes. (BRASIL, 2009, p. 14).

7. DIREITOS DE QUEM SOFRE O ASSÉDIO

“Os danos sofridos pela vítima pode gerar direito a indenização por danos de caráter material e moral.” (BRASIL, 2009, p. 12).

7.1 SERVIDOR PÚBLICO

“Podem requerer indenizações que abrangem: os danos emergentes, que englobam o que a vítima efetivamente perdeu, como no caso do servidor que fica doente em função do assédio, tendo gastos com tratamento médico e medicamentos; os lucros cessantes, o que a vítima deixou de ganhar como no caso do servidor que pediu exoneração porque foi assediado, deixando, assim, de receber os seus vencimentos”. (BRASIL, 2009, p. 12).

7.2 CELETISTA

“Além das indenizações pleiteadas acima, os trabalhadores celetistas podem requerer, também, a rescisão indireta do contrato de trabalho, ou seja, requerer que o contrato seja rompido como se ele tivesse sido demitido, ganhando também as verbas rescisórias que seriam devidas nessa situação (dentre as quais, o aviso prévio indenizado, a multa do FGTS, etc.)”. (BRASIL, 2009, p. 13).

8 PROBLEMA CAUSA PELO ASSÉDIO

Os danos causados para a pessoa assediada são: “privação de autonomia; integridade física e psicológica afetada, decorrente da desestabilização emocional causada pelo assédio, do sentimento de vergonha, do auto isolamento e da introjeção da culpa mediante questionamento da própria conduta; significativa

redução da autoestima; diminuição da produtividade; afastamento por doenças; desligamentos; aumentos das doenças profissionais, do absentismo, dos acidentes de trabalho; comprometimento permanente da saúde físico-psíquica em função da pressão psicológica sofrida”. (BRASIL, 2009, p. 20).

9 CONCLUSÃO

Constituição federal brasileira de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana comum dos valores Supremos fundamentais de todo ordenamento jurídico, sendo, portanto atribuindo a todos os direitos individuais e sociais.

Os direitos fundamentais de liberdade e igualdade são direitos tutelados e personalíssimo. Sendo assim, há que se conferir a máxima eficácia aos direitos sociais, a fim de conseguir o cumprimento prático do valor e Supremo da dignidade da pessoa humana.

A atividade sexual é uma conduta ilícita que vem ocorrendo desde as épocas mais antigas, o qual vem ganhando grande notoriedade, e assunto nos últimos tempos.

Mas o que nos mostra que o mandamento jurídico da dignidade de pessoa é intangível e, mesmo assim, vem sempre sendo desrespeitada e violada com frequência por condutas abusivas praticadas principalmente nas relações de trabalho.

Não podemos deixar de evidenciar que o assédio sexual, a mulher é a mais atingida, pois no final da Idade Média a mulher deixou de ser vista apenas como um objeto de sexo e passou a ser reconhecida como objeto de desejo, tornando-se assim a vítima preferencial dessa conduta discriminatória que agride a integridade, a intimidade, e a dignidade humana, a qual é capaz de provocar danos físicos e psíquicos, cujas consequências são totalmente destruidoras e traz consequências na vida da vítima.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Código Penal Comentado**. Editora Saraiva, 2002.

BRASIL. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. **Assédio Moral e Sexual No Trabalho**. Brasília, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. Constituição da República Federativa do Brasil. **Assédio, violência e sofrimento no ambiente de trabalho**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/bvs>. Acesso em: xx/xx/xxxx.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. Editora Saraiva, 2012.

CÓDIGO PENAL DECRETO LEI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: xx/xx/xxxx.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: xx/xx/xxxx.

DECRETO nº 1.171, de 22 de junho de 1994. **Aprova o código de ética profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo federal.** Diário Oficial da União, Poder Executivo Brasília, 23 de junho 1994.

DECRETO-LEI nº 10.224, de 15 de maio de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: xx/xx/xxxx.

FELKER, R. D. H. **O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações do trabalho.** LTR, 2007.

GARCIA, G. F. B. **Curso de Direito do trabalho.** Editoria Forense, 2018.

GOMES, L. F. Crimes assédio sexual. **Revista dos tribunais**, 2001.

JESUS, D. E. De. **Direito penal** - parte especial. Assédio Sexual. Editora Saraiva, 2002.

LEI, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civil da União, das autarquias e das Fundações públicas federais.** Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, 12 de Dezembro de 1990.

MENDE, S. Estudo. **Entenda Direito Assédio sexual no trabalho.** Disponível em <http://www.oglobo.globo.com/economia/entendadireito>. Acesso em: xx/xx/xxxx.

TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

NAYARA SANTOS DE SÁ: Acadêmica de Direito, antiga estagiária da Defensoria Pública de Manaus, atualmente estagiária do Tribunal de Justiça do Amazonas - 2º Tribunal do Júri.²³⁰

RESUMO: O referido tema foi escolhido para o presente artigo, pois mesmo após 132 (cento e trinta e dois) anos da abolição à escravidão, o Brasil ainda sofre com trabalho análogo à escravidão. Tal delito viola a dignidade da pessoa, retira o Direito da liberdade e assim fere o Estado Democrático de Direito. No mundo acadêmico do Direito pouco se fala sobre o referido tema, todavia, possui uma relevância na esfera constitucional, trabalhista e penal. Mostrando assim a importância do bem jurídico protegido, qual seja, a liberdade em sentido amplo. A proteção da liberdade tem como base jusnaturalismo, além dos ordenamentos jurídicos brasileiros, a liberdade é protegida internacionalmente, exemplo: pela Organização das Nações Unidas (ONU) e Organização Internacional do Trabalho (OIT). Logo tal tema se faz importante para analisar a tutela e cumprimento das garantias individuais que consta na Constituição Federal do Brasil de 1988 e no Direito Penal. Referente ao Direito Penal, é importante o tema pois esta ciência tutela apenas os bens mais importantes da sociedade brasileira, sendo assim a *ultima ratio*. Em virtude disso, o artigo visa analisar a bibliografia em Direito Penal para verificar a efetividade dele neste fato típico.

Palavras-Chave: Trabalho Análogo à Escravidão. Direito Penal. Liberdade de Fato. Aplicabilidade da norma penal.

