BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1060

(Ano XIII)

(08/12/2021)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2021

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

A laboral é discricionária e fere o social?
Roberto Monteiro Pinho, 08.

ARTIGOS

Equipes conjuntas de investigação: instrumentalização probatória e macrocriminalidade organizada
Júnior da Silva Garcez, 10.

A responsabilidade civil no abandono digital sob a perspectiva das decisões do Superior Tribunal de Justiça
Ramila Rayara Vital Borges, 46.

A ordem pública como fundamento da prisão preventiva e sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência
Pamela Azevedo Santos e Sanmara Torres Ferreira, 72.

A (in)constitucionalidade da relativização do princípio da presunção de inocência a partir da prisão ex lege do artigo 492, I, e, do Código de Processo Penal
Wallas Da Silva Diasm e Mylena Menezes Ribeiro, 92.

A lei de importunação sexual e sua eficácia na sociedade
Carla Mirlene Lima Santos, 109.

Os efeitos do compliance no Direito do Trabalho
Catarina Oliveira da Silva, 123.

A prisão preventiva e o retrocesso às conquistas democráticas do sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988.
Jânia França, 137.

Nota fiscal eletrônica e as dificuldades de emissão
Angelica Aparecida Santos Brentan, 152.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Liberdade de imprensa x direito à privacidade
Ryane Munhoz de Almeida Costa, 166.

Contabilidade gerencial como ferramenta administrativa no processo de tomada de decisão para empresas de médio e pequeno porte
Elivânia Patrícia Carreta e Rosana Lima Cotrim, 180.

Guarda compartilhada: uma abordagem jurídica acerca da sua aplicação durante o período de pandemia
BRUNA PINTO SALES, 196.

Contratação direta em razão do valor - compras e serviços (art. 24, I e II da Lei 8.666/93)
Karoliny Ferreira Oliveira, 212.

Adoção interracial no sistema jurídico brasileiro
Heduarda Rodrigues Dias, 227.

O isolamento social e aumento da violência contra a mulher na pandemia
Lylliam Lopes dos Santos, 243.

Interpretação e sua importância no âmbito do Direito
Arquimedes Torres De Melo Revoredo, 261.

Investigação preliminar de homicídios
Paulo Gustavo Coelho Dias, 277.

Crime organizado e o poder de punir do Estado: Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC) x Estado
Caike Bruno Neres Noia, 305.

A responsabilidade civil do Estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde
Marcos Levi Francisco Lopes,314.

Biografias não autorizadas e direito de autor
Iris Natália Mendonça Barros, 326.

A eficácia das medidas socioeducativas nos casos de delitos cometidos por menores infratores
Otávio Luiz Duarte de Oliveira, 348.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A legislação ambiental e o papel do fiscalizador Ambiental no Tocantins
Karollyne Vieira Ribeiro, 371.

Guarda compartilhada entre genitores e avós em tempos de pandemia
Elane Lima Martins e Jenniffer Mariana Lopes de Oliveira E Silva, 382.

Ação popular na defesa do meio ambiente dos municípios
Mirela Cavichioli, 403.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A LABORAL É DISCRICIONÁRIA E FERE O SOCIAL?

ROBERTO MONTEIRO PINHO: jornalista, escritor e presidente da Associação Nacional e Internacional de Imprensa - ANI.

Operadores do Direito admitem que deixou de existir, a proximidade dos jurisconsultos, sendo assim, fruto de uma nova concepção, fluída da espessa crise sanitária, causada pelo vírus da Covid-19 e suas variantes. Cenário que se estende a dois anos, no que derivou o nascimento da cultura do distanciamento de fato: entre juízes e advogados. O evento viral pegou carona no vírus e deu aos magistrados, um "presente", que se constitui um ardil, dos mais perniciosos da história do judiciário brasileiro.

De fato esse relacionamento de advogados com os magistrados nunca existiu. Existe ainda um divórcio dos atores do judiciário com a sociedade, que ora se torna aparente. O trabalho em escritórios de casa (denominados remoto e home Office) passou ser adotado como regra no Judiciário. O trabalho remoto durante a pandemia habituou juízes e desembargadores a ficarem em casa, recebendo, inclusive, advogados apenas por videoconferência, ou nem por este modo, às vezes por telefone. Neste panorama, surge a figura intermediária, do serventuário, um agente autorizado pelo juiz, para blindar o acesso.

A Lei nº 13.467/2017 acoplou nas relações de trabalho com objetivo de flexibilizar suas relações e desamarrar suposto travamento para a criação de postos de trabalho. Esse foi o discurso que prevalece. Mesmo assim não são poucas as pessoas que continuam tendo seus direitos desrespeitados, mas que, temem ingressar no Judiciário trabalhista, por dois fatores gravíssimos – a morosidade e a hostilidade dos juízes nas audiências, o que se tornou uma constante nos 24 tribunais do país. Por outro derrubou a riste, o monopólio do juízo nas negociações levando-a para o âmbito da mediação entre as partes.

> O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem assenta-se que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns com os outros num espírito de fraternidade". Espera aqui, seu legislador institucional, que esse direito se estenda a razoável duração do processo, fato esse é um dos mais contundentes danos causado pelo judiciário laboral.

De fato o advento da Lei 13.467/2017, trouxe ao nosso ordenamento jurídico pátrio, a "Reforma Trabalhista", que foi o resultado de um processo legislativo pautado em modificações sociais, políticas, econômicas, que influenciaram diretamente o cotidiano das relações de trabalho. Com a crise da pandemia, um novo cenário se formou, obrigando o

governo rever uma série de procedimentos, para estabilizar a economia e garantir os empregos. Mas enfrentou uma onda de criticas, em sua maioria apenas com o fito de desacreditar o governo.

Sendo que, em decorrência das diversas mudanças ocorridas, desde o meio ambiente do trabalho, nas condições laborais, uso de novas tecnologias, bem como, novas possibilidades de contratos de trabalho, que resultaram na criação de um novo conjunto de dispositivos normativos, com novas regras, orientações, que ainda estão sendo absorvidas pela sociedade brasileira, visto que, a mudança normativa e seus efetivos efeitos, vão sendo notados gradualmente.

Com a reforma administrativa em curso, cujo texto se revela uma "colcha de retalhos" e por isso incipiente. E por sua vez, o governo federal por não exigir a moralização do serviço "chapa branca" (leia-se prestado pelo servidor público), e bloquear as vantagens fora do texto legal, não vão sanar o maior dos problemas que capitania o segmento - a péssima prestação do serviço, começando pelos tribunais com serventias insolentes, magistrados vetustos e a cultura da morosidade em nome de uma qualidade que não existe.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

EQUIPES CONJUNTAS DE INVESTIGAÇÃO: INSTRUMENTALIZAÇÃO PROBATÓRIA E MACROCRIMINALIDADE ORGANIZADA

JÚNIOR DA SILVA GARCEZ: Pós-Graduando em Direito Internacional e Direitos Humanos pelo Centro Universitário e Faculdades Uniftec (UNIFTEC). Pós-Graduando em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS).

Resumo: A finalidade do presente artigo está relacionada à utilização do instituto das Equipes Conjuntas de Investigação como instrumento probatório apto a subsidiar a investigação e a persecução penal do que atualmente convencionou-se denominar de macrocriminalidade organizada, fenômeno de acentuada gravidade e complexidade, em especial quando se trata da colheita de provas. Traz-se ao contexto elementos informativos referentes à criminalidade transnacional, conformada pela prática além-fronteira e concomitante de infrações penais de elevada danosidade social. Além disso e principalmente, busca-se compreender a sistemática e os fundamentos jurídicos das Equipes Conjuntas de Investigação nos ordenamentos legais nacional e internacional, demonstrando tratar-se de mecanismo de relevante efetividade no campo da obtenção de provas em investigações transnacionais, condição determinante para o êxito posterior da persecução penal no território nacional.

Palavras-chave: Equipes Conjuntas. Criminalidade Transfronteiriça. Investigação Transnacional. Persecução Penal.

Abstract: The purpose of the present article is related to the use of the joint investigation teams' institute as an evidential instrument capable of subsidizing the investigation and criminal prosecution of what is currently called organized macro-crime, a phenomenon of marked severity and complexity, especially when it comes to deals with the collection of evidence. Information elements referring to transnational crime are brought into the context, conformed by cross-border practice and concomitant criminal offenses of high social damage. In addition and mainly, it seeks to understand the systematic and the legal foundations of the joint investigation teams in the national and international legal systems, demonstrating that it is a mechanism of relevant effectiveness in the field of obtaining evidence in transnational investigations, a determining condition for the subsequent success of criminal prosecution in the national territory.

Keywords: Joint Teams. Cross Border Crime. Transnational Research. Criminal Prosecution.

Sumário: Introdução. 1. Da criminalidade prototípica à proteica criminalidade organizada. 2. A internacionalização do crime e macrocriminalidade organizada. 3. Componente estrutural externo da criminalidade organizada. 4. O problema da colheita de provas nas investigações transnacionais. 5. Mecanismo de captação de provas contra a macrocriminalidade organizada: as Equipes Conjuntas de Investigação. 5.1. Histórico. 5.2. Concepção e fundamentação legal nacional e internacional. 5.3. Sobre a aplicação do instituto das Equipes Conjuntas de Investigação. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A finalidade da presente pesquisa centra-se em analisar a aplicação do moderno instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação como meio probatório hábil a subsidiar a investigação e a persecução penal da denominada macrocriminalidade organizada ou macro-organização das infrações penais em sua perspectiva transnacional, considerando que uma das grandes problemáticas na tratativa do tema reside na colheita de provas.

Para tanto, parte-se da compreensão da concepção de crime organizado no território nacional à transnacionalidade das condutas, haja vista que as organizações criminosas muito raramente permanecem tão somente atreladas ao território de origem, pelo fato de que o proveito econômico objetivado em operações transnacionais tende a ser maximizado.

Logo, a questão torna-se dificultosa quando as organizações criminosas destinam-se à prática além-fronteira de delitos, haja vista que os rastros – provas – das condutas praticadas, a exemplo daquelas envolvendo delitos como lavagem de dinheiro, evasão de divisas, tráfico de drogas e de pessoas, são de difícil detecção pelos instrumentos internos de investigação, razão pela qual faz-se necessário identificar um necessário ponto de contenção nas jurisdições nacional e internacional, de forma que haja cooperação entre distintas autoridades de jurisdições de diferentes países.

É, neste contexto, que releva a compreensão e utilização das Equipes Conjuntas de Investigação como instrumento de investigação e persecução penal em face da denominada macrocriminalidade organizada.

Adiante-se que as Equipes Conjuntas de Investigação constituem relevante mecanismo de cooperação jurídica internacional em matéria penal, cujas raízes estão basicamente fincadas no modelo materializado na União Europeia, a partir das experiências com sistemas de investigação conjunta realizados no território da Alemanha, desde 1970.

Deste modo, parte-se da evolução conceitual e recrudescimento das organizações criminosas à internacionalização da criminalidade, sendo certo que a existência de um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

assim chamado elemento externo da criminalidade organizada leva à problematização da captação transnacional de provas, algo não amparado pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define no Brasil sobre organização criminosa e dispõe acerca da investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

Para além disso, no âmbito da contenção à criminalidade organizada transfronteiriça, tem-se a denominada Convenção de Palermo, ou Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil por intermédio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, importante tratado que auxilia a legislação interna no que se refere ao crime organizado além-fronteira e que expressamente dispõe acerca da aplicação das equipes conjuntas de investigação.

Não por menos, tem-se, ainda, mais duas convenções internacionais sedimentadas pela ONU que dispõe sobre as Equipes Conjuntas de Investigação, quais sejam, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), cada qual dentro de seu campo de atuação e com finalidades específicas.

Somado a esse contexto, o objeto do presente texto evidencia que as chamadas Equipes Conjuntas de Investigação recentemente encontraram amparo por meio do Decreto nº 10.452, de 10 de agosto de 2020, que promulgou internamente o texto do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, não havendo óbices quanto à aplicação do instituto pelas autoridades investigativas do Brasil e dos demais países sul-americanos que compõem o Mercosul e que ratificaram o referido Acordo-Quadro.

Diga-se, ainda, que o Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional referente ao novo Código de Processo Penal traz o detalhado Título V, que especificamente dispõe sobre a implementação de Equipes Conjuntas de Investigação. Porém, tratando-se, por ora, somente de um Projeto de Lei e, portanto, ainda não em vigor, tem-se que a Convenção de Palermo e o Acordo-Quadro sobre Equipes Conjuntas de Investigação são os dois diplomas que atendem aos reclamos da efetivação de uma investigação e persecução penal avançadas e paritárias com o atual estágio da macrocriminalidade organizada.

Ademais, faz-se neste texto o manuseio de pesquisa teórica e revisão bibliográfica dos institutos, a partir de fontes doutrinárias, textos legais, convencionais e demais referências pertinentes ao tema proposto, utilizando-se o método dialético, cujo pano de fundo constitui-se em temática de caráter doutrinário e legal, propugnando-se pela compreensão e instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação como forma de otimização do sistema de investigação e persecução penal no território nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1. DA CRIMINALIDADE PROTOTÍPICA À PROTEICA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Contextualizar a aplicação de um moderno mecanismo de investigação em face da criminalidade organizada exige a compreensão, mesmo que breve, no que se refere à transformação porque passou o fenômeno delitivo no último século, razão pela qual atesta-se, de imediato, que a evolução da criminalidade, organizando-se para além das fronteiras dos Estados, há de implicar na progressão dos meios de investigação e persecução penal.

Sendo assim, a assertiva inicial de NICEFORO, na obra *La Transformación Del Delito en la Sociedad Moderna*, de 1902, de que "o crime não morre: transforma-se" (1902, p. 03) encaixa-se à perfeição no objeto deste estudo, haja vista que, ainda com respaldo do referido autor, "a civilização moderna, como qualquer outra civilização, não reprime o mal: transforma-o" (1902, p. 03/04).

A moderna macrocriminalidade pressupõe, à evidência, a transformação a partir dos denominados crimes prototípicos, primitivos e originários, que restringiam-se aos delitos, por assim dizer, comuns, configurados no homicídio, no furto, na agressão física e sexual. Na atualidade, na qual permeia os mesmos crimes prototípicos de outrora, houve uma latente evolução: os delitos adquiriram um caráter proteico, multiforme, poliforme, tal como, por exemplo, constata-se nos crimes financeiros, econômicos, cibernéticos e organizados.

ZAFFARONI e OLIVEIRA (2010, p. 87) asseveram que:

> o *organized crime* como tentativa de categorização é um fenômeno do século passado", de forma que "é absolutamente inútil procurar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria etc". E concluem os citados autores que: "Quem fala do crime organizado, não está se referindo a qualquer pluralidade de agentes nem a qualquer associação ilícita, senão a um fenômeno distinto, que é inconcebível no mundo pré-capitalista.

De acordo com CASTANHEIRA (2010, p. 892), também fundada em ZAFFARONI, aduz que:

> Sobressaem-se na criminalidade organizada duas características, quais sejam, a estrutura empresarial e a atividade voltada para o mercado ilícito. As origens do 'crime organizado', desta forma, não podem ser buscas no mundo pré-capitalista e, portanto, não estão em nenhuma outra forma de associação delitiva existente ao longo da história da humanidade, até o início deste século.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em verdade, a evolução das sociedades industriais revolucionou a microcriminalidade até então predominante. Consoante ZAFFARONI e OLIVEIRA (2010, p. 86), "no século passado, e na Europa, particularmente depois da Comuna de Paris, produziu-se uma considerável literatura acerca do delito das multidões, dando lugar a várias valorações das multidões e da responsabilidade de seus líderes ou condutores".

Neste prisma, "vinculado à proibição de sindicalização dos trabalhadores, generalizou-se o conceito jurídico-penal de associação ilícita ou associação de malfeitores para delinquir" (ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2010, p. 87), conceito esse que, embora não seja propriamente referente às organizações criminosas tal como hoje são conhecidas, pode ser tido como o embrião para sua concepção.

Constata-se, conforme anota CASTANHEIRA (2010, p. 883), que "o desenvolvimento científico e tecnológico transformou profundamente as relações sociais", afetando de forma direta as relações econômicas, transformando o modo de agir do mercado e das empresas transnacionais, questões intimamente relacionadas à atuação das organizações criminosas que atuam além-fronteira.

Nessa linha de pensar, nota-se que há íntima ligação entre o advento da globalização e o surgimento das cadeias criminosas organizadas e subsistematizadas, incrementando-se especialmente após o surgimento das denominadas "máfias", especificamente na Itália e no Japão (LIMA, 2020, p. 767). Diz-se incremento porque já se via uma conformação simultânea da prática de diversos delitos, tais como o contrabando, a extorsão, o tráfico de drogas, a lavagem de capitais, os jogos de azar, a prostituição e o tráfico de pessoas, cuja finalidade era – e continua sendo – a obtenção de ganhos financeiros ilícitos.

PRADO e CASTRO (2010, p. 927) conformam que:

> A criminalidade organizada, amplamente considerada, não está ligada apenas à criminalidade econômica em sentido estrito, mas manifesta-se também nas atividades políticas (nos esquemas de corrupção), no terrorismo, no tráfico de drogas e de pessoas, etc. As formas de manifestação desse tipo de criminalidade sofrem variações também no espaço em que se desenvolvem, nas realidades nacionais em que atuam. Na Itália, por exemplo, a criminalidade organizada é comumente identificada com a máfia ou outras organizações similares; em Portugal, está associada aos crimes contra o mercado financeiro; na Alemanha caracteriza-se basicamente pela lavagem de dinheiro e corrupção, enquanto na Espanha possui uma identidade mais acentuada com o terrorismo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dessa rápida análise se verifica que o caráter proteico que assumiu a criminalidade moderna implicou claramente no recrudescimento das organizações criminosas, atingindo estas um tal nível de complexidade – em muito decorrente da atuação intrincada e subdividida internamente e da conjuntura de diversas infrações penais – que não mais se restringem ao âmbito de um só Estado, espraiando-se por diversos territórios, com fins fundamentalmente econômicos. Dito isso, ver-se-á que há uma relação intrínseca entre a internacionalização do crime e a macrocriminalidade organizada.

2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO CRIME E MACROCRIMINALIDADE ORGANIZADA

Parafraseando o sociólogo alemão Ulrich Beck, na atualidade é possível constatar a existência de uma verdadeira "sociedade internacional de risco". No campo delitivo, o crime deixou de circunscrever-se aos limites de um dado bairro suburbano num dado país para acompanhar o próprio desenvolvimento e reconfiguração da interconectada sociedade moderna, atingindo diversas e distintas ordens jurídicas.

De acordo com o Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime* – UNODC), o crime organizado transnacional abrange praticamente todos os casos graves de ações criminosas motivadas pelo lucro de natureza internacional, no qual mais de um país está envolvido. Sendo assim, existem muitas atividades ilícitas que podem ser caracterizadas como transnacionais, incluindo o tráfico de drogas, o contrabando de migrantes, o tráfico de pessoas, a lavagem de dinheiro, o tráfico de armas de fogo, produtos falsificados, vida selvagem, propriedade cultural e criminalidade cibernética.

Ainda de acordo com o UNODC,

> o crime organizado transnacional não está estagnado, mas está em constante mudança, adaptando-se aos mercados e criando novas formas de crime. Em suma, é um negócio ilícito que transcende fronteiras culturais, sociais, linguísticas e geográficas e que não conhece fronteiras ou regras.

Bem analisadas as circunstâncias, essa constatação apontada pelo UNODC leva à conclusão que há uma verdadeira internacionalização do crime, ou à existência de uma "delinquência da globalização", no dizer de SILVA SÁNCHEZ (2011, p. 104).

Mercê desse raciocínio, o referido professor espanhol alude que:

> O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada ciberdelinquência), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados)" (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 36).

Com reforço a tais considerações, STOICA (2016) assevera que

> a globalização representa uma causa e um fator de facilitação para o crime organizado transnacional. A liberalização dos mercados e a livre circulação de capitais e, em certa medida, de pessoas, criaram novos estímulos para o grupos criminosos interessados em obter lucro. O *modus operandi* das organizações criminosas atuais seguem a lógica do mercado. Eles têm sucesso em evitar fronteiras nacionais e a adaptar-se rapidamente ao atual ambiente econômico global.

No que concerne ao tópico em exame, essencialmente, o crime organizado transnacional é definido por atividades ilegais orientadas para lucros que ultrapassam as fronteiras nacionais. Nem todas as formas de crime organizado são transnacionais, mas, atualmente, existe uma gama de atividades nesta esfera que são realizadas com vínculos transnacionais ou mesmo em escala global (STOICA, 2016).

Parece lícito asseverar que no contexto da globalização, o crime organizado se expande, geograficamente – a nível espacial –, e numericamente – em relação ao número de países afetados, o número de grupos que operam e os campos de atividades ilegais. Quanto a este ponto, não há dúvida de que o Brasil possui uma delicada posição no quadro da expansão da criminalidade transnacional, haja vista que divide fronteira com diversos países propícios para a prática de delitos que exigem a transposição de fronteiras – para auferir lucros mais elevados –, tais como o tráfico de drogas, de armas e de pessoas.

Assume relevo, como, aliás, dão conta alguns argumentos já deduzidos, consoante sugere STOICA (2016), que a atuação contra o crime organizado transnacional tem que ser estendida ao âmbito global ou, ao menos, transnacional. Neste sentido, os fluxos criminosos transfronteiriços ocorrem em uma determinada região ou país, findando por produzir efeitos em outras regiões ou países, às vezes situadas a grandes distâncias. Como tal, STOICA dá conta de que "somente uma intervenção em uma escala semelhante à questão – ou seja, global – pode produzir os efeitos desejados".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em face dessas constatações, verifica-se, desde já, que apenas um sistema de investigação de caráter transnacional, vinculando duas ou mais autoridades de dois ou mais países pode suprir a ausência de mecanismos internos – fazendo-se referência especificamente ao Brasil e à legislação de regência – hábeis a fazer frente à contenção probatória e persecutória em face da macrocriminalidade organizada. "Trata-se, mais que nada, de responder a exigências do poder político ou das instâncias de aplicação judicial do Direito, impotentes na luta dos ordenamentos nacionais contra a criminalidade transnacional" (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 98).

Portanto, aqui representado de modo sumaríssimo e constituindo o ponto-chave da análise, a UNODC atesta que o combate a um fenômeno global como a criminalidade organizada transnacional exige parcerias em todos os níveis, sendo que um dos aspectos essenciais no que diz respeito a essa medida é a coordenação por meio de uma ação integrada a nível internacional, o que é crucial para identificar, investigar e processar pessoas e grupos por trás da prática de tais delitos.

3. COMPONENTE ESTRUTURAL EXTERNO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

A ideia referente ao caráter proteico da moderna criminalidade atualmente ostenta aquilo que JESUS (2010, p. 918/919) denominou de "componente estrutural externo, transnacional ou globalizado da delinquência organizada". A dimensão macro que atingiu o crime organizado – especialmente no Brasil – deve-se basicamente à sua capacidade de ir além-fronteira, o que problematiza o processo investigatório e, por conseguinte, o persecutório em juízo. Eis porque faz-se necessário o implemento de um ponto de conexão investigatório entre diferentes jurisdições estatais.

Fincadas essas premissas, JESUS (2010, p. 919) assevera que, para além das manifestações criminológicas que tradicionalmente afetam uma comunidade, há a face externa da Política Criminal moderna, que é a denominada transnacional ou globalizada. Isso porque o problema do crime organizado atinge âmbitos mais amplos e genéricos, "quase obrigando seu estudo sob uma ótica de integração supranacional (ou visão externa da questão)".

Ponderando sobre tais questões, a transnacionalidade das condutas relativas ao crime organizado implicou na crescente adoção de exceções ao princípio da territorialidade (JESUS, 2010, p. 919). Com base nisso, deve-se sustentar que as exceções previstas no art. 7º do Código Penal, referentes à extraterritorialidade, não são suficientes quando se trata de condutas transnacionais organizadas.

Disso decorre, adentrando na temática de fundo e de acordo com JESUS (2010, p. 919), que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O exame dos mecanismos atuais de cooperação internacional revela que não é mais viável conceber uma 'concepção estática de ordenamentos jurídicos', nem tampouco manter a exclusividade da resposta penal em mãos de um único Estado. Pelo contrário, percebe-se uma verdadeira tendência (principalmente nos países de Direito escrito) em 'relativizar o princípio da territorialidade' em favor do chamado 'princípio de justiça universal', introduzindo mudanças consideráveis em temas como da extradição e da dupla jurisdição penal.

A questão aqui apresentada revela que a prática concomitante de diversas e distintas infrações penais de elevada danosidade social no território de diferentes Estados – concepção central de macrocriminalidade organizada – exige a aplicação de avançados mecanismos de captura de provas. Não se afigura possível proceder uma diligente investigação no território nacional quando há indicativos da presença de outras provas correlacionadas em outros territórios, sem que haja cooperação entre as autoridades de distintos Estados.

Neste sentido, ainda com apoio em JESUS (2010, p. 921),

> A dissociação produzida entre a execução material do delito e o resultado (que pode ocorrer em separado, tanto no espaço como no tempo) são fatores que exigem modelos unificados de resposta penal. O preenchimento de 'lacunas legais internacionais' é sensivelmente potencializado se o tipo de delito em questão tem o perfil de delinquência organizada.

Em termos sumários, como modelo unificado de resposta penal, há um instrumento extremamente útil a fim de conceber uma concepção dinâmica entre os ordenamentos jurídicos com vistas à investigação e persecução penal das infrações penais que constituem o problema macro da criminalidade organizada: as Equipes Conjuntas de Investigação. Antes de adentrar no ponto principal, contudo, aborda-se as linhas gerais sobre o problema da captação de provas nas investigações transnacionais.

4. O PROBLEMA DA COLHEITA DE PROVAS NAS INVESTIGAÇÕES TRANSNACIONAIS

O que acima foi dito sobre a existência de um componente estrutural externo, transnacional ou globalizado da delinquência organizada conforma, por consequência, um grande e inafastável problema: a questão atinente à colheita de provas em delitos praticados de forma transnacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Porque neste ponto três eixos devem ser vislumbrados: a consumação ou a tentativa de realização de diversas infrações penais em distintos países, relativas a uma organização criminosa; as investigações que devem ser empreendidas nos territórios afetados; e a persecução penal que há de ser materializada em pelo menos um dos Estados – o Estado-base da organização criminosa –, a fim de que haja uma resposta penal satisfativa.

Assevere-se que o Código de Processo Penal, em seu Título VII, Capítulo I, na tratativa do inquérito policial e da prova, permanece atrelado às situações de caráter estritamente interno, não sendo utilizado, portanto, quando se trata de investigações transfronteiriças. Nesse caso, faz-se uso das disposições previstas no Livro V, Das Relações Jurisdicionais com Autoridade Estrangeira, onde há expressa previsão das cartas rogatórias e da homologação das sentenças estrangeiras, arts. 780 a 790, dois importantes instrumentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal (Cf. ABADE, 2013).

Ainda assim, a previsão contida no Livro V do Código de Processo Penal não se mostra suficiente na questão relativa à criminalidade organizada transnacional. O mesmo deve ser dito quanto à Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que definiu organização criminosa, bem como dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, que foi um passo definitivo para a implementação interna de um sistema de investigação e persecução penal condizente o estado atual do crime organizado – dentro dos limites do território brasileiro.

Em face disso, especificamente no que tange à cooperação internacional para a produção de provas relativas ao crime organizado transfronteiriço, a Lei nº 12.850/2013 trata da questão em somente um momento, no art. 9º, que prescreve sobre a ação controlada, *verbis*:

> Art. 9º. Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Nada obstante haja essa única previsão na Lei nº 12.850/2013 pertinente ao assunto em debate, há de ser louvada, visto que a ação controlada é um dos principais meios de prova dispostos no citado diploma, cuidando-se de uma "importante técnica de investigação" (LIMA, 2020, p. 834), sendo certo que a cooperação das autoridades dos países que figuram como provável itinerário ou destino do investigado constitui elemento essencial para a produção e confirmação da prova relativa à autoria e materialidade delitivas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Mesmo assim, a ação controlada é somente um dos meios de prova previstos na Lei nº 12.850/2013 que, definitivamente, como será tratado no tópico abaixo, não tem a abrangência das Equipes Conjuntas de Investigação que, contudo e por sua vez, não tem previsão na citada lei nacional de regência sobre organizações criminosas.