Sumário: 1. Introdução - 2. Contexto Histórico da Escravidão e sua Atual Situação no Brasil: 2.1. Contexto Histórico da Escravidão até a Regularização dos Direitos Trabalhista; 2.2. Atual Situação do Trabalho Análogo à Escravidão no Brasil; 3. Atual Situação do Trabalho Análogo à Escravidão no Brasil; 4. Proteção Contra o Trabalho Análogo à Escravidão na Constituição e no Direito Internacional; 5. Tipificação do Trabalho Análogo à Escravidão no Código Penal Brasileiro e a sua Aplicabilidade no Brasil; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho análogo à escravidão é uma violação dos Direitos Humanos que assola o mundo, segundo historiadores este crime começou mais ou menos entre final

²³⁰Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus; estagiária no Tribunal de Justiça de Manaus de 2021 – 2021; nayarasantosds@hotmail.com: opcional.

da idade pré-histórica e início da idade média. Segundo dados da ONU, são 24,9 (vinte e quatro vírgula nove) milhões de pessoas em condição de trabalho análogo à escravidão no mundo. Já no Brasil, em 2020, foram 942 (novecentos e quarenta e duas) pessoas resgatadas de trabalho análogo à escravidão.

É importante ressaltar que o Brasil não reconhece a condição de escravidão ou escravidão moderna, sendo apenas reconhecido condição análogo à escravidão. O objeto jurídico protegido dessa ação é a liberdade em sentido amplo, a qual é tutelada no Brasil através dos tratados internacionais, Constituição Federal do Brasil, Código Penal e Consolidação das Leis Trabalhistas. Este trabalho refere-se especialmente ao Direito Penal Brasileiro.

O trabalho análogo à escravidão submete a vítima a situação de trabalho degradante e de humilhação, é caracterizado quando não há salário; quando há retenção da carteira de trabalho; quando submete a vítima à serviço sem ter qualquer equipamento de proteção individual; quando as vítimas são sequestradas e obrigadas a trabalhar e morar em lugares imundos, sem disponibilizar de alimentos ou água potável. Nesta circunstância, quando as vítimas recusam a fazer algo, sofrem sanções que muitas vezes levam à morte.

O presente artigo trata de uma pesquisa para verificar a eficácia da ferramenta jurídica do Direito Penal para o combate do trabalho análogo à escravidão. Apresentar-se-á assim o contexto histórico desse crime e os fatores que ajudam na sua prática.

2.CONTEXTO HISTÓRICO DA ESCRAVIDÃO E SUA ATUAL SITUAÇÃO NO BRASIL

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO DA ESCRAVIDÃO ATÉ A REGULARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

A palavra Trabalho possui origem latim *tripalium* ou *trepalium*, que era um instrumento de tortura que de três (*tri*) estaca de pau (*palus*), ao longo do tempo tal modalidade de tortura foi desaparecendo dando assim lugar a outros tipos, então a palavra *tripalium* ou *trepalium* foi ficando em alguns lugares com significado de tormento, agonia ou sofrimento. E por um bom tempo o trabalho foi algo vergonhoso e indigno para o “homem pensante”, como será explanado nos próximos parágrafos, portanto começaram a passar o exercício do trabalho para os escravos, já que eles não eram considerados humanos e assim aptos para esta “vergonha”.

Na idade média o que servia para fundamentar a escravidão eram ideias jurídicas da Roma, literaturas filosóficas e econômicas gregas e latinas. Para Aristóteles, alguns homens nasciam para serem senhores, já outros para serem escravo. A condição de escravo era designada pelo nascimento, ou seja, era algo inerente do próprio escravo. Este deveria contribuir para a sociedade com sua própria natureza, usando

assim seu corpo para servir os senhores. Já para o filósofo Varrão, o escravo é considerado apenas um instrumento de trabalho.

Era frequente e comum que as leis que tratavam de animais tratassem também dos escravos, por exemplo a *lex Aquilia*, que estabeleceu a mesma pena para conduta de matar um escravo e a conduta de matar um animal. Essa situação é como se pegassem os direitos personalíssimos e colocassem no capítulo “Das Coisas” do Direito Civil brasileiro.

No período feudal, os servos moravam em propriedade dos senhores feudais, aqueles viviam de agricultura e pagavam um imposto a estes. Os servos não podiam sair da propriedade dos senhores sem autorização, logo não havia liberdade.

Na revolução industrial quando a população do campo começou a migrar para cidade em busca de emprego e melhores condições de vida, a consequência foi uma grande massa da população nas cidades fazendo com que houvesse grande mão de obra e poucas oportunidades de emprego. Em vista a tudo isso, as condições proporcionadas nas empresas de trabalho eram totalmente indignas, não havia idade mínima para trabalhar, não havia salário mínimo, não havia segurança mínima, o horário de trabalho chegava a 16 horas, o único mínimo que havia era o valor que os chefes das indústrias tentavam gastar com os operários. As consequências disso foram diversas mortes e acidentes ocasionadas no labor.

Diante dessa situação começou a surgir manifestações dos trabalhadores para melhores condições de trabalho, em virtude disso, começou a surgir, de forma branda, as leis trabalhistas. Em 1802, na Inglaterra por iniciativa do ministro Robert Peel, criou-se a “**Moral and Health Act**” que estabeleceu duração máxima de 12 (doze) horas e proibição de trabalho noturno, ambas modificações ocorreram na seara do trabalho infantil. Ressalta-se que mesmo diante de todo avanço do direito trabalhista ocorrido no mundo a partir de 1802, o Brasil somente aboliu a escravidão em 1888 por meio da Lei Áurea.

Em 1912 foi criada a Confederação Brasileira do Trabalho (CBT), realizado entre 7 e 15 de novembro, onde tratou de assuntos referentes à jornada de oito horas, trabalho semanal de seis dias, construção de casas para operários, indenização para acidentes de trabalho, limitação da jornada de trabalho para mulheres e menores de quatorze anos, contratos coletivos ao invés de contratos individuais, seguro obrigatório para os casos de doenças, pensão para velhice, fixação de salário mínimo, reforma dos impostos públicos e obrigatoriedade da instrução primária.

A primeira Constituição Federal do Brasil de 1934 abordou referente à liberdade sindical e instituiu o salário mínimo, jornada de trabalho de oito horas, repouso semanal, as férias anuais remuneradas e a indenização por dispensa sem justa causa.