Esta breve exposição bem demonstra que há um nó górdio na legislação nacional quanto ao tema envolvendo a investigação de delitos praticados por organizações criminosas que atuam além-fronteira. Diga-se que nem o Código de Processo – à exceção dos citados arts. 780 a 790 – e nem a Lei nº 12.850/2013 oferecem mecanismos aptos e suficientes à captura de provas em delitos consumados em dois ou mais países, o que dificulta, e muito, a persecução penal tanto do delito de organização criminosa (art. 2º, Lei nº 12.850/2013), quanto dos diversos e quase sempre complexos crimes atrelados.

Como obter, por exemplo, provas de autoria e materialidade de infrações penais como tráfico internacional de drogas, tráfico internacional de pessoas, tráfico internacional de armas de fogo, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, comumente praticados por organizações criminosas transnacionais, além do próprio delito de promoção, constituição, financiamento ou integração de organização criminosa, tal como previsto na Lei nº 12.850/2013?

Certo é que a Lei nº 12.850/2013 considera organização criminosa, também, aquela que seja de caráter transnacional, conforme enunciado no art. 1º, §1º. No entanto, no trato dos meios de investigação e obtenção de prova (Capítulo II, art. 3º), além de outras hipóteses, determina que é permitida, em qualquer fase da persecução penal, a "cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal" – repise-se: isso dentro dos limites do território nacional.

Em que pese essa exposição, de modo geral, ARAS opina que "há uma série de medidas de cooperação internacional voltadas para a obtenção de provas no exterior, sejam elas documentais, orais ou periciais" (2019, p. 437), pelo que é possível citar as cartas rogatórias e o auxílio direto, medidas de cooperação penal internacional – o que aqui não será objeto de análise.

Ademais, seguindo aos rumos do presente estudo, ARAS explicita que "as técnicas especiais de investigação (*special investigative techniques*) – ou meios especiais de obtenção de prova na linguagem da Lei nº 12.850/2013 – são admitidas na cooperação penal internacional" (2019, p. 449).

E diga-se, ainda com apoio em ARAS, que há um reforço quanto a essa questão na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), precisamente no art. 20, §2º, ao dispor que "para efeitos de investigações sobre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional", o que se aplica inclusive para a persecução da lavagem de dinheiro e da corrupção, o que há de somar-se à previsão contida no importante art. 19 da mesma Convenção de Palermo, dispositivo esse que constitui um dos eixos centrais do artigo.

São dois pesos e duas medidas: se de um lado os delitos evoluem, tornando-se tão complexos quanto a evolução própria da sociedade; de outro, há de evoluir, também, os meios de investigação para uma adequada persecução penal.

Nesse ponto entra a relevância da aplicação das Equipes Conjuntas de Investigação como medida para a captação de provas e ulterior substrato para a persecução penal em juízo dos delitos praticados no âmbito da macrocriminalidade organizada.

5. MECANISMO DE CAPTAÇÃO DE PROVAS CONTRA A MACROCRIMINALIDADE ORGANIZADA: AS EQUIPES CONJUNTAS DE INVESTIGAÇÃO

5.1. Histórico

O instrumento investigatório das Equipes Conjuntas de Investigação (ECIs) – ou do inglês *Joint Investigation Teams (JIT)* – é um produto da modernidade. Na verdade, é recentíssimo, datado de algumas poucas décadas, mas cuja força de aplicação passou a incidir a partir dos anos 2000.

O exame inicial afere que as Equipes Conjuntas de Investigação possuíram maior sistematização e aceitação nos países da Europa, provavelmente por conta do estágio avançado de integração entre os países daquele continente, o que permite propor com maior segurança e em consonância com os princípios da União Europeia, a possibilidade de trabalhos conjuntos entre autoridades de investigação de dois ou mais países, mesmo quando se encontrem fora de sua jurisdição de origem.

De acordo com BLOCK (2011, p. 89),

> as Equipes Conjuntas de Investigação apareceram pela primeira vez no plano da elaboração de políticas da União Europeia, num documento de discussão apresentado em 1994 pela delegação alemã ao Grupo de Trabalho de Cooperação da Alfândega.

Neste prisma, BLOCK (2011, p. 89) atesta que:

> O documento relacionado com a revisão e atualização da Convenção de Nápoles de 1967 sobre a assistência mútua entre autoridades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> alfandegárias e o seu conteúdo foi baseado em sugestões de autoridades aduaneiras da Alemanha para uma nova convenção. Uma das sugestões foi a criação de 'equipes conjuntas'.

Logo, vê-se que o instrumento em estudo tem suas raízes no âmbito europeu, onde os primeiros passos para a efetivação de uma mais eficaz cooperação mútua entre Estados para fins de investigação foram dados. Dito isso, ainda com base em BLOCK (2011, p. 89), a sugestão para a criação de equipes conjuntas reapareceu no primeiro esboço para a Convenção Relativa à Assistência Mútua e à Cooperação entre Administrações Aduaneiras (Nápoles II), enviada pela Alemanha e que apresenta as Equipes Conjuntas de Investigação como um método adicional de cooperação, além da tradicional assistência mútua:

> No âmbito da luta contra organizações criminosas internacionais, durante um período de tempo limitado e a fim de atingir um objetivo de investigação específico, pode tornar-se necessário formar uma equipe conjunta de investigação que envolva autoridades de dois ou mais Estados-membros. A ideia é possibilitar a identificação e o combate às estruturas criminosas organizadas.

Percebe-se que a concepção original em torno da constituição das Equipes Conjuntas de Investigação teve como ponto de partida, justamente, o combate ao crime organizado transnacional, por conta da premente necessidade de prevenção, investigação e repressão de infrações cujas execuções e consumações podem dar-se em diferentes Estados, tal como ocorre no tráfico internacional de drogas, sendo certo que a primeira menção às Equipes Conjuntas de Investigação no combate ao crime organizado ocorreu em 1997, de modo que a Europol pudesse iniciar investigações multidisciplinares conjuntas em larga escala envolvendo dois ou mais Estados-membros (BLOCK, 2011, p. 90).

É preciso, pois, trazer ao contexto, para melhor compreensão, as disposições da Convenção Relativa à Assistência Mútua e à Cooperação entre Administrações Aduaneiras (Nápoles II), que substitui e reforça a Convenção de Nápoles original celebrada em 1967 e abrange a assistência mútua e a cooperação entre as autoridades nacionais na prevenção, investigação e repressão de determinadas infrações às regulamentações aduaneiras nacionais e da União Europeia, aplicável a partir de 23 de junho de 2009.

Em que pese o regime aduaneiro ser o ponto principal da Convenção Nápoles II, a possibilidade de os infratores utilizarem as vias alfandegárias para o cometimento de ilícitos penais transnacionais – com fins efetivamente financeiros, levou as autoridades dos países da União Europeia a cooperar entre si para combater a fraude aduaneira e o tráfico transnacional, bem como para reprimir e punir os infratores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Além disso, a Convenção Nápoles II aplica-se às regulamentações aduaneiras nacionais, incluindo as relacionadas com o tráfico de drogas e de armas e com a pornografia infantil, bem como à lavagem de dinheiro, crimes estes quase sempre correlacionados com organizações criminosas transnacionais, por conta da presença do elemento ínsito a tais delitos: o proveito econômico ilícito.

Sendo assim, precisamente, no Título IV da Convenção Nápoles II, que versa acerca das formas especiais de cooperação, há a previsão no que diz respeito ao mecanismo em questão, denominado "equipes de investigação especial comuns", cuja aplicação, neste caso, é restrita ao plano europeu, mas, como será disposto abaixo, é possível notar pontos em comum com a normativa aplicável na América do Sul.

Deste modo, veja-se o que prevê o art. 24 da Convenção Nápoles II (com previsão semelhante no art. 13 da Convenção sobre Assistência Mútua em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia):

> Artigo 24º Equipes de investigação especial comuns
>
> 1. De comum acordo, as autoridades de vários Estados-membros podem constituir uma equipe de investigação especial comum, implantada num Estado-membro e composta por agentes especializados nos domínios em causa.
>
> À equipe de investigação especial comum serão atribuídas as seguintes tarefas:
>
> - execução de investigações difíceis que requeiram grandes meios, destinadas a averiguar infracções específicas que exijam um procedimento simultâneo e concertado nos Estados-membros participantes,
>
> - coordenação de atividades comuns destinadas a impedir ou averiguar certos tipos de infrações e obter informações sobre as pessoas implicadas, o meio em que se movem e o seu modo de atuação.
>
> 2. As equipes de investigação especial comuns operarão nas seguintes condições gerais:
>
> a) Serão constituídas apenas para um fim determinado e por um período de tempo limitado;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

b) A direção da equipe ficará a cargo de um agente do Estado-membro em cujo território a equipa tenha de intervir;

c) Os agentes participantes ficarão sujeitos à legislação do Estado-membro em cujo território a equipe tenha de intervir;

d) O Estado-membro em cujo território a equipe intervém criará as condições de organização necessárias ao seu funcionamento.

3. A participação na equipe não confere aos agentes que a constituem poderes de intervenção no território de outro Estado-membro.

Isso demonstra o quadro geral que fundamenta as Equipes Conjuntas de Investigação: a existência de um acordo comum entre autoridades especializadas de diferentes Estados para fins de investigações complexas e concertadas por parte dos Estados envolvidos, cuja finalidade é a investigação (averiguação) e repressão de determinadas infrações, respeitando-se a soberania do Estado no qual ocorrerá a intervenção.

Outrossim e como já se demonstrou, BLOCK (2011, p. 91) sustenta que as iniciativas para a criação de Equipes Conjuntas de Investigação entre dois ou mais Estados no âmbito europeu partiu da Alemanha, asseverando o citado autor que "as elevadas expectativas relacionadas com os equipes conjuntas de investigação podem possivelmente ser explicadas por experiências domésticas na Alemanha". Diga-se que ouve um notável esforço da parte da Alemanha para inserir o conceito de Equipes Conjuntas de Investigação no quadro jurídico da União Europeia.

Consoante tal ordem de considerações, BLOCK conforma não surpreender que as Equipes Conjuntas de Investigação, no âmbito da Alemanha denominadas de *Gemeinsame Ermittlungsgruppen*, tenham sido uma estratégia de cooperação utilizada com frequência entre distintos órgãos de aplicação da lei nos diferentes Estados (*Länder*) da República Federal Alemã, antes de a Alemanha apresentar sua sugestão à União Europeia.

Por isso, BLOCK (2011, p. 91) menciona que a primeira *Gemeinsame Ermittlungsgruppen* foi estabelecida em 1970 na cidade de Hamburgo, entre a polícia estadual e a alfândega federal, cuja finalidade era a averiguação do tráfico de drogas, o que resultou na abreviatura GER (*Gemeinsame Ermittlungsgruppe Rauschgift*), comumente utilizada na Alemanha para estas equipes.

Há informações de que, em 1988, o primeiro acordo escrito entre a polícia e a alfândega incluindo disposições acerca das equipes conjuntas foi estabelecido em Nordrhein-Westfalen. Dois anos mais tarde, o governo federal alemão promoveu a

utilização de equipes conjuntas entre a polícia e a alfândega na sua estratégia nacional de combate ao tráfico de drogas, de forma que as GER proliferaram-se por toda a Alemanha, embora com estruturas distintas (BLOCK, 2011, p. 92).

Assim vistas as coisas, nota-se que as Equipes Conjuntas de Investigação só foram inicialmente destacadas para o campo do crime de tráfico de drogas, dentro do território da Alemanha e depois para a União Europeia, contudo, BLOCK (2011, p. 92) atesta que atualmente as Equipes Conjuntas de Investigação são constituídas para combater vários tipos de crime organizado.

Assim, com base no exposto, conforme RIJKEN (2006, p. 99), "o instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação foi há muito previsto como meio para facilitar a assistência mútua em matéria penal entre os Estados-membros da União Europeia".

Com efeito, o que foi dito demonstra que as primeiras abordagens em relação à instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação – incluindo-se aqui aquela relacionada à criminalidade organizada, a partir de 1997 – materializou-se especialmente na Europa, a partir das iniciativas da Alemanha, que já utilizava do referido meio de investigação desde a década de 1970.

A exposição histórica atesta que, na atualidade, "há vários instrumentos para viabilizar a cooperação internacional em matéria penal, no interesse de uma investigação criminal ou do processo penal" (ARAS, 2019, p. 425), entretanto, será demonstrado o fato de ser as Equipes Conjuntas de Investigação um dos mecanismos de investigação mais relevantes no plano da cooperação internacional criminal, por conta de sua abrangência e disposição das autoridades de diferentes Estados para implementar o instituto.

5.2. Concepção e fundamentação legal nacional e internacional

Assume relevo, já no início da tratativa legal nacional e internacional vinculada às Equipes Conjuntas de Investigação, que apesar dos diversos acordos internacionais sobre cooperação jurídica em matéria penal bilaterais e multilaterais já ratificados e em vigor no Brasil, a normativa específica sobre as Equipes Conjuntas de Investigação ainda vem esbarrando na insuficiência de instrumentos legais que viabilizem essa forma de investigação transnacional no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, no plano das Organizações das Nações Unidas (ONU) – em nível internacional, portanto – há a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, a 20 de dezembro de 1988, sendo o tratado internacional mais antigo a prever a possibilidade de instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação, tendo sido internalizada no Brasil por intermédio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Seu art. 9º, 1, alínea "c", assim dispõe:

> 1 - As Partes Colaborarão estreitamente entre si, em harmonia com seus respectivos ordenamentos jurídicos e sua administração, com o objetivo de aumentar a eficácia das medidas de detecção e repressão, visando à supressão da prática de delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3. Deverão fazê-lo, em particular, com base nos acordos ou ajustes bilaterais ou multilaterais:
>
> [...]
>
> c) quando for oportuno, e sempre que não contravenha o disposto no direito interno, criar equipes conjuntas, levando em consideração a necessidade de proteger a segurança das pessoas e das operações, para dar cumprimento ao disposto neste parágrafo. Os funcionários de qualquer umas das Partes, que integrem as equipes, atuarão de acordo com a autorização das autoridades competentes da Parte em cujo território se realizará a operação. Em todos os casos, as Partes em questão velarão para que seja plenamente respeitada a soberania da parte em cujo território se realizará a operação.

Bem analisadas as circunstâncias, em 1988 já havia a previsão de caráter internacional acerca da constituição de Equipes Conjuntas de Investigação, para fins de investigação de condutas relativas ao tráfico ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, norma que passou a ter incidência no território brasileiro a partir do ano de 1991.

Somente a partir dos anos 2000, entretanto, que a temática afeta às Equipes Conjuntas de Investigação passou a ter acentuada atenção por parte das legislações ao redor do mundo, em especial na Europa e no seio onusiano (ONU).

Na Europa, existem três grandes normas internacionais que tratam das Equipes Conjuntas de Investigação: a Convenção da União Europeia de 2000, o Segundo Protocolo Adicional de 2001 à Convenção do Conselho da Europa de 1959 e a Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia sobre Equipes Conjuntas de Investigação de 2002, cujos textos são similares quanto ao tema em debate.

No âmbito europeu, é possível destacar outros dois documentos acerca do assunto, oriundos do Conselho da União Europeia: o Guia Prático para as Equipes de Investigação Conjunta e a Resolução do Conselho relativa a um Modelo de Acordo para a Criação de Equipes de Investigação Conjunta, sendo que essa Resolução é abrangida pelo Guia Prático, e constitui um modelo do acordo a ser seguido pelos Estados ao formalizarem a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

criação de Equipes Conjuntas de Investigação, que trata dos requisitos de constituição e funcionamento, considerados essenciais pelo Conselho da União Europeia.

Na sistemática interamericana, há o seguinte projeto de tratado, que ainda não se encontra em vigor: a Convenção para a Cooperação entre os Estados membros da Conferência de Ministros de Justiça dos Países Ibero-americanos (COMJIB) em matéria de Equipes de Investigação Conjunta, de 2013, cujo texto muito se aproxima das convenções europeias que dispõem sobre as Equipes Conjuntas de Investigação.

Nota-se que o texto da referida convenção regional, da qual o Brasil faz parte, é muito similar ao que consta do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, de 2010, e regulamenta, com maior segurança jurídica e de forma mais detalhada, as etapas para a constituição e funcionamento de uma Equipes Conjuntas de Investigação formalmente criada entre Estados.

Prosseguindo nesse contexto e aqui estando uma das bases principais do estudo, em 15 de novembro de 2000, houve a aprovação internacional, pela Assembleia-Geral da ONU, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, tendo sido promulgada no Brasil em 12 de março de 2004, por meio do Decreto nº 5.015.

A disposição normativa da Convenção de Palermo, de forma inovadora, já no ano 2000, no âmbito internacional, e a partir de 2004, para o Brasil, tratou expressamente das Equipes Conjuntas de Investigação em seu art. 19:

> Artigo 19. Investigações conjuntas. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, com respeito a matérias que sejam objeto de investigação, processos ou ações judiciais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na ausência de tais acordos ou protocolos, poderá ser decidida casuisticamente a realização de investigações conjuntas. Os Estados Partes envolvidos agirão de modo a que a soberania do Estado Parte em cujo território decorra a investigação seja plenamente respeitada.

Na sequência, ainda no seio da ONU, adveio a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), em 31 de outubro de 2003, que foi promulgada internamente no Brasil pelo Decreto nº 6.587, de 31 de janeiro de 2006. Seu art. 49 é expresso ao dispor sobre as equipes conjuntas de investigação:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Artigo 49. Investigações conjuntas. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, em relação com questões que são objeto de investigações, processos ou ações penais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na falta de tais acordos ou tratados, as investigações conjuntas poderão levar-se a cabo mediante acordos acertados caso a caso. Os Estados Partes interessados velarão para que a soberania do Estado Parte em cujo território se efetua a investigação seja plenamente respeitada.

De se ver, assim, que há três grandes tratados internacionais emergidos da ONU que possuem, cada qual, um dispositivo específico que prevê a possibilidade de cooperação entre os Estados-partes, no caso, por meio da composição de Equipes Conjuntas de Investigação, para, respectivamente, investigar fatos relacionados ao tráfico internacional de drogas e substâncias psicotrópicas, ao crime organizado transnacional e à corrupção.

A Convenção de Palermo, de seu turno, é o diploma internacional ratificado pelo Brasil cuja finalidade principal é reprimir a criminalidade organizada além-fronteira, cujo eixo de aplicação "consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional", conforme consta de seu artigo 1º, que trata do objetivo do tratado em questão.

Eis, portanto, um dos fundamentos para a instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação (art. 19) como forma de tornar mais eficaz a investigação e a persecução penal dos delitos implicados na conjuntura da macrocriminalidade organizada.

Isso permite constatar que, em tendo sido já internalizada formalmente por intermédio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, já havia possibilidade firmada no âmbito internacional para que o Brasil – Estado-parte da Convenção de Palermo – utilizasse internamente da sistemática das Equipes Conjuntas de Investigação por seus órgãos de investigação e persecução penal com outros Estados-partes da mesma Convenção, para fins de investigação e repressão à criminalidade organizada transnacional.

Mas ainda há pontos legais para análise. No contexto interno, a primeira vez que a temática que envolve as Equipes Conjuntas de Investigação obteve respaldo legal em lei ordinária foi por meio da Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Sua previsão está contida no art. 5º, inciso III:

> Art. 5º. A repressão ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> [...]
>
> III - da formação de equipes conjuntas de investigação.

Em que pese não haja uma concepção ou requisitos legais sobre o tema na referida Lei nº 13.344/2016, o legislador ordinário demonstrou a boa intenção em acolher o instituto, dando mostras de que as Equipes Conjuntas de Investigação podem ser utilizadas como forma de repressão a um gravíssimo delito que guarda estreita relação com a macrocriminalidade organizada: o tráfico nacional e transnacional de pessoas.

Nesse particular aspecto, o reforço a tal situação veio com a promulgação interna do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, o que se deu pelo Decreto nº 10.452, de 10 de agosto de 2020 – acordo firmado pela República Federativa do Brasil, em San Juan, em 2 de agosto do longínquo ano de 2010.

O objetivo do Acordo-Quadro é intensificar o trabalho de cooperação entre países membros do Mercosul no combate ao crime organizado transnacional por meio do estabelecimento de investigação conjunta, o que reforça a cooperação jurídica internacional entre os países do bloco.

O Acordo-Quadro do Mercosul tem como diretriz dinamizar procedimentos de cooperação internacional em matéria criminal e permitir o trabalho próximo e concomitante, na produção de provas, entre autoridades de investigação de dois ou mais países, de forma a viabilizar, com maior celeridade e objetividade, a colaboração no combate ao crime organizado transnacional.

Esta forma cooperacional é decorrente de uma preocupação do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai (Estados-Partes do Mercosul), bem como da Bolívia e do Equador (Estados Associados do Mercosul), com os delitos como o tráfico ilícito de entorpecentes, corrupção, tráfico de armas e todos aqueles que integram o chamado crime organizado transnacional. Os Estados que ratificarem o Acordo-Quadro ficam convencidos deste modo, que as Equipes Conjuntas de Investigação constituirão uma ferramenta eficaz de cooperação internacional em matéria penal.

Sendo coerente a ideia de que grande parte do fluxo transfonteiriço das organizações criminosas que operam no Brasil dá-se com relação aos países limítrofes e próximos na América do Sul, o citado Acordo-Quadro certamente preencherá uma lacuna relevante acerca do assunto, o que está bem delineado em seu art. 1º:

> Artigo 1º. As autoridades competentes de uma Parte, que estiverem a cargo de uma investigação penal, poderão solicitar a criação de uma Equipe Conjunta de Investigação às autoridades competentes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> de outra Parte, quando essa investigação tiver por objeto condutas delituosas que por suas características exijam a atuação coordenada de mais de uma Parte.

Na atual quadra, na qual "criminosos desconhecem fronteiras" (ARAS, 2019, p. 424), incumbe às autoridades competentes dos Estados-partes do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação propor ou admitir a formação de uma ECI, o que deve ocorrer por meio de suas autoridades centrais.

É o que prevê o art. 5º do Acordo-Quadro:

> Art. 5º. Formalizada a solicitação pela Autoridade Competente da Parte Requerente, ela a remeterá a sua Autoridade Central. A Autoridade Central analisará se a solicitação reúne as condições estabelecidas no presente Acordo e, nesse caso, encaminhará o pedido à Autoridade Central da Parte Requerida.

Impõe-se dizer que o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação até o presente momento foi ratificado por Equador, Argentina e Brasil, de modo que, por enquanto, a formação de uma Equipe Conjunta de Investigação somente pode ser concluída entre os citados Estados-partes.

Em síntese, no que concerne à investigação, prevenção e persecução penal dos crimes relacionados à macrocriminalidade organizada, no contexto brasileiro há duas normas que podem fundamentar um pedido de constituição de uma Equipe Conjunta de Investigação: a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação.

Para além do que prevê a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, ambos especificamente direcionados à macrocriminalidade organizada e já em vigor para o Brasil, há de se fazer referência ao Projeto de Lei nº 6.341/2019, que deu origem à Lei nº 13.964/2019, conhecida por instituir o chamado Pacote Anticrime.

No que concerne ao tópico em exame, o texto original do aludido PL nº 6.341/2019 trazia uma previsão específica no que tange às Equipes Conjuntas de Investigação, cuja finalidade era a inserção do mecanismo no teor da Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas). Veja-se como seria a redação do art. 3º-A da citada norma:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 3º-A. O Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderão firmar acordos ou convênios com congêneres estrangeiros para constituir equipes conjuntas de investigação para a apuração de crimes de terrorismo, crimes transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais.
>
> §1º Respeitadas as suas atribuições e competências, outros órgãos federais e entes públicos estaduais poderão compor as equipes conjuntas de investigação.
>
> §2º O compartilhamento ou a transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação devidamente constituídas dispensam formalização ou autenticação especiais, sendo exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia.
>
> §3º Para a constituição de equipes conjuntas de investigação, não se exige a previsão em tratados.
>
> §4º A constituição e o funcionamento das equipes conjuntas de investigação serão regulamentadas por meio de decreto. (NR)

Sem embargo, o grupo de trabalho que então analisou o texto do Projeto de Lei nº 6.341/2019, ainda no mês de outubro do ano de 2019, decidiu retirar a previsão de acordos de cooperação sem previsão de tratados internacionais em investigações de organizações criminosas.

Além disso, entendeu-se que a previsão no sentido de que o Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderiam constituir Equipes Conjuntas de Investigação para atuarem em crimes de terrorismo, transnacionais ou cometidos por organizações criminosas internacionais violaria a prerrogativa do Congresso Nacional de aprovar tratados internacionais do quais o Brasil é signatário.

Em que pese os argumentos deduzidos pela Câmara dos Deputados, perdeu-se a oportunidade, diga-se de passagem, de se ter a previsão em lei ordinária da instrumentalização de Equipes Conjuntas de Investigação com a específica finalidade de prevenção e repressão à criminalidade organizada transnacional, questão ausente – como já foi sustentado – na Lei nº 12.850/2013, cujo procedimento probatório ali definido está limitado ao regime jurídico e jurisdicional interno.

De qualquer modo, está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.045/2010, cuja diretriz é dispor sobre o novo Código de Processo Penal e há uma tendência de inserir dispositivos referentes às Equipes Conjuntas de Investigação, o que, sem dúvida, constituirá um notável avanço em termos probatórios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De acordo com o Relatório da Câmara dos Deputados relativo ao PL nº 8.045/2010:

> Também foi incorporada disciplina das equipes conjuntas de investigação, atendendo a compromissos internacionais assumidos. Tais equipes poderão ser constituídas para a apuração criminal de fato que configure delito previsto em tratado internacional de que o Brasil seja parte, a fim de que possa ser conduzida em território brasileiro ou estrangeiro, ou ainda quando houver apurações correlatas que exijam a coordenação de atuação de mais de um país, diante de sua complexidade.

A novidade adveio por intermédio da Emenda nº 225/16, que trouxe ao PL as Equipes Conjuntas de Investigação, incorporada e acolhida no substitutivo apresentado à Câmara dos Deputados.

Em recente audiência promovida pela comissão especial da Câmara dos Deputados que analisa o projeto do novo Código de Processo Penal, o Ministério Público Federal (MPF) defendeu alterações na proposta para fortalecer a cooperação jurídica internacional, propondo-se medidas para favorecer a formação de Equipes Conjuntas de Investigação no combate a crimes transnacionais.

No entanto, na oportunidade, o MPF sugeriu que seja retirada da proposta do novo CPP a exigência de um acordo constitutivo, a cargo da autoridade central, para a formação de Equipes Conjuntas de Investigação, que envolvem autoridades de diferentes países, haja vista que a medida contraria o Acordo-Quadro do Mercosul, que prevê a criação das ECIs por meio de acordo de cooperação técnica entre as autoridades envolvidas.

Isso porque, com fulcro no Acordo-Quadro, o MPF já tem integrado equipes formadas por integrantes da polícia e do Ministério Público de outros países, para a investigação e combate a crimes transnacionais, tendo sido necessário apenas o envio de proposta formal à autoridade central, justificando a necessidade do trabalho conjunto.

Nada obstante o correto posicionamento do Ministério Público Federal, uma previsão em lei ordinária interna tratando da instituição de Equipes Conjuntas de Investigação como meio probatório na investigação e persecução penal é medida louvável.

Por derradeiro e para melhor intelecção, agregue-se os principais dispositivos do texto do PL nº 8.045/2010, pertinente às Equipes Conjuntas de Investigação, com expressa previsão no Título V – Das Equipes Conjuntas de Investigação, com ampla e detalhada normatização entre os arts. 763 e 780 do projeto do novo Código de Processo Penal:

> Art. 763. A constituição de Equipe Conjunta de Investigação (ECI), prevista nas Convenções das Nações Unidas contra o Crime

Organizado Transnacional, a Corrupção e o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, obedecerá ao disposto neste Título, sem prejuízo de sua formação para a apuração de outros crimes previstos em tratado internacional de que o Brasil faça parte.