A Constituição de 1937 manteve os direitos mencionados no parágrafo anterior. Em 1943 o presidente Getúlio Vargas, sancionou a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT com vigências até os dias atuais, a qual unificou todas as leis trabalhistas vigentes na época em uma só lei. Seu objetivo foi regulamentar a relação de trabalho garantindo assim a eficácia de sua aplicação.

Mas foi na Constituição Federal de 1988 (CF/88) que houve um maior cuidado com os direitos trabalhistas, vejamos o comentário emanado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região publicado no jusbrasil no ano de 2013:

“Dentre os muitos avanços propostos pela Constituição Cidadã, como foi denominada, destaca-se a proteção contra a despedida arbitrária, ou sem justa causa; piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho prestado; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias, licença-paternidade; irreduzibilidade salarial e limitação da jornada de trabalho para 8 horas diárias e 44 semanais. Destaque-se, também, a proibição de qualquer tipo de discriminação quanto a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.”

Atualmente, no art. 1º, inciso IV, da CF/88, é elencado como uns dos fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho. E do art. 6º ao 11º encontra-se o capítulo denominado “Dos Direitos Sociais” que trata das relações trabalhistas. Nota-se que o trabalho não é mais visto como vergonha, sofrimento, tormento ou agonia, mas sim como um direito de cada indivíduo, havendo a devida regularização dessa relação pelo Estado.

2.2. ATUAL SITUAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NO BRASIL

Em 2020 foram 942 (novecentos e quarenta e duas) pessoas resgatadas de trabalho análogo à escravidão no Brasil, sendo 580 (quinhentos e oitenta) pessoas na zona rural e 362 (trezentos e sessenta e dois) na zona urbana. Houve uma queda comparada com 2019 que foram resgatadas 1.130 (um mil, cento e trinta pessoas).

De 1995 a 2020 foram 55.712 (cinquenta e cinco mil, setecentas e doze) pessoas resgatadas de trabalho análogo à escravidão, sendo 43.234 (quarenta e três mil, duzentas e trinta e quatro) na zona rural e 12.478 (doze mil, quatrocentos e setenta e oito) na zona urbana. Minas Gerais tem o maior número de trabalho análogo à escravidão: com 29 (vinte e nove) vítimas resgatadas em 2020. Todos esses dados estão

disponíveis no Painel de Informações e Estatística da Inspeção do Trabalho no Brasil, disponível em <<https://sit.trabalho.gov.br/radar/#>>.

No dia 08/12/2020, no município de Lucianópolis, interior de São Paulo, foram resgatados 18 (dezoitos) trabalhadores em situação análoga à escravidão, as vítimas eram oriundas de São Paulo, Sergipe e Piauí.

Um caso que ficou bastante conhecido foi da Madalena, que aos 8 (oito) anos até 46 (quarenta e seis) anos de idade, foi submetida à trabalho análogo à escravidão por uma família, perfazendo 38 (trinta e oito) anos. Maria das Graças Milagres Ribeiro, adotou ilegalmente a Madalena, a partir daí foi retirada da escola e começou a trabalhar em tarefas domésticas para a família Milagres Ribeiro. Após 24 (vinte e quatro) anos, a vítima começou a ser rejeitada pelo marido da Maria das Graças, o qual era agressivo, então a enviaram para o filho Dalton Ribeiro, como se serva fosse. Quando foi no dia 24/04/2020, Madalena Gordiano foi resgatada após denúncia dos vizinhos.

O quarto que ela vivia tinha menos de 3 (três) metros de comprimento por 2 (dois) de largura, abafado e sem ventilação. Começava a trabalhar a partir das 4 (quatro) horas da manhã, não tinha salário, férias, folgas, não usufruía de feriados ou de qualquer outra verba trabalhista. Era privada de se comunicar com os vizinhos, precisava fazer bilhetes e entregar escondido para estes, pedindo-lhes produtos básicos de higiene.

É importante lembrar também uma outra situação concreta de repercussão mundial de trabalho análogo à escravo no Pará, norte do Brasil: a Fazenda Brasil Verde versus Brasil, em que o Brasil foi o primeiro País condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão judicial cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana), a pagar a cada uma das 128 (cento e vinte e oito) vítimas resgatadas de trabalho análogo à escravidão na Fazenda Brasil Verde nos anos entre 1997 a 2002.

Esse processo durou na corte cerca de 3 (três) anos, já no Poder Judiciário do Brasil, o processo que tratou desse caso perdurou por cerca de 10 (dez) anos até que a Justiça Federal declarou extinto o processo em virtude de prescrição, saindo assim os responsáveis impunes, dando, portanto, ensejo para que ocorresse apreciação dessa situação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Destaca-se que as denúncias ao Pastoral da Terra ocorreram a partir de 1988 e foram realizadas fiscalizações em 7 (sete) anos, que foram: 1989, 1992, 1993, 1997, 1999 e 2000.

O principal perfil de vítimas é de 75% (setenta e sete por cento) que possui ensino fundamental, 2,7% (dois virgula sete por cento) que completaram o 5º ano; referente aos gêneros: os homens são de 94,9% (noventa e quatro, virgula nove por cento), entre os de idade dos 19 (dezenove) aos 41 (quarenta e um) que são 93,2%

(noventa e três por cento), dados retirados do Trabalho escravo em face do ordenamento jurídico brasileiro, da biblioteca digital da PUC-SP, disponível no < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21993>> página 50.

As vítimas normalmente são convidadas para trabalhar em lugares longe de sua morada, lugares de difícil acesso e/ou rodeada da floresta e chegando nesses locais se deparam que foram enganadas. Nessas situações não é concedido direitos básicos como água, comida, horário de trabalho dentro dos ditames da lei, ou até mesmo equipamento de proteção individual, com isso qualquer acidente que não causaria danos grandes com o uso do EPI, pode levar à morte.

Além das vítimas serem obrigadas a trabalhar, tudo que eles usarem ou consumirem são anotados em um caderno pelos fazendeiros/empreiteiros e descontado no "salário". No final do mês, há a ocorrência de uma dívida grande entre o trabalhador e o patrão, do que um salário. Essa espécie de trabalho análogo à escravidão se chama **truck-system** ou sistema do barracão.

Além disso, também são retidos os documentos pessoais das vítimas, se ainda tentarem fugir, o castigo se for pego, é a morte. Normalmente as vítimas são obrigadas a trabalhar 12 (dozes) horas por dia e 6 (seis) vezes por semana. Assim o autor do crime dessocializa e despersonaliza a vítima.