§1º Enseja a constituição de uma Equipe Conjunta de Investigação a apuração criminal de fato que configure delito previsto em tratado internacional de que o Brasil seja parte, com repercussão transnacional, que possa ser conduzida em território brasileiro ou estrangeiro, ou a existência de apurações correlatas que exijam a coordenação de atuação de mais de um país, diante de sua complexidade.

§2º As autoridades competentes brasileiras devem possuir jurisdição territorial ou extraterritorial em relação ao fato objeto da investigação.

[...]

Art. 764. O acordo operacional ou similar poderá ser firmado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública ou autoridade por ele designada, em representação ao Estado brasileiro.

Parágrafo único. Quando a autoridade central brasileira não estiver vinculada ao Ministério da Justiça, o acordo previsto neste artigo será firmado pelo Ministro das Relações Exteriores ou autoridade por ele designada, em representação ao Estado brasileiro.

Art. 765. A solicitação para a criação de Equipe Conjunta de Investigação pelo órgão interessado será enviada ao Estado estrangeiro ou recebida no Brasil por intermédio da autoridade central brasileira para cooperação internacional designada por lei ou tratado, que deverá manifestar-se acerca dos requisitos formais de admissibilidade para a formação da referida equipe, ou por mala diplomática, salvo previsão expressa em tratado internacional.

[...]

Art. 766. A aceitação do Estado requerido ao pedido de criação da Equipe Conjunta de Investigação será realizada por intermédio da autoridade central brasileira.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

§1º. Após a aceitação do Estado requerido e presentes os requisitos formais de admissibilidade, será celebrado o acordo operacional que constituirá a Equipe Conjunta de Investigação.

§2º A recusa ao pedido de criação da Equipe Conjunta de Investigação será realizada por intermédio da autoridade central brasileira e deverá ser devidamente fundamentada.

Art. 768. São órgãos integrantes da Equipe Conjunta de Investigação e possuem legitimidade para firmar o respectivo instrumento de cooperação técnica:

I - a Polícia Federal e a Procuradoria Geral da República, conjuntamente, de acordo com suas atribuições legais, pelo Estado brasileiro;

II - as instituições estrangeiras congêneres, responsáveis pela condução de investigações criminais ou atuação em processo penal, pelo Estado estrangeiro.

§1º Poderão ser convidados a participar da Equipe Conjunta de Investigação, como membros adjuntos brasileiros, conforme a necessidade, outros órgãos federais, estaduais e do Distrito Federal, assim como organizações internacionais, todos dentro de suas respectivas competências.

§2º A Equipe Conjunta de Investigação poderá atuar em qualquer parte do território nacional e requisitar, quando cabível, a colaboração de órgãos de segurança pública federais, dos Estados e do Distrito Federal, e o apoio de outras autoridades locais.

§3º A Advocacia-Geral da União poderá participar como órgão integrante, conjuntamente com órgãos descritos no inciso I, nos casos em que os fatos criminais investigados possam caracterizar também ato de improbidade administrativa ou responsabilidade civil ou administrativa por ato contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Assim concebido, o texto tencionará a preencher relevante lacuna na tratativa das Equipes Conjuntas de Investigação como instrumento probatório em investigações transnacionais complexas, tais quais aquelas vinculadas à macrocriminalidade organizada, questão-chave do estudo que ora se apresenta.

Assim, uma especificação pormenorizada dos procedimentos levados a cabo pelas Equipes Conjuntas de Investigação encontra-se bem delineada no art. 765 do PL nº 8.045/2010, deixando expresso normas relativas à definição do objeto e finalidade de atuação da equipe; à exposição sucinta dos fatos investigados e descrição dos motivos que justificam a necessidade de criação da equipe; à descrição sucinta dos procedimentos de investigação que se propõe realizar durante o funcionamento da equipe; ao provável prazo para seu funcionamento; e às regras de sigilo e confidencialidade que cada órgão integrante deve obedecer em relação aos fatos apurados pela equipe.

Portanto, é inegável o avanço que se dará com a aprovação do novo Código de Processo Penal em termos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, havendo uma preocupação salutar do legislador ordinário com a previsão em lei ordinária acerca das Equipes Conjuntas de Investigação.

Contudo, não havendo certeza se o que consta do aludido Título V do texto do PL nº 8.045/2010 será mantido e aprovado, desde logo se pode concluir que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação suprem a ausência de normas internas condizentes com a instrumentalização de Equipes Conjuntas de Investigação em casos complexos de natureza transnacional atinentes à macrocriminalidade organizada, pois ambos já foram formalmente internalizados, não havendo óbices quanto à aplicação das mencionadas normas internacionais pelas autoridades brasileiras.

Por último, uma última palavra sobre os conceitos de Equipes Conjuntas de Investigação deve ser explicitada. A ideia geral em torno do assunto revela que, constituída por membros de Ministérios Públicos e autoridades policiais de dois ou mais Estados, uma equipe conjunta de investigação tem por objetivo realizar a investigação e a persecução de crimes transnacionais complexos, em um ou em todos os países que a compõe, a partir da celebração de acordo internacional entre as instituições envolvidas.

RIJKEN (2006, p. 102) anota que "a *Joint Investigation Team* é uma equipe de investigação operacional, criada com o objetivo de investigar casos complexos em diferentes Estados e composta por autoridades distintas destes Estados".

Definição específica de Equipes Conjuntas de Investigação pode ser encontrada no art. 3º, 3.1, do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação:

> 3.1. Equipe Conjunta de Investigação (ECI): É a constituída por meio de um instrumento de cooperação técnica específico que se celebra entre as Autoridades Competentes de duas ou mais Partes, para levar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> adiante investigações penais em seus territórios, por um tempo e fim determinados.

Por outro lado, mas no mesmo sentido, na concepção da EUROJUST (*European Union Agency for Criminal Justice Cooperation*)

> Uma equipe conjunta de investigação (ECI) é um dos instrumentos mais avançados utilizados na cooperação internacional em matéria penal, incluindo um acordo jurídico entre autoridades competentes de dois ou mais Estados com o objetivo de realizar investigações criminais. Composta por procuradores e autoridades de vinculadas à aplicação da lei, bem como juízes, as ECI são estabelecidas por um período fixo, normalmente entre 12 e 24 meses, tal como é necessário para se chegar a conclusões bem sucedidas nas investigações.

Já para a EUROPOL (*European Police Office*):

> Uma equipe conjunta de investigação é um instrumento de cooperação internacional baseado num acordo entre autoridades competentes – tanto judiciais (juízes, procuradores, juízes de investigação) como policiais – de dois ou mais Estados, estabelecidos por uma duração limitada e com um objetivo específico, para realizar investigações criminais em um ou mais dos Estados envolvidos.

As concepções são semelhantes devido às finalidades semelhantes, haja vista que as Equipes Conjuntas de Investigação são um instrumento de cooperação eficiente e eficaz entre as agências nacionais de investigação no combate ao crime transfronteiriço, especialmente o organizado e concertado entre diversas jurisdições, facilitando a coordenação de investigações e processos judiciais conduzidos em paralelo em vários Estados.

5.3. Sobre a aplicação do instituto das Equipes Conjuntas de Investigação

Induvidoso, consoante a exposição apresentada, que as Equipes Conjuntas de Investigação permitem a implementação de técnicas de persecução mais eficazes para identificar, investigar e julgar os membros das organizações criminosas transnacionais. Os usos mais comuns desta forma de cooperação são no âmbito do tráfico de drogas, do tráfico de pessoas, da corrupção, da lavagem de dinheiro, do terrorismo, do contrabando de armas e dos crimes cibernéticos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Os considerandos do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação bem explicitam tais fins:

> Preocupados com delitos como o tráfico ilícito de entorpecentes, a corrupção, a lavagem de ativos, o tráfico de pessoas, o tráfico de migrantes, o tráfico de armas e todos aqueles que integram o chamado crime organizado transnacional, bem como os atos de terrorismo, ou delitos cujas características tornem necessária a atuação e o combate coordenados de mais de uma Parte;
>
> Desejosos de reforçar a cooperação em matéria penal a fim de chegar a uma efetiva investigação de todas aquelas condutas referidas precedentemente;
>
> Convencidos de que as equipes conjuntas de investigação constituirão uma ferramenta eficaz de cooperação internacional em matéria penal; e
>
> Entendendo necessário contar com mecanismos apropriados de cooperação que permitam uma efetiva coordenação entre as autoridades das Partes.

É premente que o Acordo-Quadro do Mercosul veio a lume como relevante instrumento de constituição das Equipes Conjuntas de Investigação, sendo que os escopos e objetivos de sua criação, assim como os demais critérios para a funcionalidade da operação, devem ser definidos no texto do acordo a ser firmado entre os Estados interessados na investigação conjunta.

Notável, também, que tais equipes conjuntas podem ser formadas em qualquer fase da investigação ou da persecução penal, respeitando-se os princípios da soberania e independência dos Estados no plano internacional, competindo à legislação interna de cada país determinar quais são os órgãos dotados de poder investigatório hábeis a integrar a equipe conjunta, que hão de ser compostas basicamente por membros das Polícias investigativas (Polícia Federal e Polícia Civil) e procuradores ou promotores do Ministério Público.

Com base no Acordo-Quadro sobre Equipes Conjuntas de Investigação (art. 4º, 4.1) há de incumbir às autoridades centrais o trâmite dos pedidos de formação das Equipes Conjuntas de Investigação, limitando sua apreciação aos aspectos formais. Noutro norte, as autoridades competentes são os órgãos incumbidos do juízo de conveniência e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

oportunidade para propor ou admitir a formação de uma Equipe Conjunta de Investigação (art. 5º).

É o que está delineado no art. 5º do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação:

> Formalizada a solicitação pela Autoridade Competente da Parte Requerente, ela a remeterá a sua Autoridade Central. A Autoridade Central analisará se a solicitação reúne as condições estabelecidas no presente Acordo e, nesse caso, encaminhará o pedido a Autoridade Central da Parte Requerida.
>
> A Autoridade Central da Parte Requerida, mediante prévio controle das condições do presente Acordo, encaminhará, em seu caso, o pedido a sua Autoridade Competente a fim de que esta se pronuncie sobre a criação de uma ECI, conforme sua legislação interna.
>
> As Autoridades Centrais tramitarão as solicitações pelos meios mais expeditos e no menor prazo possível.

No Brasil, o papel de autoridade central é desempenhado, em relação a maioria dos países, pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça. A autoridade competente pode ser o Ministério Público Federal, a Polícia Federal ou outro órgão investigativo brasileiro.

A autoridade central é um órgão técnico, responsável pela intermediação de pedidos e esclarecimentos no âmbito da cooperação internacional em matéria civil e penal. Assim, a autoridade central não se manifesta sobre o mérito dos pedidos de cooperação, competindo-lhe apenas verificar a adequação formal dos pedidos e encaminhá-los aos órgãos competentes pela execução da medida requerida.

A autoridade central não solicita ou requer medida de cooperação, pois não detém legitimidade processual para isso. Não lhe cabe interferir ou opor obstáculos às medidas de cooperação ou realizar qualquer ato de cooperação que não seja a prestação de informações sobre a legislação de cada Estado.

Em verdade, "A aceitação da criação de uma ECI será comunicada por meio das Autoridades Centrais, a fim de formalizar o Instrumento de Cooperação Técnica definitivo, que será assinado por ambas as Autoridades Competentes" (art. 6º).

Dado importante é o fato de que "a prova e a informação obtidas em virtude da atuação da ECI somente poderão ser utilizadas nas investigações que motivaram sua

criação", o que somente não ocorrerá se houver acordo em contrário das autoridades competentes, além do que "as Autoridades Competentes poderão acordar que a informação e a prova obtidas, em virtude da atuação da ECI, tenham caráter confidencial" (art. 11).

Nessa linha de análise, no Relatório Técnico sobre a Meta 9 da ENCCLA 2017, uma equipe de procuradores da Secretaria de Cooperação Internacional do Ministério Público Federal afirmou que:

> Na maior parte dos Estados civilizados, com o intuito de dar uma maior expediência aos pedidos de cooperação, a autoridade central costuma ser órgão do Ministério Público local. Porque, como acontece no Brasil, cabe ao Ministério Público a titularidade da persecução penal, não estando essa instituição adstrita aos limites formais, legais e materiais dos órgãos auxiliares do Executivo. A entrega ao MP do papel de autoridade central dos tratados de cooperação respeita a dimensão internacional do titular da ação penal, autoridade com atribuição para examinar a legalidade e possibilidade material do cumprimento dos pedidos de cooperação.

Os procuradores do MPF ainda defendem que:

> As decisões de conveniência/oportunidade e detalhes técnicos relativos a cada Equipe Conjunta de Investigação (ECI) devem ser atribuição dos órgãos federais dotados de poder de investigação, conforme as normas e melhores práticas internacionais recomendam, devendo a avaliação inicial ser apenas de um caráter formal e com parâmetros claramente pré-definidos.

Esta necessidade de implementação das Equipes Conjuntas de Investigação com relação à criminalidade transnacional se faz adequada tanto pelo fato de a Lei nº 12.850/2013 não dispor sobre a matéria, quanto pelo motivo de que "as fronteiras políticas dos Estados limitam o seu exercício de jurisdição penal e tornam, muitas vezes, impossível valer a lei penal ou processual penal nos eventos transfronteiriços" (ABADE, 2013, p. 31).

Consta que, atualmente, há oito pedidos de criação de Equipes Conjuntas de Investigação em acompanhamento na Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República, havendo um enorme empenho do MPF, junto à autoridade central brasileira e às contrapartes estrangeiras, para a criação das Equipes Conjuntas de Investigação nos casos concretos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Ministério Público brasileiro tem três ECIs em andamento: duas no âmbito do Mercosul e uma com a Unidade de Cooperação Jurídica da União Europeia (EUROJUST). As equipes conjuntas de investigação da América do Sul investigam crimes de tráfico de drogas e de pessoas com o Paraguai. A outra equipe vinculada à EUROJUST investiga, junto com a Itália, o tráfico internacional de drogas.

Afirma-se, conforme atesta ARAS (2020), que a primeira utilização do instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação pelo Brasil deu-se com a ECI/Condor, formalizada no ano de 2014 pelos Ministérios Públicos do Brasil e da Argentina, para a investigação de um caso relacionado à Justiça de Transição.

Em 2018 os Ministérios Públicos do Brasil e Portugal criaram uma Equipe Conjunta de Investigação cujo acordo tem como fundamento a Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), e permitirá a atuação conjunta entre procuradores brasileiros e portugueses em matéria criminal, com destaque para investigações que envolvem corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e crimes correlatos.

Em outubro de 2020, o Ministério Público Federal do Brasil e o Ministério Público do Paraguai assinaram um acordo para a formalização de uma Equipe Conjunta de Investigação com o objetivo de investigar crimes de tráfico de pessoas em ambos os países, especialmente na região fronteiriça.

Isso confirma que a formação de Equipes Conjuntas de Investigação torna-se relevante nos lugares onde as fronteiras são compartilhadas, trazendo benefícios para as autoridades dos países participantes, tais como o estabelecimento de mecanismos de comunicação mais rápidos e procedimentos especiais para a validade de provas em casos específicos.

A fim de avançar na coordenação necessária entre a Procuradoria-Geral da República do Brasil e a Procuradoria do Paraguai, com o apoio do UNODC – Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime*) – no âmbito da iniciativa TRACK4TIP, financiada pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, objetivou-se facilitar o desenvolvimento de uma reunião bilateral com o objetivo de "promover o diálogo entre as autoridades nacionais e estabelecer prioridades operacionais para a implementação de Equipes Conjuntas de Investigação sobre o tráfico de seres humanos".

No ano de 2020, firmou-se outra Equipe Conjunta de Investigação com a Itália, para apuração de tráfico internacional de drogas envolvendo a atuação da organização criminosa italiana *Ndrangheta* no Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Vislumbra-se do exposto que as equipes conjuntas de investigação podem atuar nos territórios dos países signatários do Acordo-Quadro e, em regra, consoante ARAS (2020), a prova colhida pelos investigadores pode ser validada (legalizada) para todos os fins, inclusive para persecução criminal em juízo, independentemente de outras formalidades exigidas nas vias ordinárias de cooperação internacional.

Não há, ainda, jurisprudência e nem mesmo decisões monocráticas emanadas das Cortes Superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – e dos Tribunais Regionais Federais no que diz respeito à interpretação e instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação como meio de captação de provas em investigações transnacionais.

Via de consequência e por fim, somente o tempo definirá se as Equipes Conjuntas de Investigação possuem a eficácia prática necessária para a obtenção de provas referente às investigações transnacionais, porém, em tese, eis aqui uma evidência firme de que sua implementação em muito contribuirá com a persecução penal dos delitos praticados no âmbito da macrocriminalidade organizada.

CONCLUSÃO

No contexto nacional, o quadro probatório relativo às organizações criminosas hoje já não se satisfaz somente com as disposições previstas no Código de Processo Penal e na Lei nº 12.850/2013, especialmente quando se fala em criminalidade transnacional ou além-fronteira.

É preciso dar atenção à normativa internacional disposta em tratados firmados pelo Brasil, para fins de se obter um sistema investigativo e persecutório criminais mais coerente com a resposta penal a ser dada a um fenômeno de tão acentuada gravidade.

O que neste texto se objetivou, primordialmente, foi propugnar pela utilização mais expansiva do instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação como forma de prevenção e repressão à macrocriminalidade organizada.

É notório que o fenômeno das organizações criminosas constitui uma das mais intrincadas causas de revitalização da criminalidade na atualidade, isso porque a forma pela qual opera uma organização criminosa regularmente abrange a prática de diversas e complexas condutas delituosas em diversos e distintos Estados, o que, além da danosidade social, finda por implicar no sistema de persecução penal.

Demostrou-se que há instrumental normativo disponível aos órgãos internos de investigação e persecução penal hábil a conter o impulso generalizador do crime organizado, que se perfaz por intermédio de delitos que afetam sobremaneira a estabilidade das instituições, instrumental esse abarcado pela Convenção das Nações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação.

Enquanto não há previsão do instrumento em lei ordinária interna – à exceção da Lei nº 13.344/2016, sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas –, pelo que aqui corrobora-se com o que consta do Título V do Projeto de Lei nº 8.045/2010, que pretende instituir o novo Código de Processo Penal, deve-se ter em consideração e como fundamento os citados diplomas internacionais para a formação de Equipes Conjuntas de Investigação entre o Brasil e os respectivos Estados-partes.

Críticas às Equipes Conjuntas de Investigação podem vir a surgir, especificamente aquelas voltadas à ausência de defesa durante o trâmite de uma investigação conjunta, contudo, guardadas as reservas quanto à presença de contraditório no decorrer de investigações, nada impede que o acordo que instituir uma Equipe Conjunta de Investigação venha a dispor no que diz respeito à presença, por exemplo, de membro da Defensoria Pública da União a fim de que sejam observados os direitos e garantias dos investigados implicados numa investigação conjunta entre dois ou mais países.

Em arremate, na tratativa investigatória e persecutória em juízo da criminalidade organizada transnacional – macrocriminalidade organizada –, para além das disposições da Lei nº 12.850/2013, os órgãos internos de investigação competentes hão de atentar-se para a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e para o recente Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, ambos internalizados no Brasil e cujos textos não deixam dúvidas acerca da possibilidade eficaz de instrumentalizaçao das Equipes Conjuntas de Investigação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. **Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAS, Vladimir. **As Equipes Conjuntas de Investigação (ECIs).** Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2017/02/22/as-equipes-conjuntas-de-investigacao-eci/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

ARAS, Vladimir. **Direito Probatório e Cooperação Jurídica Internacional.** In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.) A Prova do Enfrentamento à Macrocriminalidade. Salvador: JusPodivm, 2019.

BLOCK, Ludo. **EU Joint Investigation Teams - Political Ambitions and Police Practices**. In Cross-Border Law Enforcement. Saskia Hufnagel, Simon Bronit, Clive Harfield, eds.,

Routledge, 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228124548_EU_Joint_Investigation_Teams_Political_Ambitions_and_Police_Practices>. Acesso em: 27 jul. 2021.

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>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. **Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.452, de 10 de agosto de 2020. **Promulga o texto do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10452.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. **Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, que trata do Código de Processo Penal**. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776>. Acesso em: 27 jul. 2021.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. **Organizações Criminosas no Direito Penal Brasileiro: O Estado de Prevenção e o Princípio da Legalidade Estrita.** In SILVA FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.) Doutrinas Essenciais – Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. VII.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. **MPF propõe medidas para fortalecer a cooperação jurídica internacional no novo CPP.** <https://defesa.com.br/mpf-propoe-medidas-para-fortalecer-a-cooperacao-juridica-internacional-no-novo-cpp/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL (DRCI). **Equipes Conjuntas de Investigação: Da Realidade Europeia até as Iniciativas Nacionais Sobre o Assunto**. In Cooperação em Pauta – Informes Sobre Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Civil e Penal. ISSN 2446-9211/nº 48. Fevereiro 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/CooperaoemPautaFevereiro2019.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

EUR-LEX. Access to European Union Law. **Cooperação estreita entre as administrações aduaneiras da União Europeia (Convenção de Nápoles II)**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A41998A0123%2801%29>. Acesso em: 27 jul. 2021.

JESUS, Damásio E. de. **Criminalidade Organizada: Tendências e Perspectivas Modernas em Relação ao Direito Penal Transnacional.** In SILVA FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.) Doutrinas Essenciais – Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. VII.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada: Volume Único**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

MERCOSUL. **Brasil Promulga Acordo com Países do Mercosul Para Investigação Conjunta de Crimes**. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/brasil-promulga-acordo-com-paises-do-mercosul-para-investigacao-conjunta-de-crimes/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

NICEFORO, Alfredo. **La Transformación Del Delito en la Sociedad Moderna**. Traducción de C. Bernardo de Quirós. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1902.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). **Equipes Conjuntas de Investigação (ECI): Ferramenta Eficaz Para Combater o Tráfico de Pessoas Entre Brasil e Paraguai**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/10/eci-uma-ferramenta-eficaz-para-combater-o-trafico-de-pessoas-entre-o-brasil-e-o-paraguai.html>. Acesso em: 27 jul. 2021.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo de. **Crime Organizado e Sistema Jurídico Brasileiro: A Questão da Conformação Típica.** In SILVA FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.) Doutrinas Essenciais – Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. VII.

RIJKEN, Conny. **Joint Investigation Teams: Principles, Practice, and Problems Lessons Learnt from the First Efforts to Establish a JIT**. In Utrecht Law Review. Volume 2, Issue 2, December, 2006.

SECRETARIA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL (MPF). **Equipes Conjuntas de Investigação**. Informativo nº 11, Fevereiro 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/noticias/informativo-sci>. Acesso em: 27 jul. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STOICA, Ionel. **Transnational Organized Crime. An (Inter) National Security Perspective**. In Journal of Defense Resources Management. Vol. 7, Issue 2 (13)/2016. Disponível em: <http://journal.dresmara.ro/issues/volume7_issue2/02_stoica_vol7_issue2.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). **Transnational Organized Crime: The Globalized Illegal Economy**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/toc/factsheets/TOC12_fs_general_EN_HIRES.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO DIGITAL SOB A PERSPECTIVA DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RAMILA RAYARA VITAL BORGES: Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

MARIA SOCORRO RODRIGUES COELHO 1

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo discute o tema da responsabilidade civil decorrente do abandono digital sob a perspectiva das decisões do Superior Tribunal de Justiça, tendo como intuito expor as consequências decorrentes da falta de vigilância parental e os impactos nocivos sobre crianças e adolescentes advindos desse abandono, estes acabam se tornando vítimas de *cyberbullying*, pedofilia, e outros abusos. O abandono digital decorre da falta de atenção dos pais em relação aos seus filhos. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica de caráter narrativo e dedutivo; onde discute-se de forma detalhada as consequências do abandono digital com o objetivo de garantir a proteção integral dos menores. Com a era digital fica cada vez mais difícil conviver sem estar conectado à internet, esse novo mundo virtual prende não só a atenção dos adultos como também das crianças que se conectam desde a infância precoce. Vale ressaltar, que a responsabilidade civil dos pais vai além do ambiente presencial, adentrando a esfera virtual. Além disso, considera-se de fundamental importância estudos detalhados acerca do tema, tendo em vista que o abandono digital está presente de forma contínua no ambiente familiar e por muitas vezes passa despercebido, colocando em risco a saúde física e mental das crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Abandono digital, Responsabilidade civil, Criança, Adolescente.

ABSTRACT: This article discusses the topic of civil liability arising from digital abandonment from the perspective of the decisions of the Superior Court of Justice, aiming to expose the consequences arising from the lack of parental surveillance and the harmful impacts on children and adolescents arising from this abandonment, they end up becoming victims of cyberbullying, pedophilia, and other abuses. Digital abandonment stems from the lack of attention from parents towards their children. A bibliographical research of narrative and deductive character was carried out; where the consequences of digital abandonment are discussed in detail in order to guarantee the full protection of minors. With the digital age

2Doutoranda em Direito – UNICEUB. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*:mrscoelho@yahoo.com.br

it is increasingly difficult to live without being connected to the internet, this new virtual world holds not only the attention of adults but also of children who connect from early childhood. It is noteworthy that the civil responsibility of parents goes beyond the face-to-face environment, entering the virtual sphere. In addition, detailed studies on the subject are of fundamental importance, considering that digital abandonment is continuously present in the family environment and often goes unnoticed, putting the physical and mental health of children and adolescents at risk.

Keywords: Digital abandonment, Civil liability, Child, Adolescent.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Família e seu desenvolvimento. 2.1. Poder familiar. 3. Abandono digital. 3.1. Legislação acerca dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. 3.2. Implicações do abandono digital: impactos nocivos decorrentes da falta de vigilância parental. 4. Responsabilidade civil. 5. Jurisprudências sobre abandono digital e suas consequências jurídicas. 6. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a responsabilidade civil no abandono digital sob a perspectiva das decisões do Superior Tribunal de Justiça. Para contemplar o mencionado objeto de estudo, foi realizada uma análise criteriosa de como os tribunais fundamentam as decisões referentes ao estudo em questão. Nessa perspectiva, o artigo se debruça-se sobre o seguinte problema de pesquisa: quais os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para deferir ou indeferir a responsabilidade civil dos pais pelo abandono virtual de crianças e adolescentes?

O desenvolvimento do estudo se deu a partir de uma revisão bibliográfica, de caráter narrativo com método dedutivo. Foi realizada a leitura de artigos, revistas, livros e jurisprudências, partindo de um estudo geral para aspectos específicos referente ao abandono digital, onde foi analisada as possíveis causas decorrentes desse problema para que sejam evitadas as futuras consequências desse fato.

O artigo aborda as decisões do STJ acerca do tema e suas consequências jurídicas pautadas nessa ótica ineficaz da falta de fiscalização dos filhos pelos seus pais no ambiente familiar. Além disso, os pais ou responsáveis devem garantir aos menores a proteção integral. Como disposto no ECA, onde é assegurado aos menores, sujeitos de direitos e deveres, uma segurança fundamental tanto para a família como para o estado e a sociedade. Salienta-se ainda que conforme preconiza na Constituição Federal, o papel da família é essencial como garantidora da proteção integral de seus filhos.

Vale ressaltar, que a família tem a titularidade do poder familiar, advém desse poder uma série de responsabilidades como o dever de sustento, guarda e educação dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

menores. No direto romano essa expressão "poder familiar" tinha como entendimento o poder do pai sobre sua família e com isso ele tinha o poder supremo de decidir entre a vida e a morte dos seus filhos o que hoje não se aplica ao direito contemporâneo. Ademais, o que se observava na família patriarcal era a hierarquia de poder, pois o pai detinha todos os poderes alusivos à sua família. A família contempla os filhos. Paralelamente, a Constituição Federal de 1988 trouxe no artigo 226, no parágrafo quinto, que os direitos sobre o poder familiar são exercidos em conjunto tanto pela mulher quanto pelo homem, o estatuto da criança e do adolescente surge então para dispor sobre os direitos e deveres garantidos à criança e adolescente.

O abandono digital constitui uma problemática que surgiu pela omissão dos pais em relação aos filhos, essa falta de vigilância permite deixá-los estagnados na era digital. Com advento do marco civil da internet a velocidade que a internet proporcionou pessoas interligas, essa facilidade de acesso à internet, jogos online, notebooks, computadores.

Em que pese ser uma facilidade esse meio de comunicação, também traz consigo perigos nocivos, tendo em vista se tratar de um ambiente virtual não se sabe o que de fato é real ou não, os jovens estão cada vez mais ligados na era digital a quantidade de horas que se passa com o celular é exagerada. Desta forma, cabe aos pais ou responsáveis monitorar a criança para que não venha ser vítima de crimes como *cyberbullying*, pedofilia, dentre outros crimes ocorridos no meio digital.

Objetiva-se, desse modo, realizar um trabalho que venha expor as consequências decorrentes do abandono virtual com intuito de prevenir eventuais danos decorrentes dessa omissão. Justifica-se a reflexão e advertência trazida pelo artigo em epígrafe, para a prevenção e diminuição de crimes na esfera digital, tendo em vista que devido a ineficaz vigília dos pais ou responsáveis possibilita aos filhos incidir crimes virtuais. Vale destacar que essa atuação de prevenção e de fiscalização pode diminuir o número de crimes ocasionados ao ambiente digital e consequentemente essa pauta abordada de forma frequente tanto no ambiente familiar como nas demais áreas jurídicas.

Portanto, o presente artigo está estruturado em quatro capítulos. O primeiro capítulo aborda o contexto histórico da família para o desenvolvimento da sociedade e atribui aos pais direitos e deveres infanto-juvenis. No segundo capítulo, discute-se o abandono digital apresentando os riscos advindos da infrutífera vigília dos pais ou responsáveis no ambiente virtual. Nesse seguimento, aponta-se a legislação acerca do estatuto da criança e do adolescente e suas implicações no abandono digital. No terceiro capítulo apresenta-se uma análise da responsabilidade civil dos pais fundamentados na legislação vigente. Por fim, o último capítulo elucida como a jurisprudência vem debatendo o abandono digital e como os pais são penalizados na esfera civil.

2 FAMÍLIA E SEU DESENVOLVIMENTO

É oportuno nesse momento mencionar a família como base da sociedade, e que possui proteção do Estado, incide como *célula mater*. Posto isso, acrescenta-se que a Constituição Federal alega no artigo 226 essa explanação, é através da família que se desenvolve o convívio em sociedade.

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.
>
> § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
>
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
>
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
>
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
>
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
>
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
>
> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

Sob essa ótica, por meio da convivência familiar faz-se parte dessa engrenagem o estado, sociedade e a política. Salienta-se, que a família corrobora como função social da sociedade tendo respaldo na intervenção social. Outrossim, esse instituto apresentasse como eixo central para fluir o bem-estar e solidariedade, preceitos básicos cujo obtenção e resguardar a efetividade de tais garantias da criança e adolescente.

Desse modo, incide como direitos essenciais: a moradia, saúde, educação dentre outros. Nota-se que, o meio familiar é o primeiro contato para interação social da criança e adolescente, ambiente seguro para seu desenvolvimento. Nesse viés as relações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

familiares garantem à criança apropriar-se de hábitos na sociedade que nela está inserida. Segundo Engels (1980 *apud* MADALENO, 2020) patentear a importância da sociedade é necessária, pois por meio dela se forma a estrutura da sociedade como produto desse sistema social que visa repercutir o estado de cultura desse sistema. Portanto, a família em qualquer aspecto que seja merece ampla proteção do Estado.

Oliveira *et al.*, (2020) destaca que:

> A família tem um enorme papel na vida de uma criança, sendo ela sua primeira base e influência. O meio onde ela vive é importante para a construção de sua conduta. Ela é responsável por ensinar, educar e inserir a criança na sociedade, visto que seus costumes e modo de vida influenciarão a criança. A família fica responsável por ensinar, impor respeito, e por incentivar a criança a fazer coisas corretas se necessário a partir de regras (OLIVEIRA *et al.,* 2020 p. 4).

Diante disso, a família é primordial para o aprimoramento social da criança e adolescente e por meio desse instituto a salvaguarda dos menores. Porquanto, as relações familiares são resguardadas e protegidas pelo Estado, na medida em que a comunidade se forma pelos pais e seus descendentes novos arranjos familiares foram incluídos. Diante disso, sob a esfera jurídica a necessidade de reconhecer as relações informais instituídas nos fatos sociais garantem a efetiva conquista pelos avanços históricos e contribuições jurisprudenciais. Além disso, o conceito de família abrange não somente aqueles ligados por vínculo sanguíneo, assim como os pertencentes a um tronco comum, seja pela afinidade, seja por adoções.

Dito isso, com o avanço da família e a edição da Carta Política de 1988 surge um leque de arranjos familiares cujo modelo não se estabelece apenas pelo matrimônio. Assim como a união estável, família monoparental, homoafetiva, unilateral, dentre outros. Novos arranjos familiares foram aceitos após essa consagração da edição da carta Política de 1988. Constituem, desta maneira, diversos arranjos familiares, cuja atenção principal encontra-se voltada para o ambiente familiar. A atenção a ser prestada pela família logo se faz necessária para garantir ao menor todos os direitos e deveres que lhe são inerentes e a responsabilidade por todos os atos dos filhos decorrentes do poder familiar.

Outrossim, discutindo acerca da responsabilidade dos pais sobre seus filhos, é válido destacar que é dever da família: garantir a educação, convivência familiar, dignidade, dentre outros direitos conferidos aos infantes, de acordo com o Estatuto da criança e do adolescente – ECA. Nesse sentido, o planejamento familiar fornece àquele menor uma educação justa e criação digna, que serão promovidas pelos pais ou responsáveis do menor. Contudo, conforme preceitua o Código civil de 2002: qualquer pessoa pode interferir no lar determinado pela família. Da mesma forma, o estado assegurará proteção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

àquele menor; o âmbito familiar deve ser um ambiente propício ao afeto, os pais têm liberdade para a construção da educação dos seus filhos, entretanto, caso não seja possível a observância destas prerrogativas, o Estado punirá pais ou responsáveis que podem ser responsabilizados na esfera civil e penal de acordo com Radaelli e Batistela (2019).

Evidencia-se pelo artigo 22 do estatuto da criança e adolescente os deveres no plano obrigacional:

> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
>
> Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei (BRASIL,1990).

Conforme preceitua a lei 8.069/90 o Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe aos pais ou responsáveis garantir as obrigações no plano material e todo conforto possível assim como, uma proteção no plano socioafetivo, moral e psíquico. Com o remodelamento familiar mais abrangente à família ajustou-se aos princípios constitucionais imersos na carta magna de 1988.

Desse modo, os responsáveis pela esfera familiar devem guiar-se pelos seguintes objetivos: garantir a construção familiar definida pela isonomia dos filhos e igualdade de gêneros, coaduna cônjuges e companheiros. É inegável mencionarmos os princípios basilares do direito de família: dignidade da pessoa humana, princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança, por fim o da parentalidade responsável, existe diversos princípios que engloba novos arranjos familiares. Nesta esteira, temos o princípio da proteção integral do menor e o princípio do superior interesse da criança e adolescente, supracitados como reconhecedores de afeto e cuidado sendo elementos primordiais e indispensáveis para estruturar a manutenção familiar (AMIN *et al.,* 2019).

Percebe-se que tais princípios mencionados acima garantem ao menor o mínimo de dignidade da pessoa humana, em suma, o princípio da proteção integral tem respaldo na garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Proteção está que possuí amparo da constituição, estado e família conforme preconiza a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 227.

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> 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 (BRASIL, 1988).

Tais imposições atribuídas aos pais são consequências do poder-dever da família em decorrência do poder familiar, conjunto de direitos e deveres dos quais as crianças possuem por estarem em desenvolvimento. Para os autores Klunck e Azambuja (2020, p. 11-12) "os pais devem exercer o poder familiar no interesse dos filhos, fazendo jus à ideia da proteção integral, zelando pela integridade física e psíquica das crianças e adolescentes". Acrescenta-se que essa atribuição de direitos e deveres são designadas aos pais, a pessoa e aos bens da prole, a medida em que, os pais concretiza dessas obrigações de forma espontânea.

Por conseguinte, para a família não resta apenas alimentá-los e deixá-los crescer livremente, a eles fica delegada a obrigação de educá-los e dirigi-los, já que, o ser humano precisa desse acompanhamento até completar a maior idade civil, de quem os crie e eduque desde das necessidades em geral às mínimas possíveis. Posto isso, essas premissas são designadas aos pais que foram submetidas por meio das leis, de tal modo esse instituto conferido aos pais ou responsáveis é resultante do poder familiar (GONÇALVES, 2019).

Destarte, é notório no âmbito do poder familiar não dispor de uma autoridade, mas de encargos: o ônus imposto por lei aos pais, desta maneira o poder familiar constitui um poder decorrente do poder-função ou direito-dever, tendo a finalidade na teoria funcionalista expostas pelo direito de família, se origina de tal modo que atribui um poder exercido pelos pais, mas benéfico aos filhos.

Diante disso, mesmo sendo conferido aos pais o exercício do poder familiar sua autonomia não é absoluta, a medida em que for viável a intervenção do estado, este pode atuar como subsidiário. Portanto, outorgar deveres no campo material não são suficientes a importância que se dar no campo existencial são essenciais para satisfazer outras indigências da prole pautada no afeto.

Em suma, define-se como poder familiar conjunto de todas as faculdades designada aos pais que visa proteger os infantes, sua finalidade é lograr a formação integral dos filhos, gerir a saúde mental, moral, psíquica, social. Diante disso, o poder familiar é um direito personalismo estabelecido como irrenunciável, imprescritível, inalienável decorre da filiação legal e socioafetiva (DIAS, 2016).

2.1 Poder familiar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na órbita do direito de família é infundado atribuir aos pais o poder absoluto alusivo ao direito romano, a posteriori sua nomeação era denominada de pátrio dever. Por ora, se cogitava um poder que repercutia, mais em deveres do que em direitos. No direito romano tal poder incidia ao chefe de família podendo este dispor entre a vida e a morte do núcleo familiar, com decorrer dos tempos o chefe familiar não exercia o direito de vida ou morte. Desse modo, extinguiu-se esses poderes, influenciado pelo cristianismo, o poder familiar transcorre de um poder dever que transcende ao poder protetivo (GONÇALVES, 2019).

Em vista disso, o poder familiar possui características do direito protetivo impostos pela ordem pública. Nesse sentindo, a necessidade de zelarem pela formação do filho atribuindo prioridade absoluta conforme preceitua o artigo 227 da Constituição Federal bem como: á saúde, educação, convivência familiar etc. põe a salvo qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL,1988).

Por certo, a lei infraconstitucional explana no artigo 1.630 do código civil, Brasil (2002) que os filhos enquanto menores derivam do poder familiar, este poder não pode ser renunciado, delegado ou substabelecido, não sendo passível de abdicação caso seja será nulo. Posto isso, vale ressaltar que uma das características desse poder é imprescritível e somente perde tal direito pelos casos expressos em lei preleciona (GONÇALVES, 2019).

Acrescenta-se, que o poder familiar se dar de forma partilhada entre os pais, no código civil de 2002 preceitua no artigo 1.631 a competência dos pais permanece durante ao casamento e a união estável, na falta de um deles o outro exerce com exclusividade tamanho direto decorrente do poder familiar (BRASIL, 2002).

Deste modo, a legislação infraconstitucional 10.406/2002 artigo 1.690 do código civil o poder familiar e um instituto jurídico que tem como vínculo os pais e os filhos não emancipados sujeitos estes de uma relação que seja por vínculos biológicos, decorrentes desses deveres acarretam um conjunto de atos com intuito de garantir ao menor a devida proteção no âmbito pessoal e patrimonial. Nesse sentido, Rodrigues (2015) preleciona:

> Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados (BRASIL,2002).

Certamente, conforme dispõe a lei a necessidade de assisti-los foi designada após completarem a maior idade civil ou se forem emancipados, não somente o código civil a constituição preceitua no artigo 229 "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade" (BRASIL,1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Tendo em vista, que o Estatuto da Criança e Adolescente impõe o rol 22 o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabe ainda no interesse destes no plano obrigacional cumprir e fazer cumprir determinações judiciais (MADALENO, 2020).

No entanto, apesar de haver uma legislação protetora dos direitos infantojuvenis e da responsabilidade e punição de quem atentar contra os seus direitos e garantias fundamentais, seja por ação ou omissão, a sociedade se depara diariamente com crianças e adolescentes cujos direitos estão sendo ameaçados ou violados. Existem diferentes formas e meios de violar os direitos, desde aqueles mais conhecidos como a violência física e sexual, como outros característicos da atualidade, como o abandono digital, questão preocupante e que merece ser amplamente discutida (KLUNCK E AZAMBUJA, 2020).

Portanto, com advento do marco civil as tecnologias ampliaram de forma gradativa. Nesse sentido na medida em que a sociedade evoluí o direito acompanha os fatos a serem tutelados. Posto isso, o abandono digital deriva-se da má vigília dos pais ou responsáveis por seus filhos ao uso exacerbado diário na internet.

3 ABANDONO DIGITAL

Faz-se necessário inicialmente discorrer sobre o marco civil da internet, a internet é um símbolo em conjunto de pessoas interligadas por meio de redes físicas. Sendo assim, a internet se trata de um infinito meio de realizações, não apenas um fim em si mesmo. O marco civil está atrelado à ideia de liberdade de expressão, essa perspectiva tem como fundamento os meios de comunicação da internet, essa interação social onde pessoas e cidadãos expressam suas vontades é envolvem conteúdos práticos. Desse modo, para o marco civil a internet surge com intuito de manifestar a liberdade por meio do ciberespaço, tendo inserido nessa dimensão um infinito número de pessoas que expressam seus pensamentos neste ambiente. Por fim, é a dimensão extrínseca da democracia na esfera digital, segundo Gonçalves (2017).

No entanto, até que ponto a manifestação desses entendimentos são seguros para quem navega no mundo virtual sem as devidas precauções? Diante disso, o marco civil se baseia como princípio da liberdade de expressão, porém nem sempre a remoção de conteúdos lesivos que ofenda determinada pessoa se dá de forma rápida, exceto quando envolve imagens obscenas de nudez e cenas sexuais expondo crianças e adolescentes menores de 18 anos, tendo sua aplicabilidade na lei 8.069/90 de acordo com Costa e Pendiuk (2018).

Desse modo, a remoção desses conteúdos não é suficiente para eximir as consequências advindas desses casos. Nesse sentido, os autores Maruco e Rampazzo (2020, p. 9) advertem: "o uso descontrolado desses meios de comunicação vêm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

desencadeando inúmeros transtornos que, de forma desmedida, acaba por afetar a vida das pessoas, tanto na comunidade, quanto no núcleo familiar".

Em síntese, a agilidade dos meios de comunicação atinge significativamente crianças e adolescentes na esfera virtual. Pinheiro (2019), considera que durante anos as televisões fizeram parte do cotidiano familiar, sendo considerada como babá multimídia. Posto isso, após advento das telecomunicações temos na contemporaneidade a babá digital com propósito de manter aqueles menores calmos e entretidos por vias de aparelhos, computadores, tablets etc. Para a autora a internet é a nova calçada digital. Nesse sentido, erguem-se preocupações de garantir à prole um recinto seguro e protegido, vez que as denúncias com exposição de crianças e adolescentes estão sendo efetuadas diariamente, os menores estão sujeitos aos aparatos da internet. O ministério da mulher, da família e dos direitos humanos aponta o Brasil como o segundo país com maior número de crimes *cibernéticos*.

> Denúncias de exposição de crianças e adolescentes na internet estão entre os cinco tipos de violações mais denunciados ao Disque100. O levantamento sobre esse tipo de violência, considerando o local onde ocorre, inclui casos de pedofilia, cyberbullying e pornografia infantil.
>
> Apesar do registro dos casos denunciados, o índice real de violações pode ser bem maior. De acordo com um relatório da Norton Cyber Security, em 2017, o Brasil se tornou o segundo país com o maior número de casos de crimes cibernéticos. A situação, envolvendo cerca de 62 milhões de pessoas, gerou prejuízos de aproximadamente US$ 22 bi.
>
> Dados da Safer Net Brasil mostram que, em 2018, o Brasil registrou um total de 133.732 queixas de delitos virtuais, 110% a mais em relação ao ano anterior. O principal crime denunciado foi a pornografia infantil. Segundo a organização, nos últimos 14 anos, mais de 4,1 milhões de denúncias anônimas foram contabilizadas contra 790 mil endereços eletrônicos por divulgarem conteúdo inapropriado na internet.
>
> Além desses dados, o jornal New York Times informou, em 2019, que empresas de tecnologia registraram mais de 45 milhões de fotos e vídeos online de crianças vítimas de abuso sexual. O número é mais que o dobro do registrado no ano anterior.
>
> Ainda em 2019, de acordo com o Tic Kids, 18% dos meninos, entre 9 e 17 anos, viram imagem ou vídeo de conteúdo sexual na internet;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> 20% deles receberam mensagens de conteúdo sexual; e 13% das meninas, entre 9 e 17 anos, já receberam pedido para enviarem fotos ou vídeos íntimos. (BRASIL, 2020).

Sendo assim, é essencial os pais inspecionarem os filhos enquanto menores, a internet assim como o mundo real apresenta perigos lesivos para estes menores, percebe-se que tais crimes incidem sobre crianças e adolescentes, cerca de 18% dos meninos na faixa etária de 9 a 17 anos presenciaram imagens ou vídeos de conteúdos sexuais na internet de acordo com pesquisa Tic Kids (BRASIL, 2020).

Diante deste cenário de ameaças, recai sobre os pais a responsabilidade de cuidar, proteger os filhos, além disso, tal responsabilidade é resultante do poder familiar; a prática de negligência dos pais ou responsáveis ao atuar com descuido, desatenção, desleixo, é se abster de portar-se como vigilantes dos filhos em meio à internet, denomina-se o abandono digital.

No tocante ao abandono digital:

> A doutrina vem conhecendo a denominação "abandono digital", que consiste na negligência parental provocada por atos omissos dos genitores que descuidam da segurança dos filhos no ambiente cibernético proporcionado tanto pela Internet, como pelas redes sociais, não evitando os efeitos nocivos delas diante de inúmeros riscos (MARUCO E RAMPAZZO, 2020, p.15).

Portanto, para Pinheiro (2019) os jovens padecem em violências através de clicks, transcende *cyberbullying* à pedofilia, não sendo um lugar seguro para infantes ficarem desamparado. Por meio da internet, as fotos, preços, agendamento de encontros, todos os atos registrados por máquinas no ciberespaço por vias de publicações na internet ou mensagens. Dito isso, para além do ambiente virtual os danos sucedem a realidade.

Nessa esteira, segundo dados da Safer Net Brasil, no ano de 2018 houve 133.732 queixas de delitos virtuais. Diante disso, a responsabilidade dos pais de manter o monitoramento é incisiva para prevenção de crimes virtuais. Destarte, o abandono digital rompe a convivência familiar tornando lares empobrecidos, eis que os pais facultam a ilusória sensação de proteção por manter os filhos em casa causa uma falsa sensação de segurança. Além disto, a ocorrência de crimes na esfera virtual ampliou-se perenemente.

Por conseguinte, dados do ministério da mulher, da família e dos direitos humanos expõe que, entre as denúncias do disk 100, crianças e adolescentes ocupam a quinta posição no ranking (BRASIL, 2020). Posto isso, se torna indispensável a atuação dos pais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aos direitos e garantias fundamentais destas crianças e adolescentes portando-se como salvaguarda destes menores.

3.1 Legislação acerca dos direitos fundamentais da criança e do adolescente

Com os avanços das últimas décadas consagrou-se inúmeros movimentos que contribuíram para crianças e adolescentes serem reconhecidos como sujeitos de direitos merecendo a proteção especial, a priori crianças e adolescentes eram classificados como objetos aos longos dos tempos, atualmente anuiu-se como sujeitos beneficiados destinando-os a proteção integral com garantias constitucionais (AMIN *et al.*, 2019).

Nesse alcance, sucedeu a consagração do documento internacional o olhar para crianças na declaração de Genebra em 1934, nesse documento a criança não era um ser sujeito de direitos. Contudo, trouxe avanços e discussões a causa. Já no ano de 1984 deu-se a declaração universal dos direitos humanos como perspectiva de a criança ser garantidora de atenção e cuidados especiais, somente após 1959 aprovou-se a declaração universal dos direitos da criança para complementar a declaração universal dos direitos humanos.

Desta maneira, após a nova declaração verificou-se transformações, nessa concepção a criança deixar de ser um objeto e passa a ser detentora de proteção e direitos, corroborando sua vulnerabilidade e necessitando de uma legislação específica para esse grupo (KLUNCK E AZAMBUJA, 2020).

Pela primeira vez, foi adotada a doutrina da proteção integral fundada em três pilares como aponta Amin *et al.*, (2019 p. 63-64): 1) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2) crianças e jovens têm direito à convivência familiar; 3) as nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.

Em vista disso, expresso no artigo 227 da CF/1988 a proteção integral dos menores, enfatiza quem são esses jovens: Art. 2º da lei 8.089/90 "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (BRASIL,1990). No que concerne à convenção da criança e adolescente no seu artigo primeiro aduz que criança e o indivíduo que tenha idade inferior aos 18 (dezoito) anos, logo temos a salvaguarda das definições de cada estado membro. A necessidade de resguardar a proteção integral do menor os protege.

Dito isso, reiterando o artigo 227 da CF/1988 emerge tal princípio da proteção integral do menor: os três membros responsáveis por essa proteção são compostos por estado, sociedade e a família. Deste modo, faz com que zelem tais princípios asseguram direitos bem como o cuidado no que diz respeito a formação dos menores pelos direitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e cuidados na formação desses menores enquadro-o a qualquer menor de 18 (dezoito) anos, independentemente de estar em situação de risco pessoal ou social (AMIN *et al.*, 2019).

Neste contexto, "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais." (BRASIL, 1990). Conforme a legislação vigente a criança não pode sofrer negligência por seus pais ou responsáveis sob pena de infringir o dispositivo da lei.

Deste modo, para Pinheiro (2019) discussões acerca do abandono digital é imprescindível para os pais se atentarem sobre as consequências provenientes deste abandono, quanto maior as tecnologias na mesma proporção devem existir a educação, tais assuntos devem repercutir diariamente nas famílias atentando-se para a pauta de segurança.

Nota-se que para cada rede social tem-se uma idade mínima de uso, assim como redes sociais como o *Facebook, Instagram, Twitter, Snapchat* delimitam um mínimo exigível de 13 anos para seu acesso, já o *WhatsApp* a partir 16 anos. Contudo, em uma longa escala meninas e meninos sofrem traumas psicológicos ocorridos pelo imenso número de conteúdos íntimos disponíveis na web a faixa etária mais propício de assédio e exposições nu varia entre 10 a 14 anos. Percebe-se que essas idades são inferiores ao mínimo exigido para acessar o ciberespaço.

Portanto, constata-se que recai sobre esses jovens prejuízos para seu desenvolvimento sadio tais impactos desdobra-se em meio a ineficácia monitoramento dos pais ou responsáveis na era digital.

3.2 Implicações do abandono digital: impactos nocivos decorrentes da falta de vigilância parental

Indubitavelmente, imperioso abordar as implicações lesivas do abando digital em face das crianças e adolescentes, práticas ilícitas ocasionadas no ambiente virtual. Em que pese, a medida em que a internet desperta ao menor habilidades com capacidade de estabelecer educação rápida, facilidade na busca de materiais didáticos, eis que os submete aos aparatos tecnológicos sem vigília adequada dos pais, estes meninos e meninas destina-se para incidência de crimes cibernéticos.

Sob essa perspectiva, a esfera virtual cria uma sensação de terra sem lei, onde o anonimato se torna perfeito para prática destes delitos virtuais (CAVALCANTE, 2019). Posto isto, é necessário elucidar alguns crimes mais praticados por esses criminosos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em síntese, temos o *cyberbullying* ou *bullying* virtual como ato criminoso, o indivíduo age com a finalidade de agredir as vítimas através das redes digitais, por ora os criminosos comportam-se com intimidações, compartilhamentos de fotos ou mensagens com a finalidade de constranger a vítima, gera comentários sobre raça, religião, identidade física qualquer forma de violação à pessoa.

As consequências são inúmeras bem como: sintomas de ansiedade, depressão, utilização de entorpecentes (KLUNCK E AZAMBUJA, 2020). Como se percebe, os delitos ocorrem por intermédio de comentários que violam de alguma maneira a vítima, estes crimes ficam registrados nas redes virtuais, contudo para além do ambiente virtual tais vítimas acarretam danos físicos.

Neste seguimento, Assis e Moreira prelecionam que:

> Quando uma criança ou adolescente é vítima deste delito, muitas vezes por medo, vergonha ou receio, acaba não comentando com os pais, educadores ou responsáveis, o que pode acarretar transtornos mais graves e consequências maiores. Por isso, é importante que os pais ou responsáveis pela criança estejam atentos aos comportamentos dos menores quando estes estão utilizando o computador, ou mesmo nos comportamentos decorrentes de atividades corriqueiras do dia a dia, onde eles demonstram sentimentos de rejeição ou perseguição, e se sentem frequentemente abatidos e amedrontados. (ASSIS E MOREIRA, 2014, p.96).

Portanto, é essencial o papel dos pais como observadores atentos dos comportamentos de seus filhos crianças e adolescentes, uma vez que estes menores fazem uso do ciberespaço, acompanhar tais comportamentos pode prevenir as consequências deste delito.

Por este ângulo, existem diversos perigos na esfera virtual ou decorrentes do uso contínuo destes meios, tais crimes são definidos como abusos, exploração sexual, atos pornográficos infantis, pedofilia, infinitos meios de crimes segundo Klunck e Azambuja (2020). Nesse momento, importa discorrer sobre a pedofilia infantil. Conforme dados do Ministério, já mencionados, a pedofilia faz parte dos cincos tipos de violência mais denunciadas na internet. Outrossim, no Brasil a pedofilia não está tipificada na legislação brasileira, contudo qualquer crime que incide sobre crianças e adolescentes é titulado como pedofilia.

> É fato que a globalização impulsionada pela internet, com suas mais diversas ferramentas entre elas as que se pode entrar em contato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> com várias pessoas, de vários lugares ao mesmo tempo, tem auxiliado e aproximado os pedófilos de suas vítimas: A globalização através da internet propaga dados em tempo real o que facilita a ação dos pedófilos, os quais aproveitam-se da falta de segurança e fiscalização de muitos computadores ligados à rede para satisfazer sua excitação através de um dos crimes mais praticados na internet, hoje, a pornografia infantil, sendo que a falta de normatização possibilitou que pedófilos atuassem livremente, através de perfis falsos na internet.(CAVALCANTE, 2019, p.9).

Deste modo, coexiste uma necessidade de os criminosos satisfazerem seus desejos, já para outros realizam para desfrutar de ganhos econômicos decorrentes dos atos praticados, haja vista que a forma mais comum para tais práticas é por meio de sites virtuais. Qualquer meio que facilite trocas de informações, imagens, vídeos o indivíduo que tem facilidade de manter contato com a vítima configura este crime, qualquer ato que recai sobre criança e adolescente dar-se a consumação do delito segundo Cavalcante (2019). Desta forma, o criminoso possui a lasciva consigo e devido a isso se utiliza das crianças e adolescentes para ensejar seus desejos, deste modo se oportuniza assim para lucros financeiros por meio das crianças e adolescentes.