3.PROTEÇÃO CONTRA O TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NA CONSTITUIÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL

A Constituição Federal do Brasil de 1988, consagra como um dos seus princípios a Dignidade da Pessoa Humana, decorrendo ao longo dos seus artigos quais são os principais Direitos Inerentes à Dignidade Humana, vedando qualquer obrigação à pessoa humana senão em virtude de lei e garantindo um trabalho digno com justa remuneração.

No artigo 6º da Carta Magna diz que o trabalho é um Direito Social, além disso, no artigo 7º possui um rol explicativo dos Direitos dos Trabalhadores, sejam eles urbanos ou rurais. E no art. 170 consta a proteção e a valorização do trabalho com objetivo de assegurar uma vida digna a todos. É notório que a Carta Magna do Brasil protege o trabalhador de toda e qualquer violação de direito trabalhista, visando assim alcançar os objetivos nela prevista.

Quanto à Declaração Universal dos Direitos Humanos, esta assegura a liberdade humana. É previsto a proteção à dignidade da pessoa humana no art. I, proteção à liberdade nos arts. II, III, XVIII, XIX e XX, proibição da escravidão ou servidão - art. IV, proibição de tortura - art. V etc.

Verifica-se que a Declaração no art. I, garante a dignidade da pessoa pelo simples fato de ser uma pessoa humana, porém, ainda discorreu referente à dignidade da pessoa humana ao direito em viver em paz, poder se divertir, se expressar, se locomover, constituir uma família, possuir um trabalho e ter uma remuneração justa por isso, não ser submetido a tratamento desumano, independente de sua raça, sexo ou nacionalidade.

Ademais, o art. 4º da Declaração dispõe referente ao trabalho escravo ou análogo à escravo, garantindo que ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos. Nesse sentido, reflete uma proteção à humanidade, para que seja desenvolvido no mundo uma relação de trabalho saudável, proporcionando condição digna de trabalho e vida, buscando vedar a coisificação das pessoas, respeitando assim os direitos coletivos e individuais de cada pessoa.

4. TIPIFICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E A SUA APLICABILIDADE NO BRASIL

O Código Penal de 1940 previu no título das liberdades individuais o art. 149 que tipifica o crime de impor a alguém a condição análoga à de escravo. A escravidão atualmente é uma situação de Direito que o Brasil não reconhece, logo é considerado um fato inexistente no país, mas é reconhecida situações que se assemelham à escravidão, pois sua liberdade de direito ainda continua existindo, porém, a liberdade de fato é violada. Nesse sentido, o atual Código Penal Brasileiro tipifica a conduta de submeter pessoa à trabalho análogo à escravidão, no supramencionado artigo, tornando-se assim uma das ferramentas mais importante para o combate de tal prática no Brasil:

Art. 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Como visto, tal crime pode ser praticado de várias formas, quando realizado mediante submissão é caracterizado por duas situações: a primeira, quando a vítima não oferece resistência em virtude de imposição de violência, ameaça ou fraude; já a segunda, quando a vítima é submetida a trabalho até exaustão física sem qualquer intervalo.

Quando realizado mediante à sujeição a condições degradantes de trabalho: nesta situação ocorre na relação trabalhista, quando o empregado é obrigado a trabalhar em condições desumanas sem que haja a possibilidade de interrupção voluntária da relação.

Por fim, o crime pode ser praticado também mediante restrição, por qualquer meio, da locomoção do indivíduo em razão de dívida contraída com empregador ou preposto; acontece quando a vítima tem cerceamento de sua liberdade até o pagamento de dívida em face do patrão ou preposto, no **truck-system/sistema de barracão**.

No §1º, incisos I e II do art. 149, há as figuras equiparadas ao crime que quando praticadas, incorrem nas mesmas penas do caput do referido artigo. A primeira é o ato de cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho, podendo essa conduta ser realizada pelo empregador ou qualquer uma pessoa a mando dele; a vítima tem a vontade de sair, todavia, todos os meios de transporte estão retidos. Já a segunda, é manter em vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. Em ambas as condutas há dolo específico de manter a vítima no local de trabalho.

Este crime de impor o trabalho análogo à escravidão, trata-se de uma Ação Penal Pública Incondicionada, é doloso, não admite forma culposa e possui forma vinculada. Tem por objeto jurídico a liberdade em seu sentido amplo, ***status Libertatis***, é um crime comum, permanente e permite tentativas, podendo a vítima ou autor ser qualquer pessoa, mas é causa de aumento de pena (pela metade) se a vítima for criança, adolescente ou for praticado por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (parágrafo 2º, incisos I e II, art. 149, CP), possível o flagrante enquanto permanecer a submissão.

Ressalta-se que o dolo é a vontade consciente de submeter a vítima em seu poder, de maneira que tire a liberdade de fato dela.

Por muito tempo foi considerado crime de ação livre, ou seja, não havia condutas específicas para caracterizar o crime, sendo necessário análise do magistrado no caso concreto para verificar a existência ou inexistência do trabalho análogo à escravidão. Mas com advento da Lei 3.803/2003 foi tipificado taxativamente as condutas quais caracteriza submeter outrem ao trabalho análogo à escravidão, quais sejam: submeter outrem a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Desse modo o trabalho análogo à escravidão se apresenta de duas formas, qual seja: trabalho forçado e realizado em condições degradantes.

Sua consumação ocorre quando a vítima é reduzida à condição análoga à escravidão, ou seja, basta ocorrer qualquer um dos fatos descritos no parágrafo anterior. Já a tentativa é caracterizada quando emprega os meios necessário para sua consumação, mas por circunstâncias alheias a sua vontade não obtém êxito.

O Código Penal também prevê os crimes de atrair trabalhadores com promessas de trabalho ou qualquer outra forma fraudulenta com objetivo de levá-los para outro país, caracterizando a conduta tipificada no art. 206 do CPP, bem como, o ato de aliciar trabalhadores com objetivo de levá-los para outro local do território brasileiro, caracteriza a tipificação do art. 207 do CPP. Mas em ambos os casos a vontade consciente do agente é a emigração e migração respectivamente, não havendo o dolo de submeter o indivíduo em situações análogas à escravidão. Além disso para a consumação dos crimes descritos acima, não se faz necessária a prática de maus-tratos ou sofrimentos ao sujeito passivo (RJTJSP 39/286 e 39/386).