Nesse sentido, a medida em que o indivíduo comete o crime de pedofilia deve este responder criminalmente, o dispositivo 240 do estatuto da criança e adolescente expõe "Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente" (BRASIL,2002). Portanto, responde sob pena reclusão que varia de quatro a oito anos e multa.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

Precipuamente, a responsabilidade civil dos pais está prevista na Constituição e demais áreas correlacionadas pelo Código civil e Estatuto da criança e adolescente. Eis que esta responsabilidade é decorrente da filiação; segundo Gonçalves (2019, p.347) "filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais". Assevera-se que a responsabilidade dos pais é objetiva, não se pode levar em consideração a culpa, tal responsabilidade independe desta conduta. Dito isto, essa responsabilidade faz-se mediante a filiação, seja esta consanguínea, adotiva ou socioafetiva, esta última nasceu de um avanço social resultante do vínculo afetivo. Posto isso, ao evidenciar o reconhecimento de filiação existe a responsabilidade parental, eis que esta responsabilidade é fruto do poder familiar já mencionado anteriormente e tais prerrogativas são designadas por pais ou responsáveis (KLUNCK E AZAMBUJA, 2020).

Nesse seguimento, o Código civil define responsabilidade por meio do art.186 na medida em que quem causa dano a outrem tem obrigação de repará-lo "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). Neste ínterim, a responsabilidade dos pais é objetiva, podendo estes ser responsabilizados por ação ou omissão. Deste modo, a finalidade se designa pela existência do bem comum e a condição peculiar da criança e adolescente como pessoa em construção.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

> I - Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
>
> II - Os tutores e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
>
> III - Os empregadores ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
>
> IV - Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
>
> V - Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia (BRASIL, 2002).

Em vista disso, a obrigação de indenizar é atribuída aos responsáveis pelos menores que detém sua autoridade e companhia. Por isso, nota-se que os pais possuem papel crucial para desenvolvimento infanto-juvenil, cabe aos pais ou responsáveis desfrutar de sua companhia, propiciar amor, cuidado, zelo, proteção, afeto, com a finalidade de transformar crianças e adolescentes em cidadãos que cumprem com seus direitos e obrigações (KLUNCK E AZAMBUJA, 2020). Desse modo, na medida em que não são exercidas as garantias mínimas como proteção e cuidado, recaem sobre os aos pais sanções judiciais.

> Dessa forma, pode-se dizer que o exercício da responsabilidade pelos pais em todos os atos de seus filhos representa não apenas uma medida de cuidado, determinada em lei para casos de reparação civil, mas também medida de afeto. Caso contrário, esses pais deixariam seus filhos à mercê da sorte e dos efeitos que a exposição lhes proporcionaria (VATANABE, 2017, p.37)

Nesse sentido, não sendo irrogado aos infanto-juvenis direitos e deveres que lhe foram conferidos sobrevém medidas protetivas para as crianças e adolescentes vítimas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

lesões ou ameaça aos seus direitos previstos por lei. Sendo assim, deve ser comunicado ao Conselho Tutelar de acordo com artigo 136, I do ECA/1990.

> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
>
> I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
>
> II **- por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;**
>
> III - em razão de sua conduta (BRASIL, 2002).

Nesse alcance, destina-se que na falta de qualquer direito admitido por lei aos menores deve-se conceder à prole medidas de proteção. Portanto, as medidas protetivas são a salvaguarda dos jovens que suportam ameaças ou lesões aos seus direitos por meio da ação ou omissão da sociedade e estado, falta de omissão e abusos dos pais ou quem detém guarda, em razão de sua conduta, pautado no viés da proteção integral da criança e adolescentes, são medidas inescusáveis para reprimir e impedir o descumprimento das leis (VATANABE, 2017).

Destarte, a medida em que a família não supre as exigências básicas para crianças e adolescentes, o estado interfere em conformidade do artigo 1.513 do código civil "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família" (BRASIL, 2002). Em vista disso, o estado busca com a intervenção estatal a proteção e o melhor interesse da criança, apurada a existência de danos sejam na integridade física ou psíquica da prole. Designa-se a intervenção com fim de responder por tais condutas, bem como suspensão, destituição ou extinção da autoridade parental atuados pela justiça da infância e juventude (PEREIRA E MARTOS, 2019).

Sob essa perspectiva, aos pais incube o plano obrigacional e material e deve ser respeitado e praticado, na ineficácia destes atos os pais cabe responder pelos efeitos da conduta que viabiliza consequências jurídicas para ambos os genitores.

5 JURISPRUDÊNCIAS SOBRE ABANDONO DIGITAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Acerca do abandono digital e corolário jurídico, as medidas protetivas resguardam os menores de situações de danos de acordo com ECA, art. 98, II a inexatidão de omissão ou abuso dos pais ou responsáveis. Por ora, as medidas surtem efeitos de acordo com caso concreto.

Nesse sentido, o conselho tutelar ao tomar conhecimento poderá executar sua aplicabilidade por meio das medidas previstas no ECA como descritas no artigo 101.

> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
>
> I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
>
> II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
>
> III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
>
> IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
>
> V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
>
> VI - Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
>
> VII - acolhimento institucional;
>
> VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
>
> IX - colocação em família substituta (BRASIL,1990).

Desse modo, em que pese, o rol permite a possibilidade de aplicar outras medidas. Portanto, este rol não é taxativo, comporta outras medidas elencadas no art. 129, I ao X no que diz respeito aos pais ou responsáveis.

> Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis:
>
> I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família;
>
> II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
>
> III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
>
> IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar;
>
> VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
>
> VII - advertência;
>
> VIII - perda da guarda;
>
> IX - destituição da tutela;
>
> X - suspensão ou destituição do poder familiar (BRASIL,1990).

Elencadas as medidas de proteção adequadas para crianças e jovens no artigo 249 do ECA comporta-se as infrações administrativas, ao descumprir com dolo ou culpa aos pais ou responsáveis os deveres atribuídos pelo poder familiar seja de tutela ou guarda pela determinação da autoridade judiciária ou conselho tutelar, incorre nas penas que varia de três a vinte salários de referências, caso seja reincidente aplica-se o dobro (BRASIL, 1990).

Diante disso, conforme o artigo supracitado existem medidas mais graves para os pais ou responsáveis assim como a suspensão e destituição do poder familiar, tais medidas são decretadas por meio de sentenças. Nesse sentido, a diferença destes efeitos se aplica de acordo com o caso concreto.

> A distinção entre os dois institutos estabelece-se pela graduação da gravidade das causas que as motivam e pela duração de seus efeitos. Se, por um lado, a suspensão é provisória e fixada ao criterioso arbítrio do juiz, dependendo do caso concreto e no interesse do filho menor de idade, a perda do poder familiar pode revestir-se de caráter irrevogável, como na situação de transferência do poder familiar pela adoção (AMIN *et al.*, 2019, p. 268).

Dito isso, as medidas protetivas são inúmeras, assim como o estatuto da criança e do adolescente o código civil dispõe da suspensão familiar.

> Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

> **Parágrafo único**. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.
>
> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
>
> II - deixar o filho em abandono (BRASIL, 2002).

Portanto, nos moldes do artigo 1.637 do Código Civil de 2002, estipula que, uma vez que não existam mais as razões para o restabelecimento desse poder, medidas mais brandas podem ser tomadas para suspender a família, o que não conduz à destituição ou perda do poder familiar, em relação à perda do poder familiar, dado quando um dos pais ou responsáveis que abandona a criança ou adolescente.

Em vista disso, o abandono digital consiste em atos omissos dos pais ou da falta de monitoramento e vigília no ciberespaço. Em síntese, os filhos se tornam desprotegidos no ambiente digital. A doutrina vem concedendo um nome a esses comportamentos de omissão dos pais ou responsáveis no que tange ao uso da internet por crianças e adolescentes: "abandono digital". Ressalta-se que, por ser o abandono digital ou cibernético um tema contemporâneo, inexistem debates aprofundados pelos doutrinadores, contudo encontram-se julgados atinentes ao tema com decisões que condenam os pais negligentes, devido a responsabilidade parental.

Além disso, aos pais cabe a responsabilidade de responder pelos atos praticados pelos filhos até completarem a maior idade civil, uma vez que a responsabilidade é objetiva. Nesse sentido, no momento em que a criança ou adolescente pratica *cyberbullying* na internet, os pais responderão na esfera civil. Dito isso, em uma decisão do superior tribunal de justiça o relator sentenciou a decisão favorável acerca de uma vítima de crime cibernético tendo como fundamento o exercício do poder familiar dos pais sobre seus filhos.

Colaciona-se o entendimento jurisprudencial em consonância com as ponderações apontadas:

> [...] Responsabilidade objetiva dos pais pelos danos causados pelos filhos menores. Art. 932, inc. I, c/c 933, ambos do código civil. Cyberbullying. Criação de comunidade no "orkut". Conteúdo ofensivo à honra e à imagem da autora. Violação a direitos da personalidade. Ilícito configurado. Dever de indenizar caracterizado. Danos morais in re ipsa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> [...] Criação de comunidade no "Orkut" pela ré, menor impúbere, na qual passou a veicular comentários depreciativos e ofensivos a colega de turma de colégio. Conteúdo ofensivo à honra e imagem da autora. Situação... concreta em que verificados o ato ilícito praticado pela menor corré (divulgação de conteúdo ofensivo à imagem-atributo da autora na internet), o dano (violação a direitos da personalidade) e o nexo causal entre a conduta e o dano (pois admitida pela ré a confecção e propagação na internet do material depreciativo), presentes estão os elementos que tornam certo o dever de indenizar (art. 927, CC). Os genitores respondem de forma objetiva, na seara cível, pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores. Responsabilidade que deriva da conjugação da menoridade do filho e da circunstância fática desse se achar sob o pátrio poder dos pais, a quem incumbe zelar pela boa educação da prole.
>
> (Apelação Cível Nº 70042636613, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/05/2015) (SILVA, 2015).

Nesse arcabouço, resta configurada a responsabilidade objetiva dos pais decorrente do pátrio poder, o que se traduz no dever de indenizar os atos praticados pelo infante que cometeu *cyberbullying*. Ainda mais, a vulnerabilidade da criança ou adolescente vítimas desses crimes gera consequências reais, apesar do crime ter sido praticado no ambiente virtual. O cometimento de crimes virtuais afeta o psicológico da vítima, seus comportamentos na sociedade, incidem sobre este menor as consequências advindas desses crimes.

Desta maneira, o relator em uma decisão se manifestou a favor da indenização para que seja gasto com tratamentos psiquiátricos uma vez que a vítima tentou o suicídio e precisa de tratamentos decorrentes dos efeitos proporcionado pelo crime.

> **Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Vazamento de vídeo na *internet*. Veiculação na internet de vídeo contendo gravação de relação sexual da autora com o ex-namorado. Postagem no *youtube* e *facebook*. Manifesta imprudência do réu ao emprestar o celular com o material gravado a um amigo, que teria sido o responsável pela postagem na rede mundial.**
>
> [...] **Danos morais "in re ipsa".**

A postagem e divulgação de vídeo contendo cena de sexo, nessas circunstâncias, gera danos morais "in re ipsa", dispensando prova do efetivo prejuízo.

"QUANTUM" INDENIZATÓRIO MANTIDO.

Mantido o valor da condenação a título de danos morais fixado na sentença (R$ 15.760,00), mormente considerando a reprovabilidade da conduta do réu (culpa grave) e a extensão dos danos vivenciados pela vítima.

Menor que necessitou de tratamento psiquiátrico, tentou suicídio, e, em razão do "bullying" e das humilhações sofridas acabou transferida de escola juntamente com a irmã, bem ainda foi reprovada no ano letivo.

Sentença de parcial procedência da ação e improcedência da reconvenção mantida.

Recurso dos réus desprovido (SILVA, 2016).

Portanto, a internet proporciona às crianças e adolescentes vítimas de crimes virtuais consequências lesivas, o ambiente virtual não é lugar para crianças navegarem sozinhas, a falta de inspecionamento dos pais gera para os mesmos consequências jurídicas. Outrossim, uma vez que a fiscalização é primordial para a criança e adolescente, nesse sentido os efeitos que surtem do abandono digital prejudicam ao longo da vida os infanto-juvenis.

6 CONCLUSÃO

A família é a base da sociedade, possui amplamente proteção estatal, uma vez que as relações familiares estão inseridas em todo ramo de atuação social. Nesse sentido, superadas as relações familiares constituídas por homem, mulher e seus filhos, novos arranjos familiares foram consagrados bem como a família homoafetiva, unilateral dentre outras, para garantir aos menores proteção integral no plano moral e socioafetivo. Desse modo, a família influencia na criação da criança e adolescente desde a infância até completarem a maioridade civil; no ambiente familiar, os pais possuem poderes e deveres a serem respeitados, os quais são decorrentes do poder familiar. Nesse sentido, o poder familiar atribui a salvaguarda das crianças e adolescentes. Logo, por meio do poder familiar, incumbe aos pais efetivarem todos os direitos garantidos aos menores, como direito à educação, saúde, lazer e não são somente direitos, mas garantir as obrigações atinentes aos pais ou responsáveis, na medida em que é possível, os pais ou responsáveis respondem judicialmente, a depender do caso concreto, ou seja, se comprovada a negligência em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

relação a efetiva proteção de crianças e adolescente, de modo especial, no tocante aos perigos do ambiente virtual.

Com o advento do marco civil a internet alcança significativamente a longa escala de pessoas interagindo no mesmo ambiente virtual. Em que pese ser um avanço tecnológico precisa ser monitorado pelos pais ou responsáveis, os jovens que se inserem nesse meio sem os devidos cuidados podem serem vítimas de crimes virtuais. Em vista disso, o abandono digital retrata ser a nova incidência de crimes no ciberespaço. Outrossim, na medida em que os pais negligenciam seus filhos deixando-os horas na internet sem a devida fiscalização, eventualmente estas crianças e adolescentes se tornam alvos fáceis para quem tem a intenção de praticar *cyberbullying*, pedofilia, qualquer crime que possibilite ser cometido nesse *ciberespaço*.

As crianças e adolescentes por muitos tempos foram tratados como mero objetos. sem ter se quer o direito de possuir a vida, todas essas garantias eram decididas por uma única pessoa o pater família, somente em 1959 com a declaração universal da criança e adolescentes estes menores passam a ter seus direitos efetivados e salvaguardados, ou seja, garantidos pelos pais ou responsáveis.

Em síntese, as consequências do abandono digital são visíveis, crianças e adolescentes costumam se isolar da família, entram em depressão, em casos mais severos cometem suicídio. Portanto, faz-se necessário os pais vigiarem seus filhos uma vez que essa obrigação faz parte do poder dever dos pais, cabe e estes responderem na esfera civil pelos atos de crianças e adolescente. Sob esta ótica, os pais respondem de forma objetiva pelos seus filhos.

Por fim, devido ao abandono digital em relação aos filhos, os pais ou responsáveis, permitem assim que ocorra uma intervenção por parte do estado, no sentido de minimizar os atos praticados de forma errada pelos responsáveis dos menores. Frisa-se ainda que tal interferência Estatal a depender do caso concreto pode ensejar a suspensão do poder familiar ou até mesmo a perda ou destituição deste poder por meio das medidas protetivas. Todavia observa-se que não é só em si a criação de lei ou a interferência do Estado nas famílias, que irá diminuir ou findar o abandono digital dos filhos, deve-se adotar políticas públicas e uma educação voltada para ajudar aos pais e responsáveis maneiras de criar e acompanhar seus filhos em todo seu processo de desenvolvimento manter. Portanto, por se tratar de um assunto atual, são necessárias mais pesquisas sobre o assunto para que se possa fazer uma análise cuidadosa e detalhada de como os tribunais têm proferido julgamentos decorrentes do abandono digital em relação aos filhos. Sendo assim, a necessidade do estudo permite instruir aos pais ou responsáveis situações que põe em risco a vulnerabilidade das crianças e adolescente adotando uma reflexão fundamental para a criação destes menores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

AMIN, et al. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ASSIS.L.C. A **educação infantil como Direito.** Disponível em: **file:///C:/Users/DELL/Downloads/A_educacao_Infantil_como_Direito_-_Direito_contemporaneo_jul_2014-with-cover-page-v2.pdf.** Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil.** Organização de Alexandre de Morais.16. ed. São Paulo:Atlas,2000.

BRASIL. **Decreto lei n° 8.069, de 13 julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências vide lei nº 14.154, de 2021) vigência.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.>Acesso em :28 out. 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: 27 out. 2021.

BRASIL. **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.** Exposição de criança e adolescentes na internet ocupa 5ª posição no ranking do Disque 100, 18 nov. 2020. Brasília, DF: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: 2020-2/novembro/exposicao-de-criancas-e-adolescentes-na-internet-ocupa-quinta-posicao-no-ranking-de-denuncias-do-disque-100.Acesso em: 20 out.2021.

BRASIL. Ministério de Pernambuco. **Conviver na era digital cartilha para orientação a convivência de crianças e adolescentes em redes sócias**. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/Cartilha-ConVIVERnaEraDigital%20(1).pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

CAVALCANTE.L.A.D.C. **Cyberpedophilia**: Crímenes sexuales contra niños y adolescentes cometidos por internet. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/Dialnet-Ciberpedofilia-7342113%20(1).pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

COSTA; PENDIUK. **Direito digital**: o marco civil brasileiro da internet e as inovações jurídicas no ciberespaço. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/129-561-1-PB%20(4).pdf. Acesso em: 28 out. 2021.

DIAS, M.B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revistas dos Tribunais,2016.

GONÇALVES, C.R. **Direito de Familia**.16. ed.-São Paulo: Saraiva Educação ,2019.

GONÇALVES.V.H.P. **Marco do Direito Civil da Internet Comentado**. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/Marco%20Civil%20da%20Internet%20Comentado%20-%20Victor%20Hugo%20P.%20Gon%C3%A7alves%20-%202017.pdf. Acesso em :14 set.2021.

KLUNCK.P; AZAMBUJA.F.M.R**. O Abandono digital de crianças e adolescentes e suas implicações jurídicas.** Disponível em: file:///c:/users/dell/downloads/o%20abandono%20digital%20de%20crian%c3%87as%20e%20adolescentes%20e%20suas%20implica%c3%87%c3%95es%20jur%c3%8ddicas.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

MADALENO.R. **Direito de Família**. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARUCO, R.O.F; R.L. **O abandono de incapaz e os impactos nocivos pela a falta do dever de vigilância parental.** Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/O%20ABANDONO%20DIGITAL%20DE%20INCAPAZ%20E%20OS%20IMPACTOS%20NOCIVOS%20PELA%20FALTA%20DO%20DEVER%20DE%20VIGIL%C3%82NCIA%20PARENTAL.pdf Acesso em: 19 out. 2021.

OLIVEIRA, et al. **A importância da família para o desenvolvimento infantil e para o desenvolvimento da aprendizagem:** um estudo teórico. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/familia%20artio.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

PEREIRA.B.MD, MARTOS.D.A.T.F. O **pátrio poder ao poder familiar**: as atribuições dos pais quanto à proteção dos filhos. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/DO_PATRIO_PODER_AO_PODER_FAMILIAR_AS_ATRIBUICOES_D.pdf >Acesso em: 02 de nov. de 2021.

PINHEIRO, P.P. **Direito Digital Aplicado**.ed.20. Revista Atualizada e Ampliada.

RADAELLI, B.R; BATISTELA.C.G**. O abandono digital e a exploração sexual infantil digital abandon end a sexual exploitation**. Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/radelli.pdf. Acesso em: 09 out. 2021.

RIO GRANDE. Tribunal de Justiça (9. Câmara Cível). **Apelação cível AC 70067503557**.Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Vazamento de vídeo na internet. Veiculação na internet de vídeo contendo gravação de relação sexual da autora com o ex-namorado. Postagem no youtube e facebook. Manifesta imprudência do réu ao emprestar o celular com o material gravado a um amigo, que teria sido o responsável pela postagem na rede mundial. Relator: Miguel Ângelo da Silva, 19 de outubro de 2016. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/398598550/apelacao-civel-ac-70067503557-rs/inteiro-teor-398598576. Acesso em: 04 nov. 2021.

RIO GRANDE. Tribunal de Justiça (9. Câmara Cível). **Apelação cível AC 7004263613**.Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. A interposição de recursos sem preparo não importa em deserção quando o pleito de concessão do benefício da AJG formulado na resposta não foi apreciado pelo juízo singular. Relator: Miguel Ângelo da Silva, 27 de maio de 2015. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195536692/apelacao-civel-ac-70042636613-rs. Acesso em: 04 nov. 2021.

RODRIGUES, ET AL**. Curso de direito da criança e** do adolescente: aspectos teóricos e práticos .12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RODRIGUES, O. P. Poder familiar na atualidade brasileira. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, [s.l.], [s.v.], [s.n.], 2015. Disponível em: ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira. Acesso em: 08 out. 2021.

VATANABE.J.H O. **Abandono digital infantil como hipótese de negligência prevista no artigo 98, inciso ii, do estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em: file:///C:/Users/DELL/Downloads/O%20abandono%20digital%20infantil%20como%20hip%C3%B3tese%20de%20neglig%C3%AAncia%20prevista%20no%20ECA.pdf >Acesso em: 02 nov. 2021.

www.conteudojuridico.com.br

A ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

PAMELA AZEVEDO SANTOS: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

SANMARA TORRES FERREIRA[2]

(coautora)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL [3]

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo geral analisar criticamente a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva e sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, justificando-se em razão da indeterminação do conceito jurídico da expressão "ordem pública", que se apresenta de forma subjetiva, e abre espaço para arbitrariedade e ilegalidade das decisões judiciais de modo a colocar em risco à liberdade individual, ocasionando uma violação direta ao princípio da presunção de inocência. Para tanto o presente estudo será desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica com método de abordagem dedutivo, que se divide em três capítulos, e por fim serão analisados os seguintes objetivos do presente artigo: revisar a instrumentalidade garantista do processo penal brasileiro, identificar as interpretações doutrinárias acerca da garantia da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva e demonstrar de que modo o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a decretação da prisão preventiva em face da garantia da ordem pública.

Palavras-chave: Prisão Preventiva, Ordem Pública, Presunção de Inocência.

ABSTRACT: This scientific article aims to critically analyze the guarantee of public order as the foundation of preventive detention and its incompatibility with the principle of presumption of innocence, being justified by the indeterminacy of the legal concept of the expression "public order", which is presents in a subjective way, and opens space for arbitrariness and illegality of judicial decisions in order to put individual freedom at risk, causing a direct violation of the principle of presumption of innocence. Therefore, the present study will be developed through a bibliographic research with a deductive

2 Acadêmica de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: samaratorres02@hotmail.com

3 Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB, Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. *E-mail*: julianoleonel@hotmail.com

approach method, which is divided into three chapters, and finally the following objectives of this article will be analyzed: review the guaranteeing instrumentality of the Brazilian criminal procedure, identify doctrinal interpretations about the guarantee of public order as a basis for decreeing preventive detention and demonstrating how the principle of the presumption of innocence is incompatible with the decree of preventive detention in view of the guarantee of public order.

KEYWORDS: Preventive **Imprisonment, Public Order, Presumption of Innocence.**

Sumário: 1. Introdução. 2. Da instrumentalidade garantista do processo penal brasileiro. 2.1 Fundamento de existência do processo penal enquanto instrumento da máxima eficácia das garantias. 2.2 Instrumentalidade garantista do processo penal em face do princípio da presunção de inocência. 3. Da prisão preventiva no processo penal brasileiro. 3.1 Dos requisitos e pressupostos para a decretação da prisão preventiva no código de processo penal brasileiro. 3.2 A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva. 3.3 A prisão preventiva para garantia da ordem pública e sua ausência manifesta de cautelaridade. 4. Conflitos entre a prisão preventiva para a garantia da ordem pública e o princípio da presunção de inocência. 4.1 Da decretação da prisão preventiva em face da garantia da ordem pública nos julgados brasileiros. 4.2 Da incompatibilidade entre a prisão preventiva para a garantia da ordem pública e o princípio da presunção de inocência. 5. Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo faz uma análise acerca do instituto da prisão preventiva decretada com o fundamento na garantia da "ordem pública" e sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência no âmbito do Direito Processual Penal Brasileiro, especialmente no cenário atual em que a maioria das decisões que decretam as prisões preventivas são fundamentadas na garantia da ordem pública na qual encontra uma pluralidade de definições na doutrina e jurisprudência.

Em face desse contexto, a pesquisa em análise mostra-se relevante tendo em vista que a prisão preventiva decretada com o fundamento da garantia da ordem pública demonstra uma violação reiterada sob a perspectiva da instrumentalidade garantista e do fundamento de existência do processo penal que visa não somente garantir a aplicabilidade da pena mediante o cometimento de um delito, mas a proteção efetiva dos direitos e garantias fundamentais.

Para tanto, a abordagem do tema justifica-se devido à falta de definição exata no campo legislativo e jurisprudencial acerca do termo "ordem pública", que se apresenta de forma subjetiva, abrindo espaço para arbitrariedade e ilegalidade das decisões judiciais e cria lacunas no ordenamento jurídico que podem ampliar ou restringir garantias conforme

os interesses disputados, amoldando-se facilmente a qualquer situação de modo a colocar em risco à liberdade individual, assim apresenta uma clara violação aos direitos e garantias fundamentais, como o princípio da presunção de inocência.

Destarte, o presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação do instituto da prisão preventiva quando fundamentada na ordem pública. Assim conforme Choukr (2011) sua aplicação negativamente se harmoniza com o texto constitucional de 1988, sobretudo com o princípio da presunção de inocência, para fundamentação da medida cautelar.

A fim de alcançar esses objetivos, a pesquisa encontra-se estruturada em três capítulos. O primeiro versará sobre a instrumentalidade garantista do processo penal brasileiro e o seu fundamento de existência enquanto instrumento da máxima eficácia das garantias, posteriormente analisar-se-á a instrumentalidade garantista do processo penal em face do princípio da presunção de inocência.

No segundo capítulo, busca analisar a prisão preventiva no processo penal brasileiro a fim de elucidar acerca de seus requisitos autorizadores, bem como os pressupostos imprescindíveis para a sua decretação relacionados aos seus fundamentos que são o *periculum libertatis* e o *fumus comici delict,* também destina-se a fazer uma abordagem acerca da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, e sua ausência manifesta de cautelaridade.

Por fim, apresentará a análise de alguns posicionamentos jurisprudenciais com o propósito de demonstrar como assunto vem sendo tratado ultimamente, examinando o que os Tribunais admitem ou não como "ordem pública", prosseguindo com a análise dos conflitos entre tal modalidade de prisão sob o arrimo da ordem pública e o princípio da presunção de inocência, e como referida prisão baseada nessa garantia mostra-se como instrumento de segurança pública.

O presente artigo foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica como método de abordagem o dedutivo, uma vez que partirá da análise doutrinária sobre a instrumentalidade garantista, passando pelos requisitos e pressupostos para a decretação da prisão preventiva, com o fim de alcançar o ápice teórico acerca da garantia da ordem pública para decretar tal modalidade de prisão, mantendo-se com respaldo na jurisprudência e doutrina a respeito do tema. As técnicas de pesquisa são a bibliográfica, especialmente por fonte doutrinária e jurisprudencial, sobretudo pelo exame das decisões proferidas pelos Tribunais pátrios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2. DA INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 Fundamento de existência do processo penal enquanto instrumento da máxima eficácia das garantias

A Constituição da República de 1988, implementou um sistema de garantias individuais, despertando inúmeras mudanças na função do processo penal na proteção aos direitos e garantias fundamentais, limitando o poder de punir do Estado, sendo este o fundamento que legitima sua existência, ou seja, sua instrumentalidade constitucional como aduz Lopes Júnior (2019), dessa forma o processo penal deve estruturar-se de modo a assegurar a efetivação dos direitos individuais e das garantias constitucionais.

Nesse sentido, esclarece Ferrajoli (2002, p. 270) sobre o direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais:

> Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto lei do mais fraco, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte. E sob esta base que as duas finalidades preventivas - a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias - são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a "necessidade política" do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições.

Na perspectiva da instrumentalidade garantista, o processo penal não visa somente garantir a aplicabilidade da pena mediante o cometimento de um delito, mas a proteção efetiva dos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimar as instituições estatais, tendo em vista que a instrumentalidade processual intrinsecamente se relaciona a atuação jurisdicional, com fulcro na relação de poder do processo penal.

De acordo com Lopes Júnior (2019) a instrumentalidade constitucional do processo penal não deve ser utilizada apenas como finalidade de prevenção dos delitos, mas como meio de proteção aos direitos fundamentais na aplicação da lei penal, por isso a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência como um instrumento a serviço da efetividade das garantias constitucionais.

Inobstante, é de suma importância compreender que o processo penal não deve ser considerado apenas como mero instrumento para aplicação do direito penal, única e exclusivamente, mas deve atender também seu caráter instrumental como meio para implementar os direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal e nos tratados e convenções internacionais em que o Brasil seja parte (RANGEL 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O modelo garantista estabelece que a tarefa de provar a existência do crime, cabe ao órgão acusatório, dessa forma o magistrado assume a função de garantidor no Estado Democrático de direito não permanecendo inerte as violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, sendo a legitimidade de seu exercício, constitucional e não política, consubstanciada na função de proteção dos direitos da coletividade, ainda que sua atuação seja contrária à opinião da maioria (LOPES JÚNIOR, 2020).

A função do processo penal retrata a estrutura do Estado em um determinado período, por esta razão como preceitua Goldschmidt (1935) a estrutura do processo penal deve ser harmonizada conforme os elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição, isto posto um processo penal como instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais deve ser devidamente constituído e legitimado a partir da Constituição Federal.

Assim, o sistema de justiça penal possui dupla finalidade para aplicação da lei penal por alcançar interesses distintos: de um lado previne as contravenções, proporcionando mecanismos normativos e institucionais para minimizar a aplicação da pena, por outro lado garante aos acusados a defesa de seus direitos individuais, prevenindo a aplicação de penas arbitrárias ou excessivas, de forma a controlar o poder punitivo estatal (AZEVEDO 2010).

Destarte, quando demonstrado os valores existentes na ordem social e jurídica quanto ao exercício do poder punitivo, maior credibilidade será outorgada às diretrizes de um Estado Democrático de Direito, nesse sentido conforme defende Giacomolli (2015, p. 12): "Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário".

Para Lopes Júnior (2019) a norma penal devido seu caráter punitivo e imperativo no qual interfere diretamente no direito à liberdade do acusado, deve ser aplicada com um prévio ato judicial e esta singularidade do processo penal demonstra seu caráter instrumental sendo fundamental sua compreensão não apenas como único escopo de satisfação acusatória, ao lado dela deve observar sua função constitucional garantidora do processo, como meio de realização do projeto democrático de modo a garantir os direitos e garantias fundamentais.

2.2 Instrumentalidade garantista do processo penal em face do princípio da presunção de inocência

A Constituição Federal de 1988, com a finalidade de tutelar a liberdade dos indivíduos prevê em seu artigo 5º, inciso LVII estabelecendo que "ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988).

Para Lima (2019), o princípio Constitucional da presunção de inocência é a premissa primordial como preservação da liberdade do acusado no decorrer do processo acusatório devendo ser resguardada como regra, e o cárcere como exceção, uma vez que tal presunção assegura que a sentença seja equânime e justa como instrumento jurídico, respeitando os requisitos legais imprescindíveis a fim de que o inocente não seja sentenciado culpado.

Ademais, o mencionado princípio da presunção de inocência é ponderoso como garantia penal fundamental previsto na Constituição Federal, no qual impede que o Estado exerça sua autoridade de forma abusiva ou autoritária, objetivando um processo penal mais justo e democrático.

Nessa perspectiva como aponta Lopes Júnior (2020) que princípio da presunção de inocência reconhecido como parte básica de um modelo processual penal venha a respeitar a dignidade e os direitos essenciais da pessoa humana.

Nesse seguimento também esclarece Lima (2019, p. 45)

> Em síntese, pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Entretanto, é importante destacar que o princípio da presunção de inocência não tem caráter absoluto, podendo ser relativizada no uso das prisões cautelares, desde que observadas a excepcionalidade, necessidade e instrumentalidade processual exigida, de acordo com Lopes Júnior (2020), devendo ser considerados os pressupostos legais para a antecipação da prisão e, acima de tudo, uma análise sobre sua verdadeira necessidade, visto que a regra será a liberdade do acusado.

Nessa perspectiva, o princípio da presunção de inocência deve ser elucidado como uma imprescindível garantia constitucional do indivíduo no processo penal, figurando como garantia "a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado" (FERRAJOLI, 2002, p.441).

A presunção de inocência, conforme entendimento de Lopes Júnior (2020) é um princípio fundamental, no qual firma um processo penal liberal, que institui essencialmente garantias para o acusado em face da atuação punitiva do Estado, portanto detém o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

acusado a garantia de ser presumidamente inocente e não concernindo a ele provar o contrário.

Nesse cenário, o princípio constitucional da presunção de inocência configura-se como regra de tratamento e no universo das medidas cautelares, conforme a lição de Nicolitt (2015, p. 49), "embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo, deve ele ser tratado como inocente, não podendo verse diminuído social, moral nem fisicamente".

Quando da decretação da prisão preventiva é necessário que se faça uma observância à luz do instituto da presunção de inocência uma vez que para decretação da prisão cautelar é necessário que haja uma compatibilidade com o princípio da presunção de inocência quando possui a intenção de resguardo do processo, pois do contrário transforma-se em antecipação de pena.

Nesse sentido como assevera Fernando Capez (2020 p.117)

> No Brasil, a prisão provisória tem natureza cautelar e sua natureza é puramente instrumental. Sua finalidade exclusiva é evitar que a natural demora do processo ponha em risco a sociedade, atrapalhe a produção da prova ou inviabilize a execução da pena. A urgência e a necessidade são seus requisitos, não podendo ser desvirtuada para funcionar como execução da pena. Confundir prisão-pena com prisão processual é afrontar a Constituição.

Conforme evidenciado, a Carta Magna estabelece normas básicas que visam inibir as prisões arbitrárias ou ilegais, portanto a estruturação do processo penal de um ordenamento jurídico deve ter seus fundamentos extraídos do Texto Constitucional, assim como as medidas cautelares e prisões precisam partir do pressuposto do cumprimento e regra da garantia do direito à liberdade.

A prisão preventiva, por conseguinte, é uma medida de caráter excepcional, sendo propícia sua decretação somente quando se tornar indispensável, pois tem como finalidade a justiça e proporcionalidade em observância aos direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal, tal como a presunção de inocência.

3. DA PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 Dos requisitos e pressupostos para a decretação da prisão preventiva no código de processo penal brasileiro

No primeiro momento faz-se necessário conceituar a prisão preventiva prevista expressamente nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, assim na lição de Capez

(2020) tal espécie de prisão cautelar consiste em uma medida restritiva de liberdade decretada judicialmente, desde que concorram os requisitos e hipóteses legais cabíveis, bem como os motivos autorizadores listados no momento da investigação policial ou no processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 1059) a prisão preventiva

> É uma espécie de prisão cautelar, com o objetivo de assegurar a aplicação da lei penal, a conveniência da instrução criminal ou garantir a ordem pública ou econômica, desde que provada a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria.

Nas palavras de Fernando Capez (2020, p. 545)

> Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

Trata-se de uma medida cautelar que restringe a liberdade do indiciado ou réu por motivos de necessidade, uma vez que respeitados os requisitos legais (NUCCI, 2020, p. 988). A prisão preventiva concerne a uma medida extrema, tendo que sua decretação seja apropriadamente fundamentada, devendo ser aplicada como *ultima ratio* e que respeite as limitações da legislação em cumprimento da legalidade.

A prisão preventiva como preceitua Távora (2016) tornou-se então medida de exceção, com sua interpretação pautada no princípio da presunção de inocência prevista no art. 5º, inciso LVII da CF, resguardando os direitos do investigado ou do acusado não levando em consideração o estigma do encarceramento cautelar danoso ao infrator.

No entanto, mesmo com o novo panorama constitucional de 1988 que considerou a liberdade como regra e a prisão como sendo a exceção, não se torna possível visualizar tal cenário na prática, devido ao uso arbitrário da prisão em análise, tornando seu caráter de excepcionalidade pouco considerado nos dias atuais.

Por restringir direitos fundamentais, especialmente o da liberdade, a prisão preventiva será adequadamente decretada quando observados os pressupostos e requisitos que servem de empecilhos imposto pela legislação para evitar sua aplicação de forma abusiva. Faz-se imprescindível a verificação das condições exigidas para decretar a prisão preventiva, ou seja, os requisitos autorizadores da medida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes os requisitos autorizadores de observância obrigatória que está expressamente elencado nos moldes art. 312 Código de Processo Penal

> Art. 312 A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Por se tratar de uma prisão de natureza cautelar, é pertinente asseverar, portanto, que estejam presentes dois elementos para decretar a prisão preventiva, quais sejam: o *fumus comissi delicti* como requisito e o *periculum libertatis*, o fundamento. O primeiro trata-se do requisito, exigindo para a sua decretação a materialidade do delito, além de existirem os indícios suficientes de autoria. Para Lopes Júnior (2020 p. 988) "Deve existir uma fumaça densa de que a conduta é aparentemente típica, aparentemente ilícita e aparentemente culpável".

O segundo elemento diz respeito aos fundamentos e entende-se como a necessidade da segregação do acusado, retratado no perigo que a liberdade do autor do fato denota ao processo e à aplicação da lei penal. Lopes Júnior (2020 p. 990) ao conceituar o *periculum libertatis* aduz que "é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal."

Além dos requisitos e pressupostos, a decretação da prisão preventiva deve resguardar o princípio da Presunção de Inocência, bem como outros princípios norteadores das medidas cautelares. Portanto, além da indispensabilidade das exigências autorizadoras para a decretação da prisão preventiva, é precípuo que a decisão judicial seja fundamentada e aponte os elementos que a constituem.

3.2 A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva

No ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na legislação processual penal, o termo "ordem pública" não é definido. Portanto, tem-se assim apenas a função dos doutrinadores e da jurisprudência procurando conceituar a expressão. O fundamento da garantia da "ordem pública" é o que mais sofre críticas obtundentes pela doutrina, visto que, referido termo é considerado vago, indefinido, adaptável a vários tipos de interesse, dado que se limita a um modelo conceitual lacunoso.

Nas palavras e ensinamentos de Nucci (2020 p. 997)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> A *garantia da ordem pública* é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

A garantia da ordem pública, conforme já mencionado é um dos fundamentos e argumentos mais utilizados para demonstrar o *periculum libertatis*, e decretar a prisão preventiva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, no entanto a falta de uma determinação exata para essa garantia, induz a um questionamento enquanto sua natureza de tutela cautelar, demandando uma análise aprofundada de suas possíveis significações para investigar sua legitimidade através da doutrina.

Como ensina o autor Badaró (2009), a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva consuma-se como uma ameaça à liberdade individual, em virtude da ambiguidade do termo "ordem pública", ocasionando um desvio da função da prisão cautelar como tutela da relação processual, pois quando se prende em razão dessa garantia da ordem pública, não se está buscando possibilitar a efetivação do provimento condenatório, mas sim ocasionar a precipitação dos efeitos práticos das condenações penais.

Nessa linha de raciocínio, a indeterminação do conceito da ordem pública sucinta uma violação da segurança jurídica pelo seu caráter subjetivo com base em sua cláusula genérica, na medida em que abre uma lacuna legislativa trazendo um amplo juízo de valor para fundamentação da decretação da prisão preventiva, se desvinculando da proporcionalidade e legalidade estabelecida como parâmetro na decretação da medida cautelar, ocasionando a antecipação da pena.

Nesse contexto, como bem assegura Lopes Júnior (2020) à prisão preventiva tem sido decretada sob a finalidade de evitar a reiteração delitiva ou na gravidade da infração penal pautada no fundamento da ordem pública, causando uma grande afronta a natureza cautelar da prisão em comento, bem como uma violação ao sistema acusatório, uma vez que a decretação da prisão cautelar lastreada nestes argumentos fere as garantias individuais que devem ser resguardados ao acusado até o trânsito em julgado das sentenças condenatórias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No que concerne especificamente a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, destaca-se o pensamento de Tourinho (2012, p.533), o qual assevera que:

> Quando se decreta a prisão preventiva como "garantia da ordem pública" o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão "ordem pública" diz tudo e não diz nada.

A prisão decretada como fundamento na garantia da "ordem pública" apresenta conceito jurídico indeterminado criando lacunas no ordenamento jurídico podendo ampliar ou restringir garantias conforme os interesses ideológicos que estão sendo disputados, se amoldando facilmente a qualquer situação gerando um risco à liberdade individual considerando-se um abuso de autoridade, desse modo a incerteza desse conceito permite que as decisões pautadas na garantia da ordem pública sejam arbitrárias, em especial aos acusados desprovidos de recursos, os sujeitando à repressão criminal autoritária.

Resta constatado que a garantia da ordem pública é a mais vasta hipótese de exame para a decretação da prisão preventiva. No que tange essa ampla possiblidade de interpretação integrada no termo "ordem pública" desencadeia a arbitrariedade nas decisões judiciais, assim, se configurando um abuso estatal a segregação da liberdade do indivíduo por esse fundamento e causando violação dos princípios Constitucionais.

3.3 A prisão preventiva para garantia da ordem pública e sua ausência manifesta de cautelaridade

É imprescindível mencionar que as medidas cautelares são contenções impostas à liberdade individual do acusado possuindo dupla finalidade: o impedimento de que o réu volte a incorrer em novos delitos ou ocasionar risco a efetividade do processo, bem como proteger a vítima dos reflexos da atuação criminosa, portanto deverá sempre demonstrar a adequação e necessidade por meio dos critérios norteadores estabelecidos em lei. (PACELLI, 2020)

Nas palavras de Norberto Avena (2019, p. 1666) "A prisão preventiva é modalidade de segregação provisória, decretada judicialmente, desde que concorram os pressupostos que a autorizam e as hipóteses que a admitem". O caráter excepcional da medida cautelar está enunciado na redação do §6º do art. 282 do Código de Processo Penal que aduz que: "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, a prisão preventiva como uma medida cautelar somente será aplicada quando evidenciado a necessidade e adequação, ou seja, esta medida disposta na legislação processual passou a ser vista como *ultima ratio*, em razão de sua aplicação de forma subsidiária, não deve ser vista como meio de antecipar a pena, mas como meio de tutela do processo (GIACOMOLLI, 2013).

Nesta senda, é possível constatar que a prisão cautelar do acusando somente será decretada excepcionalmente, nos casos em que a prestação jurisdicional esteja notadamente lesada, portanto é de suma importância a adequação da norma jurídica ao caso concreto, valendo-se de dados reais que justifiquem a imposição da medida cautelar, a fim de que a prisão preventiva possa ser decretada legalmente.

Nessa perspectiva, ao decretar a prisão preventiva do acusado, o magistrado deverá constatar, nos autos do processo, a existência dos requisitos que a autorizam, não somente transcrevendo a redação da lei, mas demonstrando a necessidade de garantir a ordem pública para decretação da prisão do réu.

Para Avena (2016, p.1252) "A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência, afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator.

Por esta razão cabe a discussão acerca da cautelaridade da prisão preventiva quando decretada para tutelar a ordem pública, tendo em vista que seu conceito indeterminado atenta diretamente contra o princípio da legalidade e da presunção de inocência, que contribui diretamente para o desvio da função da prisão cautelar que deveria ser utilizada, primordialmente, para a tutela da relação processual. (LIMA,2017)

Isto posto, usar a medida cautelar processual para fins de promover a garantia da ordem pública é inconstitucional por antecipar os efeitos da pena, levando em consideração que toda prisão cuja finalidade exceda a ordem processual configura uma inconstitucionalidade

Cabe destacar o pensamento de Nicolitt (2015, p. 96) o qual assevera que "a prisão cautelar só é compatível com o princípio da presunção de inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois do contrário transforma-se em antecipação de pena".

Desse modo, o uso da garantia da ordem pública manifesta sua ausência de cautelaridade, haja vista ser um termo vago e de fácil manipulação sendo lesivo ao próprio devido processo penal, e assim configura-se como um abuso estatal a segregação da liberdade por este fundamento, destarte quando indevidamente utilizada a prisão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

preventiva perde seu caráter cautelar uma vez que torna-se um meio de antecipação de pena, não demonstrando compatibilidade com o princípio da presunção de inocência. (DEZEN, 2016)

Para Lopes Júnior (2020) a "prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional. " Por conseguinte, a indeterminação do conceito de ordem pública, proporciona o arbítrio nos decretos de prisão preventiva, ocasionando uma violação da segurança jurídica.

4 CONFLITOS ENTRE A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PUBLICA E O PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA

4.1 Da decretação da prisão preventiva em face da garantia da ordem pública nos julgados brasileiros

Tendo em vista a breve abordagem acerca da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva, é de suma importância analisar como esse assunto vem sendo tratado pelos Tribunais Superiores acerca da decretação da prisão preventiva com fundamento em tal pressuposto.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a gravidade e o risco de reiteração delitiva não consistem em motivação idônea para a aplicação da medida cautelar baseada na garantia da ordem pública

Nesse sentido, a decretação da prisão preventiva não deve pautar-se apenas como meio de acalmar os anseios da população, tendo em vista que não é este o desígnio da medida cautelar, portanto é possível observar tal entendimento do HC 111.124 SP, sob relatória do Ministro Ayres Brito. Conforme trecho da ementa que segue:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. Muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a Justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade do Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial

> "clamor público", muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito[...]. (STF – Habeas Corpus: 111244 SP, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 10/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: Dje-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012)

Desse modo, fica claro que a fundamentação pautada no clamor público ou pela influência da mídia desdobram da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo de valor sobre o acusado, instituindo uma culpabilidade antecipada ao acusado.

Portanto são apresentados como idôneos os argumentos pautados na garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva com fundamentações com base no clamor público ou como meio de acautelamento social bem como na necessidade de manutenção da credibilidade da justiça.

No mesmo sentido, conforme julgado de Habeas Corpus do TJ/RS, demonstra como aplicação da prisão preventiva pautada no fundamento na garantia da ordem pública perde sua função cautelar do processo:

> HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. - REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. A decisão que decretou a segregação cautelar do paciente está devidamente apoiada em valor protegido pela ordem constitucional em igualdade de relevância com a liberdade individual a tutela da ordem pública. Ademais, apresenta suficiente análise dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal prova da existência do crime e indícios da autoria, seguida da decretação da medida restritiva com fulcro em hipótese fática prevista no dispositivo legal. - PERICULUM LIBERTATIS. Embora o delito em questão tenha sido praticado, em tese, sem violência ou grave ameaça à pessoa, mostra-se necessário o resguardo da ordem pública, tendo em vista não só a gravidade concreta do crime (furto qualificado) que, considerada a periodicidade de sua ocorrência no âmbito da sociedade, avulta o sentimento de insegurança dos cidadãos frente ao seu patrimônio, mas também a periculosidade social dos agentes, extraída com facilidade de suas certidões de antecedentes criminais, circunstância que demonstra não ser o fato narrado no presente writ algo isolado em suas vidas, denotando ponderável risco de reiteração de práticas criminosas. Com efeito, estas são circunstâncias concretas que revelam não só a gravidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> do delito, mas também a periculosidade social da agente. A segregação cautelar apoiada nesses fundamentos, quando depreendido de elementos concretos, encontra amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. Eventuais condições pessoais favoráveis do agente não obstam a decretação da prisão preventiva, nem conferem ao paciente o direito subjetivo à concessão de liberdade provisória. - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. Conforme pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, constatada a excepcional necessidade de resguardo de valores constitucionais de igual relevância à liberdade do paciente, justifica-se a flexibilização desse princípio. - DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA CONSIDERANDO POSSÍVEL REPRIMENDA A SER APLICADA. A prisão preventiva é hipótese de segregação cautelar sob pressupostos específicos, não se tratando de antecipação de pena. É irrelevante que a provável reprimenda a ser aplicada, em caso de condenação, ensejaria a fixação de regime mais brando ou justificaria a substituição por restritivas de direitos. Ordem denegada. (Habeas Corpus Nº 70079296000, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 31/10/2018)

Observa-se, portanto, que a ordem pública não demonstra a devida relação com a necessidade cautelaridade do processo penal, tendo em vista que se baseia-se apenas na periculosidade do agente, por conseguinte segundo entendimento jurisprudencial as condições pessoais favoráveis do agente não obstam a decretação da prisão preventiva, nem conferem ao paciente o direito subjetivo à concessão de liberdade provisória.

4.2 Da incompatibilidade entre a prisão preventiva para a garantia da ordem pública e o princípio da presunção de inocência

A prisão preventiva, é uma medida de caráter excepcional, sendo propícia sua decretação somente quando se tornar indispensável, pois tem como finalidade a justiça e proporcionalidade em observância aos direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal. No entanto a decretação da prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública perde a sua real finalidade de medida cautelar à medida que busca o controle social.

A prisão preventiva quando decretada com o intuito de garantir a ordem pública, perde sua efetiva total finalidade cautelar à medida em que essa busca pelo regular funcionamento da coletividade põe em risco as vítimas atingidas pelo delito, diante da falta de definição exata no campo legislativo do termo em análise, deixando a incumbência de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

cada julgador, além de propiciar certa insegurança jurídica proporciona uma antecipação da pena e lesiona os princípios constitucionais, transformando a prisão preventiva em medida de caráter penal e não cautelar.

Como aponta Saguiné (2003 apud LOPES JÚNIOR, 2020, p.1014) acerca dessa garantia da ordem pública

> A prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir.

Vale salientar que a prisão preventiva fundada nessa garantia, atinge a liberdade individual, por circunstâncias que não dependem do comportamento praticado pelo culpado, mas da personalidade e da natureza de antissocialidade do imputado, diante dessa indeterminação do termo em análise, a subversão da prisão preventiva decretada para a tutela da ordem pública, torna-se inconstitucional por lesionar o princípio da presunção de inocência e transformá-la em medida de caráter penal. (Lima, 2017)

O mencionado princípio da presunção de inocência é ponderoso como garantia penal fundamental previsto na Constituição Federal, no qual impede que o Estado exerça sua autoridade de forma abusiva ou autoritária, objetivando um processo penal mais justo e democrático. Nessa perspectiva aponta Lopes Júnior (2020) que princípio da presunção de inocência reconhecido como parte básica de um modelo processual penal venha a respeitar a dignidade e os direitos essenciais da pessoa humana.

Nesse seguimento também esclarece Lima (2019, p. 45)

> Em síntese, pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Nesse sentido, cabe destacar que a presunção de inocência, como norma de tratamento, decorre diretamente dos direitos e garantias processuais do réu, tais como o devido processo legal, legalidade, equidade, contraditório, ampla defesa, entre outros, proporcionando ao acusado o estado de inocência que só poderá ser vencido através de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

uma condenação criminal transitado em julgado legal e conforme à constituição, isto é, respeitando e observando os princípios supracitados.

Destarte, a garantia da ordem pública diverge a verdadeira finalidade instrumental da prisão preventiva, em consequência de ser utilizada como antecipação da pena, e não a preservação do devido processo legal. Essa análise da ordem pública perante à presunção de inocência evidencia a inconstitucionalidade desse fundamento. Isto não quer dizer que o direito à liberdade é absoluto referente ao princípio mencionado, uma vez que somente torna-se inconstitucional a decretação da prisão preventiva quando não tem fim de acautelar o processo.

Mediante o exposto é compreensível que a maneira para se evadir um processo penal inquisitorial é interpretá-lo a luz da Carta Magna, desta forma, será possível instaurar um processo penal acusatório que resguarde os direitos e garantias individuais do acusado.

5. CONCLUSÃO

Diante do conteúdo exposto não se pode olvidar que o tema apresentado é de grande relevância no âmbito jurídico e prático na qual se encontra a sociedade, visto que a observação aos direitos e garantias fundamentais é basilar e fundamental em um Estado Democrático de Direito. O princípio que ganha ênfase, é o da Presunção de Inocência que regula toda essa tese, uma vez que garante ao indivíduo um estado de inocência que só poderá ser vencido através de uma condenação criminal transitado em julgado conforme à Constituição.

O processo penal tem figura instrumental, em razão de se tratar de um modo essencial para se impor uma pena a uma pessoa, em observância ao devido processo legal. Assim, do mesmo modo se inclui a prisão preventiva, que dispõe da mesma natureza da instrumentalidade, isto é, trata-se de um meio em função do processo. Dessarte, sua finalidade é acautelar o processo, em vista disso, tudo o que se afaste desse intuito está conflito com a Constituição Federal.

A prisão preventiva é considerada como medida extrema e é adequada quando for inviável a aplicação de medidas alternativas, tal como desde que respeitados os requisitos impostos por lei. À vista disso, o intuito da referida medida cautelar é ser utilizada como último recurso. Na realidade processual brasileira, dada a vericidade dos fatos, verifica-se que tal medida é regra, considerando os diversos casos que são decretados a prisão preventiva com fundamento em conceitos indeterminados, ambíguo e indefinido.

Referida medida cautelar, quando usada na garantia da "ordem pública" acaba ocasionado a antecipação da pena e torna-se inconstitucional, uma vez que qualquer prisão que cujo propósito exceda a ordem processual, contém inconstitucionalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Perante a indeterminação desse termo em comento, consta-se a violação da segurança jurídica, sendo adaptável a vários tipos de interesse em consequência da imprecisão da expressão. Esse cenário defronta o Princípio da Presunção de Inocência, garantia constitucional desobedecido pelo indevido processo legal.

Portanto, é perceptível a impossibilidade da compatibilização do termo "ordem pública" com a ótica do princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que são discordantes e nessa vertente predomina a garantia constitucional em face desse termo que é vago, indefinido, ambíguo e que ainda nos dias atuais é vigente na realidade processual brasileira, comprovando a inconstitucionalidade da prisão preventiva na garantia da ordem pública.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Método, 2019

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Sociologia e Justiça Penal:** teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. 2 ª ed. São Paulo: Campus Jurídico, 2009.

BRASIL. [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/ Constituiçao.htm. Acesso em 02 mar. 2021.

_____. **Código de Código de Processo Penal**. decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 12 abr. 2021

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 111244-SP**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 10 de abril de 2012. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília: Jusbrasil, 26 jun. 2012. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085112/habeas-corpus-hc-111244-spstf/inteiro-teor-110524484. Acesso em 11 nov. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus n° Nº 70079296000-RS**. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Rio Grande do Sul, RS, 31 de out de 2018. Sistema de Processo Eletrônico. Rio Grande do Sul. 06 de nov de 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 11 nov. 2021

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

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual:** Comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Forense, 2011.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**/ Guilherme Madeira Dezem; coordenadores Darlan Barroso, Marco Antônio Araujo Junior- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução: ZOMER, Ana Paula; TAVERES Juarez; CHOUKR, Fauzi Hassan; GOMES Luiz Flávio; 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Título Original: Diritto e ragione.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica – Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF.** 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015

GIACOMOLLI, Nereu José: **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere/Nereu José Giacomolli**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

LIMA, Rafael Catani. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva e o estado inquisitivo de direito. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE).** Bebedouro, v. 5, n. 1, p.456-488, 2017. Disponível em www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index Acesso em 20 out. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão preventiva na Lei 12.403/2011:** Análise de acordo com os modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. 2a ed. São Paulo: Juspodium, 2017.