Ao passo que o trabalho análogo à escravidão caracteriza-se quando uma pessoa é coisificada e retiram de si a sua liberdade, sendo obrigada a trabalhar para aquele que o ameaça, sua mão de obra é retirada forçadamente.

A competência para processar e julgar crimes de redução análogo à escravidão, em regra, é da Justiça Estadual, salvo nos casos em que é denunciado junto com um dos crimes contra a organização do trabalho. Pois na segunda situação, viola direitos coletivos do trabalho, diferente do primeiro que viola direitos de uma pessoa ou um determinado grupo. Estando sujeito também ao procedimento ordinário em razão da pena máxima ser superior a quatro anos de pena privativa de liberdade (CPP, art. 394, § 1º, I).

O professor da instituição e co-fundador do Instituto Administração Judicial Aplicada, Carlos Hadda, realizou uma pesquisa em 1.464 (mil quatrocentos e sessenta e quatro) processos criminais e 432 (quatrocentos e trinta e duas) ações civis. Na esfera criminal, verificou que foram 2.679 (dois mil e seiscentos e setenta e nove) denunciados, sendo condenados apenas 122 (cento e vinte e dois), podendo ainda sofrer prescrição em virtude da demora dos procedimentos judiciais; 1.022 (mil e vinte e dois), ou seja, 46% dos acusados foram absolvidos por insuficiência de provas.

Os motivos das absolvições se dão em razão das dificuldades na comprovação do delito, ausência na comprovação do dolo e da grande demora na função judiciária. As teses mais usadas para absolvição é ausência de prova da restrição de liberdade, ausência da prova do dolo, ausência de ofensa à dignidade do trabalhador, entre outros. Os acordos, denominados de Termos de Ajustamentos de Conduta, realizados entre o Ministério Público e o empregador com a finalidade de deixar de responsabilizar criminalmente para cumprir determinados cumprimentos de exigência extrajudiciais, tem contribuído também para a não responsabilização criminal.

As ausências de provas para condenação decorrem também pela degradação da prova ao longo dos tempos, da dificuldade de provar o dolo e principalmente da complexidade dos processos quando há mais de 3 (três) réus que os tribunais têm para tramitar.

Diante do exposto, é possível afirmar que a impunidade na esfera criminal tem contribuído para realização do fato típico. Pois não basta apenas que os verbos do fato estejam tipificados com as devidas penas cominadas, se na seara processual não há trâmite processual com a devida eficácia para a sociedade.

5. CONCLUSÃO

Desse modo é possível afirmar que o Direito Penal possui uma grande relevância em relação ao combate em face do trabalho análogo à escravidão. Todavia, sua aplicabilidade nos processos ainda está fraca em virtude da deficiência do Estado em dirigir a máquina judiciária. Resultando em sensação de impunidade para sociedade, trazendo uma maior insegurança em relação ao papel estatal.

Mas enquanto o Estado não fornece um maior auxílio para o judiciário lidar com a alta demanda processual, indica-se algumas soluções:

Para que ocorra a efetividade do processo penal, referente aos crimes de trabalho análogo à escravidão, é necessário que se dê uma maior prioridade para julgamento, visto que muitas provas são perdidas ao longo do trâmite processual.

E nos casos de processos complexos, em virtude de haver mais de 2 (dois) réus, é necessário por parte do magistrado uma análise do caso concreto, e, constatando que os réus estão em fases processuais muito diferentes, ao ponto de prejudicar a efetividade no andamento do processo, que seja determinado o desmembramento dos autos processuais.

Por parte do *custos legis*, é preciso que venha tentar buscar meios que possam tornar cada vez mais eficaz a comprovação do dolo, para que a sentença não seja fundamentada na absolvição do acusado em virtude da ausência de dolo ou de outras provas. Um dos meios poderia ser a designação de um servidor para analisar os processos que tratam de trabalho análogo à escravidão a cada 3 (três) meses, verificando assim se o andamento processual está tendo celeridade.

Também é necessário tentar manter uma base de dados de endereço e telefone atualizado das testemunhas, para quando for necessário a oitiva, o mandado de intimação não retorne com ato negativo e assim o juízo deixe de ouvir elas.

Quantos aos possíveis laudos que possam comprovar o delito, é essencial que seja oficiado o instituto competente para realizar o laudo no local ou objeto do delito,

pois caso ocorra demora nesse procedimento, pode acarretar a perda da comprovação. Desse modo, deve ser requerido a realização do laudo logo no inquérito policial, devendo ser cumprido logo de imediato, sendo esse fato mais um motivo para que se conceda prioridade processual.

Vê-se que são soluções baseadas em atos simples, porém sua aplicabilidade poderá dar uma maior efetividade aos processos criminais que julgam os crime de trabalho análogo à escravidão, ensejando uma resposta não só à sociedade quanto à segurança da efetividade da norma penal, como também, e principalmente, às vítimas.

“O trabalho análogo à escravidão viola a dignidade da pessoa, retira o Direito da liberdade e assim fere o Estado Democrático de Direito”. - Nayara Sá

REFERÊNCIAS

Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. **História: A criação da CLT.** Jusbrasil. 2013. Disponível em: < <https://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/100474551/historia-a-criacao-da-clt#:~:text=Dentre%20os%20muitos%20avan%C3%A7os%20propostos,a%20dura%C3%A7%C3%A3o%20de%20120%20dias%2C>>. Acesso em 02/02/2021.

ZUARDI, Júlia do Rosário; BENTES, Dorinethe; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **O trabalho escravo contemporâneo: uma análise do caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil e da escravidão na Região Norte do Brasil = Contemporary slave work: an analysis of case workers of the Brazilian Green Farm versus Brazil and slavery in the Northern Region of Brazil.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 85, n. 2, p. 116-129, abr./jun. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal parte especial (arts. 121 ao 361) I.** 8. ed. rev., ampl. e atual. - salvador: JusPODIVM, 2016, página 213/217.

BRITO Filho, José Claudio Monteiro de; GARCIA, Anna Marcella Mendes. **Trabalho escravo na amazônia paraense: faces da exploração do trabalhador.** In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

HELENE, Mariana Vieira. Biblioteca – PUC. **O crime de trabalho escravo contemporâneo em face do ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo 2018. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21993>>. Acesso em: 08.10.2020

SHUQUEL, Thayná, **Em 11 anos, só 4,2% dos acusados foram condenados por explorar trabalho escravo.** Metrôpoles. 03/02/2021. Disponível em:

<<https://www.metropoles.com/brasil/justica/em-11-anos-apenas-42-foram-condenados-por-empregar-em-regime-de-trabalho-escravo>>. Acesso em 24/03/2021.

PINTAR, Marcos Alves. **Pouca produção acadêmica explica as poucas condenações por trabalho escravo**. Revista Consultor Jurídico. 28/01/2020. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/desconhecimento-explica-baixas-condenacoes-trabalho-escravo>> . Acesso em 04/03/2021.

PAMPOLHA, Alessandro Matos. **TRABALHO ESCRAVO E ANÁLOGO NA AMAZÔNIA E SUAS ATUAIS REPERCUSÕES JURÍDICAS**. Passei Direto. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/43224535/trabalho-analogo-a-escravidao-na-amazonia>>. Acesso em 08/10/2020.

REIS, Ana Laura. **O Trabalho Análogo à Escravidão e a Concepção de Dignidade do Trabalho**. UNIJUÍ. 16.08.2018. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/5174>> . Acesso 20/03/2021.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONFLITO DE COMPETÊNCIA E O EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

INGRID LOPES GAMA: Graduanda do
Curso de Direito – ULBRA/MANAUS

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO²³¹

(orientador)

RESUMO: Uma vez que a degradação ao meio ambiente acontece em lugares diversos, nesse sentido é necessário definir a competência dos entes políticos competentes, visto isso tal competência está prevista nos termos dos artigos. 22 a 24 da CF/88, já que impõe ao poder pública a obrigatoriedade da proteção ao meio ambiente conforme prevê o artigo. 225 da Carta Magna vigente. Deste modo a União, Estado ou Município pode aplicar tais penalidades com auxílio do poder de polícia previsto no artigo. 78 do Código Tributário Nacional, com amparo na lei de crimes ambientais 9.605/98. Não importando quem seja o agente causador do dano, podendo ser pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, pois deverá ser punido na forma desta lei.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública – Poder de polícia – Direito ambiental- CF/88 – Competência.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Referencial teórico. 2.1 Breve conceito sobre administração pública. 2.2 Conflitos de competência ambiental. 2.3 Da proteção ao meio ambiente na Carta Magna de 1988. 2.4 O poder de polícia do meio ambiente e sua aplicação na lei ambiental. 3. Considerações finais. 4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não há como negar que atualmente o meio ambiente esteja passando por momentos difíceis como desmatamento, poluição, degradação, falta de saneamento e outros malefícios. Deste modo é sabido também que o homem está à frente disso, encabeçando esse colapso.

Deste modo, verifica-se que é necessário proteger ao meio ambiente. Nesse aspecto a Constituição Federal de 1988, prevê a proteção ao meio ambiente, dispondo que o mesmo deve ser protegido, nos termos do artigo. 225 da CF/88, pois

²³¹ Armando de Souza Negrão, Orientador do Curso de Direito– ULBRA/MANAUS –E-

responsabiliza tanto as pessoas quanto aos órgãos públicos, deixando este último na incumbência de cuidar, zelar, administrar e fiscalizar aplicando as leis ambientais.

No entanto, é possível observar que a administração pública deve fiscalizar no âmbito de sua competência, impondo o seu poder de polícia ambiental no que diz respeito às questões ambientais.

Irá ser abordado sobre a administração pública, o conflito de competência e o exercício de do poder de polícia ambiental. Quanto à problemática, tendo em vista que os crimes ambientais podem ocorrer em diversos lugares, com competência diversa, questiona-se qual ente político deve aplicar as lei em caso de crime ambiental ?

Sobre os objetivos será verificar e avaliar na constituição federal e lei específica as competências em matéria ambiental, bem como descrever a respeito do poder de polícia e aplicação da lei de crimes ambientais.

Ao longo do trabalho será abordado sobre a administração pública, o conflito de competência ambiental e sua aplicação da lei ambiental.

Quanto a metodologia fora feita pesquisa bibliográfica, no qual utilizou-se de artigos, livros, leis e doutrina todos referente ao tema, já no que diz respeito ao método utilizou-se o dedutivo, pois ao longo da pesquisa fora colhida informações, debruçando a respeito no qual tirou-se observações e a conclusão sobre o dado tema.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 BREVES CONCEITOS SOBRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública pode ser compreendida como a reunião de vários órgãos que através de seus agentes trabalham para o Estado, que este em prol da sociedade gerência as questões públicas para a sociedade, como saúde, educação, segurança e demais.

Ainda pode-se dizer que a administração pública, se notabiliza pelo regramento e normas previsto na legislação que compele ao Estado através de órgão pelos seus agentes a satisfação e realização de atividades públicas e necessária a sociedade.

Para Gregorius:

Em síntese, pode-se defini-la como sendo o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta,

direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado. (GREGORIUS, 2015, p.01)

De acordo com Loyola e Neves, (2016) a administração pública tem como primordial a preservação do interesse da coletividade pelo estado através de seus órgão e agentes, assim seus atos administrativos e suas limitações são previamente ordenadas.

No que diz respeito aos seus objetivos, tem-se a realização do serviço público em prol da sociedade, no qual inclui educação, saúde, segurança. As entidades públicas realizam e desenvolvem atividade administrativa quer seja de forma direta, indireta, esta desejada pelo Estado.

Conforme aduz Di Pietro:

Tem por objeto órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a administração pública, a atividade não contenciosa que exerce e os bens que se utiliza para a consecução de seus fins de natureza pública. (DI PIETRO, 2017, p.45)

2.2 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA AMBIENTAL

A respeito dessa questão, deve ser lido e interpretado alguns artigos da CF/88, uma vez que eles definem a competência de cada ente político no que diz respeito a questão ambiental, tanto para legislar e administrar, ou seja, tal competência é compreendida como comum, privativa ou suplementar. Veja-se:

CF/88.Art. 22. Compete **privativamente à União** legislar sobre:[...]

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Como descrito acima, verifica-se há uma série de ramo do direito que somente a União pode legislar. Porém o paragrafo único do citado artigo, prevê que é possível sua delegação e suplementação dessa competência ao Estados também.

Já sobre a competência comum, prevê o artigo. 23 da Constituição Federal vigente.