NICOLITT, André. **Processo Penal Cautelar**: Prisão e demais medidas cautelares. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**.17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual penal.** 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA A PARTIR DA PRISÃO *EX LEGE* DO ARTIGO 492, I, E, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

WALLAS DA SILVA DIAS: Bacharelando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

MYLENA MENEZES RIBEIRO[4]
(coautora)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL 5
(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa tem relevância acadêmica e social, pois apresenta a crise das fontes no cenário nacional, com a utilização do CPP nazifascista em face da Constituição e do seu sistema acusatório. Possui como problema de pesquisa: em que medida o pacote anticrime, ao prever que os condenados pelo Tribunal do Júri começarão o cumprimento da pena automaticamente, sem os requisitos da cautelar, quando condenados a uma pena igual ou superior a 15 anos, com base na soberania dos veredictos, fere a presunção de inocência? Logo, tal estudo verificou a mitigação da relativização do princípio da presunção de inocência a partir de um dispositivo inconstitucional e de matriz policialesca, legitimando uma prisão *sui generis*, sem fundamentação nas existentes no ordenamento jurídico. Na pesquisa, revisou-se a bibliografia em Direito Processual Penal sobre presunção de inocência e prisão *ex lege* e analisou-se o art. 492, I, e, do CPP, sob o prisma Constitucional. Foram utilizados, como critério de inclusão, os estudos que apresentam os termos: Prisão, Constitucionalidade, Presunção de Inocência, Direto Processual Penal, Tribunal do Júri, STF; artigos em português, que abordem a temática em estudo, descritos na íntegra online e publicados há pelo menos 5 anos.

Palavras-chaves: Débil. Presunção de inocência. Prisão. Tribunal do júri.

ABSTRACT: This research has academic and social relevance, as it presents the crisis of sources on the national scene, with the use of the Nazi-Fascist CPP in the face of the Constitution and its accusatory system. It has as a research problem: to what extent the anti-crime package, by providing that those convicted by the Jury will start serving their sentence automatically, without the precautionary requirements, when sentenced to a sentence equal to or greater than 15 years, based on the sovereignty of verdicts, does it

4 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. *E-mail*: mylena.8080@outlook.com

5 Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. Mestre em Direito *E-mail*: julianoleonel@hotmail.com.

hurt the presumption of innocence? Therefore, this study verified the mitigation of the relativization of the principle of presumption of innocence from an unconstitutional device and police matrix, legitimizing a sui generis prison, without foundation in those existing in the legal system. In the research, the bibliography in Criminal Procedural Law on presumption of innocence and ex lege imprisonment was reviewed and art. 492, I, and, of the CPP, under the Constitutional prism. We used, as inclusion criteria, the studies that present the terms: Prison, Constitutionality, Presumption of Innocence, Criminal Procedure Law, Jury Court, STF; articles in Portuguese that address the topic under study, described in full online and published for at least 5 years.

Keywords: Weak. Presumption of innocence. Prison. Jury court.

Sumário: 1. Introdução. 2. Processo Penal Como Instrumento De Garantias. 2.1 Presunção De Inocência Como Direito Fundamental. 2.2 O Marco Temporal Da Incidência Da Presunção De Inocência. 3. O Problema Da Execução Provisória Da Pena. 3.1 O Problemático Art. 492 Do CPP E A Prisão *Ex Lege*. 3.2 Crise Das Fontes. 4. Tribunal Do Júri. 4.1 Rito Do Tribunal Do Júri. 4.2 A Relativização Do Princípio Da Soberania Dos Veredictos. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal, de acordo com Goldschmidt, é uma guerra, e, portanto, incerto. Reconhecer a incerteza inerente ao processo penal é importante, pois, assim, podemos estabelecer regras e formas do jogo, devendo estas serem invioláveis durante todo o processo penal. O processo penal é a última garantia do débil perante o poder punitivo do Estado, sendo de total relevância e necessidade o cumprimento das regras do jogo, por conseguinte, legitimar e aplicar a pena. (LOPES JR., 2020b).

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra o sistema acusatório no Direito Processual Penal, entretanto, recepcionou um Código de Processo Penal claramente policialesco e ditatorial, inspirado no regime fascista de Mussolini. As aplicações nos casos concretos do CPP entram em choque com a Carta Magna, fazendo nascer um processo inquisitivo que prende primeiro para a posteriori legitimar a prisão, numa clara violação aos direitos fundamentais presentes na Carta Política. Além disso, caracteriza uma crise das fontes, pois a CRFB/88 deixa de ser aplicada em face de um diploma inferior, o CPP.

A mais recente tentativa de atualizar o Código de Processo Penal, com o objetivo de adaptá-lo ao sistema acusatório, adotado pela CF/88, foi a Lei Anticrime, promulgada em 2019. No entanto, a Lei, na alteração de alguns artigos do CPP, reforça o sistema inquisitivo, numa evidente violação à Constituição. Um desses artigos reformados é o 492 do CPP, cuja mudança mais inconstitucional é a alínea "e", parte final, que traz a

possibilidade da prisão como pena de execução, sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ademais, o dispositivo viola o princípio da isonomia, igualmente constitucional, pois a possibilidade da prisão em primeira instância com o fundamento de ser crime doloso contra a vida, na mentalidade policialesca do Código de Processual Penal e do legislador, necessita de uma resposta mais rápida à população, numa evidente utilização do processo penal como instrumento de segurança pública, papel que não é seu.

A prisão "automática" criada na alínea "e" do art. 492, I, do CPP, é *sui generis*, na medida em que se criou uma nova modalidade de prisão sem fundamento nas duas existentes: Cautelares, sendo necessário mostrar o *Fumus Commissi Delicti* e *Periculum Libertatis;* e a prisão com o trânsito em julgado, quando a sentença não cabe recurso. A presunção de inocência como principal proteção do débil diante do poder do Estado de punir não poderá ser ceifada, de imediato, na primeira instância, por um critério meramente temporal. Podendo somente ser desconsiderada em última instância, como determinou a Carta Política. E no processo penal, a forma é garantia de um processo justo.

Na mesma linha, a instrumentalidade constitucional garante a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, logo, a constituição direciona o processo penal como instrumento para a defesa das garantias mínimas, sendo o juiz responsável pela proteção do débil no sistema acusatório da Constituição Federal. Portanto, o júri é uma garantia do indivíduo de ser julgado por seus pares, em crimes dolosos contra a vida, não devendo ser subvertido a prejudicar o débil, considerando que suas decisões não são absolutas, podendo ocorrer um novo julgamento caso haja controvérsias. Mediante o exposto, o princípio da soberania dos veredictos traz uma ideia por parte dos jurados de independência, entretanto, o veredicto pode ser convertido caso o réu seja prejudicado com a decisão do julgamento.

Dessa forma, é relevante ressaltar a importância da pesquisa, por buscar garantias mínimas do acusado, sendo estas direitos fundamentais, logo, com a aplicação de um dispositivo inconstitucional gera um impacto catastrófico e irreversível na vida do condenado, ainda presumidamente inocente.

Quanto à metodologia, é utilizado o método dedutivo através de uma revisão bibliográfica, no qual se produz o conhecimento pelo meio lógico, possibilitando chegar ao resultado por meio de estudos de teorias ditas como verdadeiras. O levantamento bibliográfico foi realizado mediante consulta direta de livros didáticos específicos sobre direito em biblioteca, teses, jurisprudências, doutrinas, etc., no período de fevereiro a dezembro de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O estudo tem como objetivo principal analisar o pacote anticrime, quando, ao prever que os condenados pelo Tribunal do Júri começarão o cumprimento da pena automaticamente, sem os requisitos da cautelar, quando condenados a uma pena igual ou superior a 15 anos, com base na soberania dos veredictos, fere a presunção de inocência.

2 PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIAS

O processo penal é o caminho para a aplicação da pena, isto é, não existe a aplicação da pena sem o devido processo penal. Entretanto, o processo penal não é somente isso, um caminho para a aplicação de uma pena, mas também um instrumento de garantias fundamentais do débil. (LOPES JR., 2020a).

A constituição traz como regra a liberdade do indivíduo e a proteção e garantia de uma vida digna para todos. Quando a constituição prevê tais princípios provedores e garantidores de uma vida minimamente digna, estes não se limitam à aplicação apenas aos que não estão sofrendo com a persecução penal, mas a todos, inclusive ao débil, que sofre com a persecução penal e todo o estigma social que o transcorrer do processo proporciona na vida deste.

Como bem assevera Tavares (2019, p.175), "a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência", isto é, o que precisa de legitimação é a aplicação da pena, e não a liberdade. No entanto, a exceção se tornou a regra no sistema de persecução penal no Brasil, visto que os julgadores decretam prisões preventivas e cautelares em números alarmantes, sem os requisitos legais obedecidos, utilizando-se de fundamentos vagos como "ordem pública" para fundamentar a prisão. Esses fundamentos são resquícios da utilização de um CPP policialesco e de matriz nazifascista que representa o sistema inquisitivo, que fora abolido pela Constituição. Entretanto, é aplicado, em detrimento desta, por julgadores e operadores do direito que não acreditam na força normativa da Constituição, numa clara crise das fontes no ordenamento jurídico brasileiro. (LOPES JR., 2020b).

O processo penal se insere no âmbito democrático, logo, constitucional acusatório, como fonte de garantias mínimas constitucionais para se aplicar a pena. O processo ganha uma nova roupagem no sistema democrático, não sendo apenas um caminho necessário para a aplicação da pena, mas sim um sistema de garantias de direitos, que incluem o respeito à dignidade humana do débil, o devido processo legal, sendo este de tempo razoável, para se reconstituir o fato histórico, com ampla defesa e contraditório. (LOPES JR., 2020b).

O juiz, no sistema acusatório, é um garantidor dos direitos do acusado, considerando que o Estado tem à sua disposição toda máquina estatal para produzir e procurar provas, fazendo do acusado um verdadeiro débil, pois as condições de forças são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

extremamente desiguais durante toda a persecução penal, sendo dever do juiz garantir a estrita observância dos direitos fundamentais do débil. (LOPES JR., 2020b).

Portanto, segundo Lopes Jr. (2020b), a instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor da dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário.

2.1 Presunção de inocência como direito fundamental

A presunção de inocência é uma conquista cívica histórica da humanidade. Construída após tempos sombrios, que reinavam no absolutismo até o século XVIII, em que o imputado pagava com seu corpo as duras penas aplicadas ao acusado, sendo torturado para confessar, e, ao culpado, a aplicação do suplício. Demonstrando esse longo período de escuridão e trevas, Beccaria (2015, p. 41) relata: "ordeno-vos que vos torneis vossos próprios acusadores e digais enfim a verdade; ao meio das torturas que vos quebrarão os ossos e vos dilacerarão os músculos". Na mesma linha, Foucault (2014, p. 11) leciona: "em cumprimento de sentença, tudo foi reduzido a cinzas. O último pedaço encontrado nas brasas só acabou de se consumir às dez e meia da noite. Os pedaços de carne e o tronco permaneceram cerca de quatro horas ardendo".

A presunção de inocência atua em três aspectos distintos que se complementam na proteção do imputado durante toda a persecução penal. De acordo com Moraes (2010, p. 453), a presunção de inocência na "sua ampla extensão e incidência faz com que ela se relacione, direta ou indiretamente, com cada ponto do sistema, porém, é como 'norma de tratamento', 'norma probatória' e 'norma de juízo' que tem maior emprego na prática forense". Para fins de delimitação do estudo, o presente projeto abordará à presunção de inocência como norma de tratamento.

Para Mendes e Branco (2017), a presunção de inocência é um direito fundamental do imputado e tem natureza jurídica de princípio constitucional. A Carta Política optou por uma cláusula restritiva ampla, conferindo ao imputado o "estado de inocente" até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Diferentemente das cláusulas presentes no direito alienígena, que limitam a incidência da proteção de inocência até a comprovação da culpa, deixando margem sobre o que seria culpa comprovada legalmente, no processo penal. Cabendo ao intérprete dizer quando a culpa está comprovada, no caso concreto, sendo a melhor interpretação a que não deixa dúvidas sobre a materialidade e a autoria do delito, bem como o esgotamento de toda a matéria de fato na persecução penal. São exemplos a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798.

O processo penal no Estado Democrático de Direito assegura as garantias constitucionais e direitos fundamentais presentes na Constituição. Diante disso, não pode

ser visto apenas como meio para a aplicação do direto material, mas sim como também um instrumento de garantia ao processo justo. A instrumentalidade do processo penal é utilizada necessariamente para que haja a aplicação de uma sanção penal, assim sendo, devem-se considerar as garantias constitucionais do débil para limitar o poder punitivo do Estado. Portanto, o processo penal constituiu-se assente da Constituição, sendo necessário como instrumento para atingir a pena.

Dessa forma, na atualidade, a pauta entre indivíduo-estado encontra-se mais inovadora, pois em primeiro lugar estão os interesses dos indivíduos e posteriormente os do Estado. Mediante o exposto, o dever de punir do Estado é exclusivo, tendo, assim, a função de resguardar o bem comum e amparar o cidadão. Na mesma linha, a pena será aplicada existindo a culpabilidade do indivíduo e o devido processo legal.

Conforme Lopes Jr. (2021b, p. 59), "é fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória)". A instrumentalidade constitucional garante a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, sendo assim, a Constituição direciona o processo penal como instrumento para a defesa das garantias mínimas, sendo o juiz o instrumento de garantias do débil no modelo acusatório da Constituição. Outrossim, protege o imputado resguardando a sua dignidade como pessoa, pois ele é presumidamente inocente até a sentença penal condenatória transitada em julgado, consoante o art. 5°, LVII da CRFB.

Logo, segundo Lopes Jr. (2021b, p. 36), "o processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena". Isto é, as garantias constitucionais, a instrumentalidade constitucional, a pretensão acusatória, a máxima efetividade aos direitos e garantias individuais são necessárias para que se possa chegar à pena a ser executada.

O garantismo, uma metodologia de delimitação e coordenação dos poderes públicos, garante os interesses dos mais débeis e dos marginais, perseguidos e punidos pelo processo penal seletivo, ou seja, consiste em tutelar os direitos fundamentais no processo penal, assegurando os direitos mínimos do acusado antevistos na Constituição Federal.

No mesmo sentido, de acordo com Ferrajoli (2002), sob a ótica garantista, o juiz tem o dever e a responsabilidade de admitir somente os significados válidos, ou seja, conciliáveis com os direitos fundamentais e as normas constitucionais determinadas. Ademais, a submissão do juiz à lei é de fato coerente com a Constituição, sendo a interpretação sempre em juízo acerca da própria lei.

2.2 O marco temporal da incidência da presunção de inocência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Inundado por motivos políticos e pelo discurso de que o Brasil é o país da impunidade – argumento falacioso, pois, segundo o G1 (2020), o Brasil ocupa a 3ª posição em número absoluto de presos e ocupa a 26ª posição do mundo de presos por 100 mil habitantes, no total de 338 pessoas presas –, recentemente, em fevereiro de 2016, por 7x4, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpos* n.126.292/SP, mudou o entendimento sobre a incidência do marco temporal da presunção de inocência, passando a admitir a prisão depois da condenação em segundo grau. (PORTAL; GLOECKNER, 2017). De acordo Lopes Jr. e Badaró (2016), essa é uma clara violação da presunção de inocência, pois o marco temporal estabelecido pelo legislador constituinte originário foi até o trânsito em julgado, não cabendo ao STF escrever e interpretar onde não cabe interpretação, pela clareza literária da CF/88, não sendo está uma carta em branco.

Segundo Moraes (2010), uma parte da doutrina defensora da perda gradativa da presunção de inocência apresenta como argumento central a colisão de princípios da eficiência processual e a presunção de inocência. Colisão meramente fictícia, visto que o imputado, em hipótese alguma, pode ser tratado como culpado até o trânsito em julgado. Ademais, sendo necessária e fundamentada, a prisão cautelar acontecerá, numa clara relativização do princípio da presunção de inocência, de forma harmonizada com a Constituição. Na mesma linha, segundo Lopes Jr. e Badaró (2016), não cabendo, portanto, a antecipação da pena, com o argumento de dar efetividade ao princípio da eficiência processual, sendo papel do executivo e do legislativo promover e garantir a segurança pública, não utilizando um meio simplista como prender antes do trânsito em julgado, suprimindo as garantias constitucionais do imputado.

Presumir a culpa em perecimento da inocência é retroceder a tempos sombrios, em que o imputado é preso durante todo o processo. Gerando ao imputado, presumidamente inocente por força da constituição, prejuízos catastróficos, não existindo indenização capaz de retroceder e devolver ao imputado o tempo passado no cárcere, por erro do judiciário. Infelizmente, realidade, em grande medida, adotada pelo sistema brasileiro, fruto dos resquícios do sistema inquisitorial.

Outrossim, parte da doutrina e membros do Ministério Público e do Judiciário defendem que no Brasil existe um hipergarantismo penal, que dificulta a aplicação da pena e gera impunidade. (HAIDAR, 2021). Ora, mais um argumento falacioso, pois as garantias constitucionais não impedem a aplicação da lei, pelo contrário, legitima o processo. Como assegura a Constituição em seu art. 5º, LXII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. De acordo com Megali Neto (2018), não cabe ao STF, portanto, *data vênia*, promover uma mutação constitucional restringindo o marco temporal de incidência da presunção de inocência sem considerar o seu *status* de cláusula pétrea, por força do art. 60, § 4, IV da CF/88.

O art. 5º, LXII, da Constituição Federal não deixa margem interpretativa por motivos semânticos, sendo dever do Estado, na persecução penal, respeitá-la, sem relativização. O legislador constituinte originário sabia do alcance do dispositivo, como norma de tratamento, até o trânsito em julgado, visto que, outros parâmetros eram conhecidos, nas convenções e tratados estrangeiros, *v.g.* a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798.

A escolha do constituinte pelo maior alcance do dispositivo no processo penal advém numa resposta ao longo período ditatorial brasileiro (1964-1985), responsável por restrições e violações dos direitos fundamentais da pessoa humana. Fazendo nascer, na atual constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana, que irradia todo o ordenamento jurídico devendo ser efetivado e assegurado pelo Estado Democrático de Direito. Portanto, tratar um inocente como culpado antes do trânsito em julgado é assumir a instauração de um Estado desumano e fascista, que sacrifica conquistas históricas da sociedade sob pretexto da eficiência processual.

3 O PROBLEMA DA EXECUÇAO PROVISÓRIA DA PENA

3.1 O problemático art. 492 do CPP e a prisão *ex lege*

Na esteira da decisão do STF, o legislador alterou o dispositivo 492 do CPP, recriando a prisão *ex lege, in* verbis*:*

> 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* (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019). (BRASIL, 2019, grifo nosso).

O novo dispositivo infraconstitucional recria a prisão *ex lege*, ou obrigatória, e fere o princípio da presunção de inocência e os decorrentes deste, tais como a liberdade, a isonomia, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. O legislador infraconstitucional, imbuído de ideias populistas, produz um dispositivo que representa um pano de fundo nazifascista, fruto da eterna crise das fontes presente nos âmbitos jurídico e político brasileiros. Contrariando o que prevê a Carta Magna nas garantias do imputado, como a presunção de inocência, o devido processo legal e o sistema acusatório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ora, segundo Lopes Jr. (2021a), a prisão do imputado durante a persecução penal não é vedada pela constituição. O que é vedado é o tratamento de culpado ao imputado, presumidamente inocente, a fim da antecipação da pena sem o trânsito em julgado, em frontal violação da presunção de inocência. Cabendo a prisão cautelar, em caráter excepcional, nos casos em que a tutela do processo foi violada ou esteja na eminência de acontecer, o juiz deve se fundamentar no *periculum libertatis* do imputado, não podendo aquele fazer conjecturas quando não há fatos que demonstrem o perigo ao trâmite legal do processo.

O dispositivo, de acordo com Lopes Jr. (2021), fere a proporcionalidade e a isonomia constitucional, na medida em que prevê, numa situação hipotética, a prisão do culpado em primeiro grau, por homicídio simples, com pena de reclusão de seis a vinte anos. Em contrapartida, um condenado por latrocínio pode, virtualmente, responder a persecução penal em liberdade, sendo a pena superior ao homicídio simples, qual seja reclusão de 20 a 30 anos. (BRASIL, 1940). Por mais que a natureza jurídica seja distinta, a discrepância é notória, pois o bem jurídico protegido no homicídio é a vida, enquanto no latrocínio é o patrimônio. Ademais, a lei obriga a prisão em primeira instância, sem amparo material na constituição ou nas normas supralegais.

Noutro giro, o plenário do STF, nos julgamentos das ADCs n. 43, 44 e 54, em conformidade com a Constituição, por 6x5 votos, mudou novamente o entendimento sobre a prisão em segunda instância, não mais admitindo a execução antecipada da pena na condenação em 2ª instância. Portanto, a prisão *ex lege* fere frontalmente a isonomia constitucional, pois o STF não permite a execução antes do trânsito em julgado.

Para Moraes (2010), a seu turno, a reserva de jurisdição fora violada, diante da impossibilidade da realização do julgamento conforme os casos concretos, sem a devida individualização, pois, com a prisão *ex lege*, o julgador não pode decidir pela liberdade provisória do imputado, mesmo está sendo a decisão mais justa na persecução penal.

Além disso, tal dispositivo contraria a Lei Maior, a CADH e o próprio art. 293 do CPP, quando aduz: ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. A seu turno, a CADH assegura ao imputado no artigo 8.2. que: "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". De forma ampliativa, a CF/88 leciona, no seu art. 5º, LXII, que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

3.2 Crise das fontes

No processo penal brasileiro, existe uma inversão de valores, isto é, a norma hierarquicamente inferior prevalece em face da hierarquicamente superior. Isso é fruto da utilização do CPP por tanto tempo sem a devida irradiação constitucional, nascendo uma cultura que não acredita na força normativa da Constituição perante o CPP. Uma verdadeira crise das fontes no ordenamento jurídico brasileiro, devendo prevalecer as garantias constitucionais, logo, faz-se mister abandonar o CPP de matriz autoritária e fascista.

Segundo Leonel (2016), na construção de um processo penal humanitário, com a observância das garantias mínimas constitucionais, do *flair play* processual e das regras do processo democrático, é necessário abandonar o atual CPP. Outrossim, é urgente e mister a construção de um novo CPP com a matriz constitucional e humanitária, passando a aplicar os direitos fundamentais presentes na Constituição e na CADH. Ademais, o imputado é sujeito de direitos, não podendo o Estado fazer dele um instrumento de propaganda da efetivação da justiça, de forma ilusória e simplista, com prisões *ex lege* e cautelares desnecessárias, ao preço das garantias constitucionais.

Com razão, adverte Streck (2001) que é necessária uma filtragem constitucional no CPP de matriz policialesca e fascista. Entretanto, o sistema encontra amparo no cenário nacional, seja no setor legislativo ou doutrinário, em decorrência do discurso produzido e maquiado de repressão ao crime, produção de segurança na sociedade e manutenção da ordem pública. Encontrando, assim, legitimidade nas camadas da sociedade, e estimulando a produção de leis contrárias à Constituição, fruto de um direito penal simbólico, responsável pela manutenção e perpetuação da classe superior no poder jurídico e fático.

4 TRIBUNAL DO JÚRI

4.1 Rito do tribunal do júri

O tribunal do júri surgiu nos Estados Unidos e outros países aderiram ao modelo. No Brasil, o instituto do júri está previsto no art. 5°, XXXVIII, da Constituição Federal, como garantia do indivíduo, assegurando a plenitude de defesa; o sigilo das votações; a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Logo, os crimes que são julgados pelo tribunal são: extorsão mediante sequestro, estrupo com resultado morte e os que se produz resultado morte.

No Brasil, o júri baseou-se no modelo existente na França, um julgamento popular, no entanto, tinha como finalidade, de início, julgar crimes de imprensa e não crimes contra a vida, norteado pela lei de 18 de julho de 1822. O júri era composto por membros, denominados “homens bons”, os quais só podiam ser escolhidos se fossem eleitos e se fossem patriarcas. À medida que o tempo se passou, o júri foi preservado e, com a Proclamação da República, criou-se o júri federal e ambos no decreto 848, de 11 de outubro de 1890. Este último era composto por 12 jurados, sorteados dentre 36 cidadãos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nos dias atuais, o tribunal do júri é composto por um juiz de direito, o qual sorteia 25 jurados para compor o júri. Os jurados devem ser maiores de 18 anos, capazes, sendo obrigatório o serviço, podendo acarretar multa caso ocorra descumprimento da função sem justificativa. O procedimento ocorre da seguinte forma: o rito divide-se em duas fases, na primeira, o juiz recebe a denúncia, *judcium accusationis*, tendo por finalidade formar o juízo de admissibilidade da acusação. Na segunda fase, *judcium causae*, o presidente e o conselho de sentença julgarão o mérito do pedido, inicia-se no trânsito em julgado da sentença de pronúncia ou termina com a decisão do tribunal do júri.

4.2 A relativização do princípio da soberania dos veredictos

Com a Constituição de 1988, ressurgiram controvérsias relacionadas às decisões do júri popular. A soberania dos veredictos traz uma ideia de independência por parte dos jurados, entretanto, não é absoluta, pois pode ocorrer um novo julgamento, caso a decisão dos jurados apresente-se contrária à prova dos autos. Portando, a soberania dos veredictos pode ser convertida quando o réu for prejudicado diante do julgado, sendo, assim, incoerente a decisão proferida ser aplicada injustamente, contrariando o princípio da soberania dos veredictos e lesionado a isonomia constitucional.

O código de processo penal, nos seus artigos 406 e seguintes, trata sobre o tribunal do júri. Segundo o art. 593, II, d, CPP, é legítima a apelação contra decisões do júri no momento em que forem consideradas adversas às provas dos autos, passando, assim, a ser analisado o pedido de um novo júri ao tribunal. Visa-se à proteção da garantia individual para que nenhuma injustiça ocorra.

A soberania dos veredictos é uma decisão coletiva dos jurados, tal como é um veredicto popular, que julga casos no tribunal do júri. Sendo assim, a decisão do conselho de sentença não pode ser substituída pelo tribunal. Portando, segundo Tourinho Filho (1997), o direito de liberdade se sobrepõe sobre manter a soberania dos veredictos intocável e busca corrigir um erro em benefício da liberdade.

No processo penal é vedado o princípio r*eformatio in pejus* indireta, no qual, por exemplo, um juiz condena o acusado à determinada pena e, por consequência, o Tribunal do Júri, amparando a apelação da defesa, invalida a decisão com base em provas contrárias, aumentando a sanção. Diante de tal fato, este não pode, em nova sentença, prejudicar o réu com uma pena maior do que a anterior estabelecida. No entanto, como já citado, os jurados possuem soberania para julgar o acusado, entretanto, para que não ocorra injusto penal, o julgado passa por uma reanálise.

Em síntese, os jurados possuem a função de julgar o mérito, por meio do princípio da soberania dos veredictos, impossibilitando o tribunal de adulterar a decisão dos jurados. Por outro lado, ao tribunal, não obstante, é conferida a capacidade de anular a decisão do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tribunal do júri, gerando a possibilidade de um novo julgamento, porém, isso ocorre quando a decisão for contrária às provas dos autos. O Código de Processo Penal, no art. 593, III, d, § 3º, prevê, *in verbis:*

> Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: das decisões do Tribunal do Júri, quando: for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Se a apelação se fundar no nº III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

Diversas decisões versam sobre julgamentos manifestamente opostas às provas dos autos, com isso, há possibilidade de um novo parecer ao réu, acerca da decisão. Nesse sentido, a jurisprudência:

> APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO. TESE DA LEGÍTIMA DEFESA, INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E CLEMÊNCIA. ACOLHIMENTO PELOS JURADOS. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. DECISUM BASEADO APENAS NA PALAVRA ISOLADA DA ACUSADA. SUBMISSÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO. PROVIMENTO DO APELO. É possível a cassação da decisão proferida pelo Conselho de Sentença quando ela acolhe uma versão que não encontra suporte na prova dos autos, pois não é de se admitir que a conclusão dos jurados seja completamente divorciada do contexto probatório. É manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que, dissociando-se completamente do conjunto probatório, acolhe tese sustentada exclusivamente com base na palavra isolada do réu Sendo a decisão manifestamente contrária às provas dos autos, esta deve ser cassada, e o réu, submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00001258720098150121, Câmara Especializada Criminal, Relator DES. JOÃO BENEDITO DA SILVA , j. em 16-05-2019)
>
> (TJ-PB 00001258720098150121 PB, Relator: DES. JOÃO BENEDITO DA SILVA, Data de Julgamento: 16/05/2019, Câmara Especializada Criminal).