CF/88.Art. 23. É **competência comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Aqui se verifica que há a chamada competência comum onde os entes políticos devem combater, proteger, zelar pelo meio ambiente. No entanto mais a diante nos termos do artigo. 24 caput e seu paragrafo 2. da CF/88, tem-se a competência concorrente bem como a suplementar revela quem pode legislar e aplicar suas sanções.

CF/88.Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar **concorrentemente** sobre:

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a **competência suplementar** dos Estados.

De maneira específica a lei federal n.6.938/81, prevê sobre a competência ambiental. No qual tem-se o sistema chamado Sisnama (sistema nacional do meio ambiente) que é composto por:

Art 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o

Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

I - órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais.

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

III – [...]

O CONAMA é um dos órgãos do governo que atua na questão de consultas e deliberações do Sisnama. Este órgão trabalha como assessor, sendo que suas atividades ainda consistem em estudos e direcionamento do que o governo deve fazer com relação a questão de política voltada ao meio ambiente. É importante salientar ainda que o mesmo tem competência para criar normas.

Art 6º [...].IV - órgãos executores: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, com a finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências;

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições.

Tendo em vista a competência dos entes políticos, é interessante o entendimento do Tribunal de Justiça Sergipano. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AMBIENTAL - COMPETÊNCIA COMUM DE TODOS OS ENTES FEDERATIVOS - INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA COM A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA NA JUSTIÇA FEDERAL- COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - DESNECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO - NULIDADE DE CITAÇÃO NÃO CONFIGURADA - DANO AMBIENTAL VERIFICADO - LANÇAMENTO IN NATURA DE ESGOTO – POLUIÇÃO – OBRIGAÇÃO DE PREVINIR E REPARAR O DANO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – QUANDO HOUVER CONFLITO, DEVE SER INTERPRETADO DE ACORDO COM A LEI **6.938/8. ARTIGO.6.**PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO APELO. (Apelação Cível nº 201900822962 nº único0001666-22.2015.8.25.0072 - 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator (a): Luiz Antônio Araújo Mendonça - Julgado em 19/11/2019)

(TJ-SE - AC: 00016662220158250072, Relator: Luiz Antônio Araújo Mendonça, Data de Julgamento: 19/11/2019, 2ª CÂMARA CÍVEL)

Como visto acima, no que diz respeito tanto à legislação ambiental específica quanto a Constituição Federal vigente, além do entendimento dos tribunais, leva em conta a lei ambiental para dirimir conflitos, verifica-se que a União estabelecerá leis gerais, no qual o Estado estabelecerá as suas desde que respeite a da União, que na ausência da lei federal poderá exercer capacidade plena, porém havendo lei federal posterior, deve a lei estadual ser suspensa no que for contrário a lei federal. Vale lembrar que o município pode legislar também sobre seu interesse local de maneira complementar a lei estadual e a federal nos termos do artigo 30, inciso II da CF/88 e do artigo 6 da lei específica.

2.3 DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NA CARTA MAGNA DE 1988

No que diz respeito à proteção ao meio ambiente, o legislador de 1988, resguardar esse direito, aduzindo sobre o reconhecimento a um meio ambiente sadio como uma comparação ao direito à vida, seja ela pela dignidade da existência, e sua importância em aspectos físicos para todos os seres humanos, devendo ser

preservado a fauna e flora em todos seus aspectos. Quanto à questão a CF/88, aduz que:

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.[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Dai percebe-se que o meio ambiente deve ser preservado não apenas pelo poder público mais pela população em geral, porém revela-se que os estados e seus órgãos ficarão responsáveis. Veja-se:

Art. 225.[..]

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] [...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

Para Loyola e Neves, (2016) no que tange ao meio ambiente previsto na Constituição Federal de 1988, isso elevou essa categoria de direito fundamental, como uma extensão e comparação do direito a vida. Já que reconhece características próprias aos valores ambientais, no qual o legislador desvinculou o meio ambiente do instituto da posse e propriedade, trazendo fundamentos primários a compreensão do tema.

2.4 O PODER DE POLÍCIA DO MEIO AMBIENTE E SUA APLICAÇÃO NA LEI AMBIENTAL

Ante ao tema é importante explicar que a Carta Magna vigente, além de trazer todo arcabouço de proteção ao meio ambiente e elevando a categoria de direito fundamental, vale ressaltar também que a mesma trás consigo a responsabilização do agente causador, tanto na esfera civil, penal e administrativa. Veja-se:

Art. 225.[..]

§ 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.

Nesse sentido, aduz Loyola e Neves:

O artigo.225, parágrafo 3, da CF/88, previu ao poluidor [...] a tríplice responsabilização: civil, penal e administrativa, consagrando a regra da cumulatividade das sanções, não havendo que se falar em bis in idem, até porque tais sanções, além de protegerem objetos distintos, estão sujeitas ao regime jurídicos diversos. (LOYOLA e NEVES, 2016, p.1341).

Como visto acima uma vez que devem ser aplicadas tais punições a estes agentes que trazer prejuízo ao meio ambiente, fez-se necessário além da lei amparadora o cumprimento e fiscalização pelo agente público através dos órgãos responsáveis, bem como o auxílio do poder de polícia no qual será abordado a seguir.

O poder de polícia pode ser compreendido como o instrumento previsto na lei que regulamenta e dá o direito a Administração Pública de regular, restringir conduzir, direcionar atividades e demais em prol da coletividade, ou seja, do interesse de todos, deste modo pode-se compreender que o poder de polícia é a supremacia do interesse público sobre o particular.

De acordo com a doutrina de Loyola e Neves, (2016), o poder de polícia é aquele que dispõe a administração para conduzir, restringir, frenar atividades e direitos de particulares para a preservação dos interesses da coletividade.

Ainda a respeito, Loyola e Neves, avaliam que:

O fundamento maior de seu uso é a supremacia do interesse público sobre o particular. [...] o poder de polícia se se manifesta por meio de atos gerais e específicos. Gerais: destina-se a todos os indivíduos. Ex: lei de inspeção veicular.

Atos específicos: destina-se a um ou alguns indivíduos determinados. Ex: fechamento de estabelecimento pela vigilância sanitária e outros. Atenção: não deve ser confundido polícia administrativa com policial em sentido estrito. (LOYOLA e NEVES, 2016, p.1118).

Segundo Rossi, (2017), conceitua o instituto referido, como sendo a prerrogativa de direito público, que calcada na lei, autoriza a administração pública a restringir o uso e gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse coletivo. Ainda salienta-se que sua definição encontra-se amparo no Código Tributário Nacional, nos termos do artigo 78.

Assim com visto acima sua definição doutrinária, é importante frisar também, o seu conceito legal que deste modo, verifica-se o que diz o CTN, (Código Tributário Nacional), dispõe:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando 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.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Percebe-se que o poder de polícia limita a atuação do particular em nome do interesse público. Incide sobre a liberdade, a propriedade, sendo que não pode ser delegado para antes da iniciativa privada.

No tange ainda sobre o poder de polícia este auxilia no cumprimento das leis, seja através dos órgãos de fiscalização competente ou até mesmo em caso de denúncias, e no caso fático ressalta-se que estes agentes atuam cumprindo tais leis ambientais.

Nesse sentido para proteger e preservar o meio ambiente fora criada diversas leis no sentido de dar proteção e punir os responsáveis por infringir os regramentos pertinentes, nas quais destaca-se a lei de proteção ambiental que aplica limites e

punições penais para aqueles que desmatam, degradam, polui e outras ilegalidades. Quando pegos iram responder pelos atos com embasamento na Lei 9.605/98, artigo 2º e seguintes da Lei dos Crimes Ambientais, prevê:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminoso de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

No que diz respeito à apreensão e seu respectivo tipo de ação aduz a lei que:

Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

Art. 26. Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada.

No que tange os principais tipos de crimes ambientais prevê a flora, fauna e outras, no quais se destaca as principais como:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: [...]

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que

provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

Ainda ressalta-se que a lei ambiental no que diz respeito à infração foi bastante inteligente quanto a sua tipificação, bem como quem deve aplicar a tal norma. Observa-se:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

A respeito da infração administrativa Loyola e Neves, (2016), revela que estas são aplicadas nos limites estabelecidos na lei com o intuito de impor regras de condutas aqueles que também estão ligados ao âmbito do estado democrático de direito. As sanções administrativas estão juntas ao poder de polícia em quanta atividade da administração pública.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse artigo foi abordado sobre a administração pública, conflito de competência e o exercício de poder de polícia ambiental.

Seu objetivo foi verificar e avaliar na CF/88, bem como em lei específica a respeito da competência ambiental quanto à aplicação da lei, além discorrer sobre o poder de polícia e aplicação norma punitiva do meio ambiente.

Ainda no decorrer do trabalho foi explanado sobre o conceito de administração pública, que é o conjunto de órgãos que através de seus agentes trabalham para o Estado que este promove as questões públicas para a sociedade, como saúde, educação, segurança e demais.

Já na seção seguinte discorreu sobre o conflito de competência ambiental, pois a CF/88 bem como na lei específica prevê, quem é competente para aplicação da lei ambiental. Também mais a diante verificou-se o poder e policial e aplicação da lei ambiental que puni o infrator.

Sobre os objetivos estes foram cumpridos com êxito, pois como foi demonstrado no tópico específico. Sobre o conflito de competência ambiental tem sua previsão nos termos dos artigos. 22 a 24 e 30, inciso II, todos da CF/88, bem como artigo. 6. da lei 6.938/81, a União tem competência privativa para aplicar leis dentro dos limites em que assegura a lei maior e ordinária, ao Estado este estabelecerá as suas desde que respeite a da União, que na ausência da lei federal poderá exercer capacidade plena. Do mesmo modo que o município poderá adotar suas leis suplementares na ausência dos demais entes políticos.

Em relação ao meio ambiente, este tem amparo Constitucional com fundamento no artigo. 225 da CF/88, elevado a categoria de direito fundamental, devendo ser protegido e preservado com o rigor das leis pertinentes.

No que diz respeito ao poder de polícia tem seu fundamento nos termos do artigo. 78 do Código Tributário Nacional, aduzindo que a atividade deve ser desempenhada pelos órgãos fiscalizadores no qual deve cumprir a lei mandamental. Já a aplicação da lei de crimes ambientais, está previsto na Lei 9.605/98, em seu artigo 2º e seguintes, no qual deve ser seguido à risca pelo estado, município, união e sua administração, direta ou indireta, todas sem exceção têm obrigação mediante a lei aplicá-lo sob sua jurisdição.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Poder de polícia. Artigo.78. disponível em: Planalto.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. acesso em 16 de setembro de 2020 as 18 horas.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Artigos.23,23,24,37 e 225 da CF/88. Princípio da administração pública competência e direito ambiental proteção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15 setembro de 2020, as 14 horas.

COSTA Elisson Pereira. Poder de polícia ambiental e a administração pública. Revista Brasileira de direito constitucional. RBDC.n.16. julh/dez.2010.

DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editora Forense. São Paulo.2017.

GREGORIUS Marcio Rosni. Artigo: A administração pública e suas funções.disponível em: <https://marciorosni.jusbrasil.com.br/artigos/195654350/a-administracao-publica-e-suas-funcoes>. Acesso em 26 de outubro de 2020, as 12 horas.

JURISPRUDÊNCIA. Conflito de competência. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/783800028/apelacao-civel-ac-16662220158250072?ref=serp>. Acesso em 30 de outubro de 2020.

LOYOLA Kheyder, NEVES Bregalda. Doutrina esquematizada. 8.edição. Rideel, São Paulo.2016.

LICIANE Rossi. Direito administrativo. Esquematizado: Pedro Lenza. Editora Saraiva 2.ed. 2017. São Paulo.

LEI N.6.938/81. Política nacional do meio ambiente. Planalto. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em 15 de setembro de 2020, as 18 horas.

LEI DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 26 de outubro de 2020 as 10 horas.

PLANALTO. Constituição Federal. Proteção ao meio ambiente. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em outubro de 2020.

PORTILHO Fátima. Sustentabilidade Ambiental: Consumo e Cidadania. Editora Cortez. São Paulo. 2012.

PLANALTO. Leis de crimes ambientais. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em outubro de 2020.

RODRIGUES Marcelo Abelha. Direito ambiental esquematizado. 7.edição. Editora Saraiva. São Paulo.2020.

SARLET Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER Tiago. Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral. Editora Saraiva.São Paulo. 2014.

VADEMECUM. OAB. 17.Ed. Saraiva. São Paulo.2019.