Portanto, o julgado acima exemplifica a sentença diversa à prova dos autos, sendo impugnada a ação de um novo juízo, com base no art. 593, III, d, do Código de Processo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Penal. O júri não é absoluto, não podendo o legislador subverter uma garantia do indivíduo *in malam partem,* com o argumento da não reversibilidade da decisão dos jurados em 1ª instância. Ora, argumento falacioso, como supracitado, pois há decisões em contrário.

Ademais, é garantia fundamental do imputado ser tratado como inocente até o trânsito em julgado, não cabendo tal limitação em 1ª instância. Outrossim, o devido processo legal fora violado, na medida em que o equilíbrio está perdido. Como é cediço, o processo penal é o principal instrumento de garantia do débil, responsável por equilibrar a "guerra" no processo penal. Ora, com a prisão do imputado, este estará pra sempre estigmatizado como culpado, dificultando sua defesa, numa possível reforma pelo tribunal. Além disso, toda a sociedade já o condenou nesse ocorrer dos fatos.

5 CONCLUSÃO

Como apontado durante este estudo, o art. 492, I, e do Código de Processo Penal é inconstitucional, tendo por base os referidos fundamentos apontados, não cabendo no atual estágio democrático constitucional acusatório a aplicabilidade de um artigo policialesco e fascista.

A presunção de inocência é colocada em discussão quanto a sua duração durante a persecução penal, sendo que a nossa corte suprema, o STF, em julgamentos anteriores, relativizou-a (*Habeas Corpos* n.126.292/SP), *data vênia*, de forma indevida e incabível, restringindo o alcance da proteção do princípio da presunção de inocência, admitindo a prisão em segunda instância do acusado ainda constitucionalmente inocente sob o prisma constitucional. A Constituição cidadã não deixa margem interpretativa sobre o marco temporal de incidência da presunção de inocência, sendo até o trânsito em julgado.

Defensores da relativização do princípio da presunção de inocência argumentam que a constituição abarca não somente um princípio, sendo razoável quando estes colidem a utilização da ponderação para a resolução do conflito. Entretanto, relativizar um princípio histórico e de conquista cívica é ignorar a história de massacre deste país em relação aos anos de chumbo, bem como colocar a sociedade em primeiro lugar em nome da efetividade da persecução penal, tratando o débil como mais um número, sendo este apenas uma resposta vazia e falaciosa que não resolve o problema da impunidade. Não pode o débil suportar a prisão, ainda coberto com o manto constitucional da inocência, devendo o Estado promover melhor organização e celeridade na persecução penal, sem prejudicar o acusado.

Como também asseverado, a execução forçada e antecipada da pena em desrespeito aos limites constitucionais provoca uma transformação maligna e estereotipada do débil perante a sociedade, que cumpre pena mesmo com sua presunção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de inocência intacta ou, no pior dos cenários, ainda vigente como norma de tratamento que perdura todo o processo. No entanto, no Brasil, não é de se espantar a vigência de um dispositivo que tem como fundamentação histórica o fascismo estar em plena aplicação no país que a Constituição é inferior ao CPP, ultrapassado e arcaico, sem espaço no atual Estado Democrático de Direito, que ao menos no papel preza pelo sistema acusatório da Constituição.

No júri popular, as decisões sofrem divergências à prova dos autos, portanto, a própria lei deixa claro que o julgamento não pode ser completamente divorciado da prova dos autos, de acordo com art.593, III do CPC. Com isso, a soberania dos veredictos dá independência aos jurados, entretanto, não sendo esta absoluta, podendo ocorrer um novo julgamento caso a definição dos manifestos identifique-se adverso à prova dos autos. Dessa forma, quando o réu for prejudicado com uma sentença proferida contraditória às provas juntadas aos autos, acontecerá um novo juízo.

Logo, inexiste qualquer direito absoluto, isto é, podendo sofrer modificação quanto às circunstâncias do fato concreto. Com isso, o princípio vai se adequando de acordo com a aplicação da norma, tanto no tempo quanto no espaço. Desse modo, não se pode ter certeza a respeito da materialização do princípio da soberania dos veredictos, como demonstrado acima na sentença judicial, sendo real a possibilidade de inversão do resultado da primeira instância, saindo o acusado da condição de culpado para a de um inocente ou saindo de uma pena maior para uma menor, portanto, o tempo na prisão nunca é recuperado, tampouco recompensado. Não podendo a persecução penal se bastar com o resultado da primeira instância, como se absoluto fosse, quando na verdade há possibilidade de reversão, não pode o acusado sofrer a antecipação danosa e desastrosa da pena ainda na primeira instância sendo coberto pela presunção de inocência.

Portanto, como conclusão, não é razoável a mitigação do princípio da presunção de inocência na primeira instância em julgamentos do tribunal do júri, quando a pena do acusado for igual ou superior a quinze anos. Para além dos argumentos supracitados dos resultados gravosos e irreversíveis ao apenado, com o cumprimento antecipado da pena, tem-se o próprio sistema acusatório da Constituição frontalmente violado, quando o dispositivo em análise traz consigo uma hipótese de prisão arbitrária e meramente midiática e popular, que não se enquadra nas prisões existentes, que admitem a relativização do princípio da presunção de inocência, dentro dos limites constitucionais.

A aplicação de tal dispositivo é um claro retrocesso na construção de um sistema de persecução penal efetivamente acusatório, em que os limites e papéis constitucionais são respeitados e não dilapidados e destruídos em nome de um legislador populista e midiático, que elabora normas sem o devido estudo de impactos socias causadores a partir da aplicação de tal dispositivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A constituição não permite tal relativização, sendo taxativo e de clareza solar o alcance de seu princípio magno do sistema acusatório e respeito ao débil, que já sai em desvantagem na persecução penal, e agora sofre mais uma vez com a elaboração e aplicação de um dispositivo pensado para aprisionar o acusado sem os devidos passos do sistema acusatório, devendo o STF julgar pela sua inconstitucionalidade, da mesma forma que fez com a prisão em segunda instância, no julgamento das ADCs 43,44 e 54, como demonstrado durante este artigo.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. (Título original: Dei delitti e delle pene).

BRASIL. [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: 2 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 1 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União, 30 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 1 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 1 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), 22 nov. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 5 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Apelação Criminal Nº 0000125-PB (87.2009.8.15.0121).** Apelação Criminal. Homicídio Qualificado. Tribunal do Juri. Absolvição. Tese da legitima defesa, inexigibilidade de conduta diversa e clemência. Acolhimento pelos jurados. Irresignação do Ministério Público. Decisão manifestamente contrária às provas dos autos. Decisum baseado apenas na palavra isolada da acusada. Submissão do réu a novo julgamento. Provimento do apelo. Impetrado: Ministério Público Estadual. Rel. Des. João Benedito da Silva, 16 de maio de 2019. Disponível em: https://tj-

pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713138133/1258720098150121-pb/inteiro-teor-713138141. Acesso em: 20 abr. 2021.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução: ZOMER, A. P.; TAVERES, J.; CHOUKR, F. H.; GOMES, L. F. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Título original: Diritto e ragione).

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. (Título original: Surveiller et punir).

HAIDAR, R. "Populismo judicial é a mais perversa forma de populismo", diz Ferrajoli. **CONJUR**, 24 abr. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/entrevista-luigi-ferrajoli-professor-teorico-garantismo-penal. Acesso em: 25 abr. 2021.

LEONEL, J. O. Processo penal humanitário e a necessidade de sua dupla conformidade. *In*: LEONEL, A. L. A. R.; MAGALHÃES, N. de A. (Org.). **Perspectivas jurídicas:** um novo olhar. Teresina: Garcia, 2016. p. 299-315.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021a.

LOPES JÚNIOR, A. **Fundamentos do Processual Penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021b.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020a.

LOPES JÚNIOR, A. **Fundamentos do Processo Penal:** introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020b.

LOPES JÚNIOR, A. Um ano do pacote anticrime, conseguiremos mudar a cultura inquisitória. *In*: LOPES JÚNIOR, A.; PINHO, A. C. B. P.; ROSA, A. M. **Pacote Anticrime:** um ano depois. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2020c. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:754541. Acesso em: 27 mar. 2021.

LOPES JÚNIOR, A.; BADARÓ, G. H. R. I. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. **CONJUR**, 20 maio 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

MENDES, G. F.; BRANCO P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, M. Z. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MEGALI NETO, A. A relativização do princípio da presunção de inocência a partir da mutação constitucional no habeas corpus n. 126.292. **Revice – Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 174-195, jun./dez. 2018. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/revice/article/view/5122. Acesso em: 18 mar. 2021.

PORTAL, D. C.; GLOECKNER, R. J. Presunção de inocência no habeas corpus n. 126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 391-407, maio/ago. 2017. DOI: 10.5585/rdb.v17i7.505. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11365/2/PRESUNCAO_DE_INOCENCIA_NO_HABEAS_CORPUS_N_126_292_JULGADO_PELO_STF_STANDARDS_DECISORIOS_E_O_ADVENTO_DA_PRISAO_CAUTELAR.pdf. Acesso em: 18 mar. 2021.

STRECK, L. L. **Tribunal do júri:** símbolos e rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. E-book.

TOURINHO FILHO, F. C. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 369.

VELASCO, C.; CAESAR, G.; REIS, T. Brasil tem 338 encarcerados a cada 100 mil habitantes; taxa coloca país na 26ª posição do mundo. **G1**, 19 fev. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/brasil-tem-338-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-taxa-coloca-pais-na-26a-posicao-do-mundo.ghtml. Acesso em: 15 abr. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A LEI DE IMTPORTUNAÇÃO SEXUAL E SUA EFICÁCIA NA SOCIEDADE

CARLA MIRLENE LIMA SANTOS: Graduanda do curso de Direito na Universidade de Gurupi - UnirG

ANDRÉ HENRIQUE OLIVEIRA LEITE6

(orientador)

RESUMO: Após surgirem debates sobre a impunidade e a necessidade de se castigar com o rigor devido os atos de importunação ocorridos em transportes públicos, o crime de importunação sexual foi inserido no Código Penal Brasileiro através da Lei nº 13.718, de setembro de 2018, que o tipificou no artigo 215-A punindo com pena de 01 a 05 anos quem age buscando satisfazer a si ou a terceiro a prática de atos libidinosos, isto é atos sexuais diversos da conjunção carnal, sem a concordância da vítima. Por se tratar de crime previsto há poucos anos, a pesquisa objetiva debater a eficácia da lei de importunação sexual no Brasil. A sua elaboração se deu por meio do método dedutivo de pesquisa, através de material bibliográfico, com análise qualitativa de textos e argumentos, com o objetivo de explorar os aspectos legais do crime de importunação sexual. A pesquisa demonstrou que existem percalços que dificultam o seu alcance e eficácia, mas que já é possível reconhecer sua essencialidade ao sistema penal, que antes tratava essa conduta como simples contravenção penal, punida apenas com multa.

Palavras-chave: Dignidade Sexual. Importunação. Artigo 215-A. Eficácia.

ABSTRACT: After debates arose about impunity and the need to punish oneself with rigor due to the acts of harassment that occurred on public transport, the crime of sexual harassment was included in the Brazilian Penal Code through Law No. 13.718, of September 2018, which typified it in article 215-A, punishing with a penalty of 01 to 05 years whoever acts seeking to satisfy himself or a third party the practice of libidinous acts, that is, sexual acts other than carnal conjunction, without the victim's agreement. As it is a crime predicted for a few years, the research aims to debate the effectiveness of the sexual harassment law in Brazil. Its elaboration took place through the deductive method of research, through bibliographical material, with qualitative analysis of texts and arguments, with the objective of exploring the legal aspects of the crime of sexual harassment. The research showed that there are obstacles that hinder its reach and effectiveness, but that it is already possible to recognize its essentiality to the penal system, which previously treated this conduct as a simple criminal misdemeanor, punishable only with a fine.

6 Promotor de Justiça pelo Estado do Tocantins, Professor de Direito pela Universidade de Gurupi Unirg e Mestre em Direitos Humanos pela ESMAT/UFT.

Keywords: Sexual Dignity. Annoyance. Article 215-A. Efficiency.

Sumário: Introdução. 1. A Proteção Legal à Dignidade Sexual no Código Penal. 2. A Lei nº 13,718, de 24 de setembro de 2018. 3. O Crime de Importunação Sexual. 3.1 Definição. 3.2. Classificação do Tipo Penal. 4. Efetividade da Criminalização da Importunação Sexual no Brasil para a Sociedade. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, essencial a todo ser humano. A dignidade sexual de homens e mulheres está compreendida por esse direito fundamental e por isso possui ampla proteção estatal.

Por ser direito humano que deve ser assegurado pelo Estado, a dignidade sexual está resguardada pelo Código Penal, que criminaliza as situações em que a liberdade e dignidade sexual da vítima são violadas. Os tipos penais de maior gravidade estão previstos no ordenamento há décadas, contudo a norma sofreu alterações mais recentes a fim de incluir outros tipos penais.

A importunação sexual, conduta antes compreendida pela Lei de Contravenções Penais tornou-se crime em 2018, através da Lei nº 13.718 que incluiu o artigo 215-A ao Código Penal.

Essa alteração foi sancionada após o debate sobre o índice de casos de importunação em transportes públicos ser crescente bem como a impunidade do agente ser uma realidade em razão das sanções brandas previstas na Lei de Contravenções. Foi somente após casos de importunação sexual ter repercussão nacional que se tornou realidade a sua criminalização.

Hoje em dia, aquele que praticar atos libidinosos sem a anuência da vítima buscando sua satisfação ou de terceiro será punido com pena privativa de liberdade de um a cinco anos de reclusão.

Assim sendo, tendo em vista o crime de importunado foi inserido no ordenamento a pouco mais de três anos, a pesquisa aqui desenvolvida irá discutir sua efetividade na sociedade, através da abordagem da proteção legal dada às vítimas de crimes sexuais e do crime de importunação sexual previsto no Código Penal.

O estudo foi realizado por meio de material bibliográfico gratuito já publicado no Brasil após a alteração legislativa e não necessitou de prévia aprovação do Comitê de Ética ante a ausência de abordagem direta a outros seres humanos. A pesquisa é qualitativa e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

exploratória, com a exposição dos resultados de forma textual, com análise de argumentos e normas em vigor.

1 A PROTEÇÃO LEGAL À DIGNIDADE SEXUAL NO CÓDIGO PENAL

A liberdade sexual é um direito básico de homens e mulheres e está protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro. A ofensa a esse direito pode ensejar a condenação do infrator, caso sua conduta esteja tipificada nas leis penais em vigor.

Atualmente, os crimes de natureza sexual estão previstos no Título VI do Código Penal denomino "Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual", com redação dada pela Lei nº 12.015/2009, antes intitulado de "Crimes contra os Costumes", reformulando toda a matéria referente aos tipos penais previstos no referido título.

> A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual (GRECO, 2017, p.1.120).

A norma penal objetiva proteger a dignidade sexual da vítima e não os costumes da sociedade, expressão pautada em ideais conservadores que muitas vezes afastava a proteção dada à mulher, garantindo os direitos sexuais apenas das mulheres tidas como honestas pela sociedade. O preconceito prejudicava muitas mulheres e protegia os homens, que não podiam ser punidos pela prática sexual contra a vontade de sua esposa. Com o passar do tempo e as lutas das mulheres pela igualdade, esse termo foi afastado para deixar claro o papel da lei de proteger a dignidade sexual da vítima (MASSON, 2014).

Portanto, desde 2009 é a dignidade sexual que tem a proteção do Código Penal. Derivada da dignidade da pessoa humana, a dignidade sexual goza da mesma proteção legal dada a esse fundamento do ordenamento jurídico, daí porque a sua violação é punida com penas mais rigorosas.

> Ao mencionar dignidade sexual, como bem jurídico protegido, ingressa-se em cenário moderno e harmônico com o texto constitucional, afinal, dignidade possui a noção de decência, compostura e respeitabilidade, atributos ligados à honra. Associando-se ao termo sexual, insere-se no campo da satisfação da lascívia ou da sensualidade. Ora, considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra (art. 5º, X, CF), nada mais natural do que garantir a satisfação dos desejos sexuais do ser humano de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> forma digna e respeitada, com liberdade de escolha, porém, vedando-se qualquer tipo de exploração, violência ou grave ameaça (NUCCI, 2014, p. 1.182).

Os crimes contra a dignidade sexual estão previstos no Código Penal a partir de seu artigo 213 e está dividido em capítulos que tipificam crimes contra a liberdade sexual; exposição da intimidade sexual; crimes sexuais contra vulneráveis; rapto; lenocínio, prostituição, tráfico para fins de exploração sexual; e ultraje público ao pudor (BRASIL, 1940).

Em qualquer tipo penal que fere a dignidade sexual praticado pelo autor do fato, a natureza da ação é incondicionada, e pode o agente ser processado e julgado por seu crime independentemente de representação da vítima.

A Lei nº 12.015/2009 alterou significativamente o Código Penal para adequar a norma aos novos preceitos da sociedade e proteger a vítima de condutas que afrontam sua dignidade sexual.

Resultado comum da evolução da sociedade, é que com o passar do tempo novas situações vão surgindo, fato que desencadeia a criação de novos tipos penais para punir condutas hoje reconhecidamente violadoras da liberdade sexual. Um exemplo disso foi a tipificação do crime de Importunação Sexual que foi inserido no Código Penal por meio da Lei nº 13.718/2018, a ser estudada a partir de agora.

2 A LEI Nº 13.718, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018

A aplicação de uma sanção necessita de prévia tipificação em norma penal, haja vista que somente a conduta considerada crime pode ser punida pelo Estado (BRASIL, 1940).

Foi somente em 2018 que a importunação sexual se tornou uma conduta passível de responsabilização penal, após atos dessa natureza passarem impunes por ausência de tipificação legal.

Em sua grande maioria, as principais vítimas de importunação ou outro tipo de assédio sexual são as mulheres, cuja prática se dá em locais públicos como ruas e transportes coletivos.

Para tornar crime essas situações, a Senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB/AM), apresentou o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 618/2015, que em sua origem propunha a criação do tipo penal de estupro coletivo (SENADO FEDERAL, 2021), e que após tramitação em conjunto com outros projetos de lei, foi remetido à Câmara dos Deputados sob a numeração de PL nº 5452/2016.

Enquanto tramitava no Congresso Nacional, um episódio de importunação sexual causou repulsa social ao ser divulgado o caso de Diego Novaes, que após ejacular em uma mulher em um transporte público, foi liberado pelo julgador após Audiência de Custódia por sua conduta não se enquadrar no crime de estupro previsto no Código Penal. A sua conduta delitiva foi considerada mera contravenção penal, prevista no artigo 61 do Decreto-Lei 3688/1941 – hoje revogado, que punia com multa aquele que importunava o pudor de alguém em local público (BRASIL, 1941).

Mesmo possuindo histórico de mais 16 casos semelhantes, Diego Novaes foi solto pela polícia no dia seguinte. Na mesma semana, o mesmo indivíduo foi flagrado se esfregando em outra vítima, também em transporte público, sendo indiciado desta vez por "suspeita de ato obsceno" (THINK OLGA, 2019).

Essas situações reacenderam o debate sobre a necessidade de criminalizar essa conduta que ofende a dignidade sexual da vítima e que não era considerado um crime pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Um ano após o ocorrido, foi sancionada a Lei de Importunação Sexual – Lei nº 13.718/2018, ementada nos seguintes termos:

> 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).

O objetivo dessa nova lei é de sanar a lacuna que antes existia no ordenamento, conforme argumenta Fabiana Dal'Mas Rocha Paes:

> A lei procurou sanar uma lacuna legislativa que dificultava a capitulação jurídica e a formulação de denúncia no caso de determinadas condutas conhecidas popularmente como "assédio sexual", como a "ejaculação", a "apalpadas" as "passadas de mão". Nos tipos penais existentes antes da lei eram a contravenção de importunação ofensiva ao pudor e o crime de estupro, cuja pena prevista é de 6 a 10 anos de reclusão. Houve revogação da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, do artigo 61 da Lei das Contravenções Penais. Então algumas condutas como o assédio por meio de "cantadas", grosseiras e agressivas, podem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> enfrentar uma dificuldade na tipificação, sendo até recomendável o enquadramento como contravenção de perturbação da tranquilidade (PAES apud THINK OLGA, 2019, p. 13).

O seu papel e sua essencialidade no ordenamento jurídico são evidentes, de modo que é oportuno agora debater o crime de importunação sexual criado por esta Lei, cuja caracterização doutrinária ainda é pouco conhecida, ante a sua recente inserção no Código Penal.

3 O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

3.1 DEFINIÇÃO

O cerne da questão que permeia a criação de um novo tipo penal é a sua conceituação, isto é, a conduta que o caracteriza a conduta ilícita.

A sua definição legal está prevista no artigo 215-A do Código Penal que criminaliza a importunação sexual, que consiste em "praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro" (BRASIL, 1940).

Portanto, a conceituação de importunação está ligada a outro termo, que necessita de definição: o ato libidinoso.

> Ato libidinoso, espécie diversa da conjunção carnal, é o que propicia satisfação ou prazer, mas o atingimento desses estados é prescindível, desde que tenha sido o que moveu o agente para a prática (GRECO FILHO e JALIL, 2021, p.648).

Conforme ensina Rogério Greco, considera-se ato libidinoso "todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente (GRECO, 2017, p.75)".

Ou seja, a importunação sexual ocorre quando o agente delitivo pratica algum libidinoso para se satisfazer sexualmente, sem que a outra pessoa consinta com sua conduta.

A sua definição abrange situações que antes não se enquadravam nos demais crimes contra a liberdade sexual punidos com reprimenda desproporcional ao ato praticado.

> pode ser considerado crime de importunação sexual o ato de apalpar as nádegas ou seios de alguém sem sua permissão, o de roubar-lhe um beijo e de ejacular em pessoa determinada. Parte da doutrina

> defende que tal reajuste, na verdade, baseia-se no Princípio da Proporcionalidade, se embasando no fundamento de que não se pode ter como condutas de mesma ofensividade o ato libidinoso e a ação de apalpar outrem, porquanto, ambas as condutas não poderiam ter a mesma reprimenda estatal (CAPEZ apud ARAUJO, 2021, p.18).

Uma vez definida a conduta de importunar sexualmente alguém, passamos a estudar as elementares do tipo penal segundo a doutrina brasileira.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DO TIPO PENAL

O crime de importunação sexual está tipificado no artigo 215-A do Código Penal, inserido por meio da Lei 13718/2018, que pune com pena de reclusão de um a cinco anos aquele que "praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro" (BRASIL, 1940).

O bem jurídico tutelado por esse crime é a liberdade e a dignidade sexual da vítima, que tem o direito de não ser importunada por terceiro que busca a satisfação sexual através de atos libidinosos.

Para que se caracterize o crime tipificado no artigo 215-A, é elementar a ausência de concordância da vítima com a prática do ato libidinoso, haja vista que o seu consentimento afasta a prática delitiva (BITENCOURT, 2018).

Outro elemento indispensável é a identificação de uma vítima. A expressão "contra alguém" contida no *caput* do tipo deixa clara a necessidade de que a vítima seja determinada (GRECO FILHO e JALIL, 2021).

Trata-se de delito comum, cujo autor e vítima podem ser tanto homem quanto mulher. O elemento subjetivo do crime é o dolo de, através do ato libidinoso, buscar satisfazer sua lascívia ou de terceiro determinado, inexistindo sua caracterização na modalidade culposa.

O crime é comissivo e ocorre por meio da prática de um ato libidinoso para satisfação da libido. É ainda plurissubsistente, de modo que pode ser consumado ou tentado.

> O crime consuma-se com a prática, contra pessoa determinada, de ato libidinoso cuja finalidade seja a satisfação da lascívia e que não envolva os órgãos genitais. Tratando-se de crime plurissubsistente, admite-se, ao menos em tese, a tentativa, quando o agente, pretendendo praticar o ato libidinoso, é impedido do seu intento por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> circunstancias alheias à sua vontade (GRECO FILHO e JALIL, 2021, p.649).

Esse delito é caracterizado pela doutrina como um tipo penal subsidiário, que ocorre quando a conduta do autor não for abrangida por um crime de maior gravidade. O fator essencial para sua distinção em relação aos demais delitos é a gravidade da conduta.

> um critério seguro e apto para distinguir o estupro da importunação sexual é a intensidade do ato de natureza libidinosa praticado. Essa intensidade não pode ser medida subjetivamente, deve ser apurada de forma objetiva. Desse modo, a solução é que o estupro deve restringir-se às condutas mais graves, e, em crimes sexuais, o mais grave há de ser, obrigatoriamente, o que envolva, além do necessário toque físico, o contato de órgãos genitais, que são os capazes de produzir a satisfação sexual (GRECO FILHO e JALIL, 2021, p.648).

Tanto o contato físico com a vítima quanto a violência física ou moral não são situações essenciais para a caracterização do delito, mas a presença de tais situações não descaracterizam, por si só, a conduta descrita no artigo 215-A (GRECO FILHO e JALIL, 2021).

Punido com pena de reclusão de 01 a 05 anos, o crime é classificado como de médio potencial ofensivo, enquadrando-se dentre os tipos penais passíveis da suspensão condicional do processo disciplinada pela Lei 9.099/95.

Assim como os demais crimes praticados contra a liberdade sexual, o delito de importunação sexual possui natureza pública incondicionada e será promovida pelo Ministério Público independente de haver ou não representação penal da vítima.

A pena simples, de um a cinco anos de reclusão, será majorada do seguinte modo:

> Aumento de pena
>
> Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)
>
> I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)
>
> II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela; (Redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> III -(Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
>
> IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)
>
> Estupro coletivo (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)
>
> a) mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes;(Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)
>
> Estupro corretivo (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)
>
> b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima.(Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) (BRASIL, 1940).

São esses os apontamentos doutrinários e legais que classificam e caracterizam a conduta ilícita como crime de importunação sexual inserido ao Código Penal por meio da Lei nº 13.718/2018.

Uma vez que o crime está em vigor há pouco tempo, questiona a eficácia desse tipo penal para a sociedade brasileira, isto é, os efeitos após a criminalização da conduta de importunação sexual.

4 A EFETIVIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL NO BRASIL PARA A SOCIEDADE

Tendo em vista que a tipificação da importunação sexual como crime previsto no Código Penal é uma realidade desde o ano de 2018, a discussão passa a ser a análise de sua efetividade na sociedade brasileira. Isto porque não basta a existência de um crime na lei, é necessário que a sua sanção seja aplicada quando for praticado o delito.

Conforme explanado acima, a importunação sexual é um crime que ocorre com a prática de um ato libidinoso sem a anuência da vítima, e que não se confunde com os delitos de estupro e estupro de vulnerável, dada a sua menor gravidade, daí porque é considerado delito subsidiário em relação aos demais crimes contra a dignidade sexual.

O crime de importunação está previsto no ordenamento e pouco mais de três anos. Apesar do curto período, já se existem dados acerca dos índices de sua ocorrência.

Estes dados referem-se apenas ao período de tempo em que está em vigor a nova lei, isto é, do ano de 2018 até o presente momento. Não foram encontrados dados que apontassem o índice de ocorrência da importunação quando vigorava o artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, que punia com multa a conduta de importunar de modo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ofensivo ao pudor alguém que está em local público, fato que impossibilita traçar uma linha comparativa entre o número de casos das duas infrações penais.

Portanto, os indicativos aqui apontados referem-se apenas ao crime tipificado no artigo 215-A do Código Penal Brasileiro.

No ano em que foi sancionada a referida lei, eram poucos os casos em que as vítimas relatavam a ocorrência de importunação sexual, segundo apontam os dados do Mapa da Violência da Mulher:

> Os dados mostram que 94% das mulheres submetidas a esse crime possuem entre 18 e 59 anos de idade. Cerca de 3% são menores de 18 anos e 4% são maiores de 50. Nem todas as unidades federativas brasileiras registraram esse tipo de crime em seus veículos de comunicação. São Paulo foi o Estado com o maior número de casos, 27 no total. Seguido por Bahia (7), Minas Gerais (6), Rio de Janeiro (6), Rio Grande do Norte (4), Mato Grosso (4), Piauí (3), Santa Catarina (3), Paraná (2), Pernambuco (2), Espírito Santo (2), Distrito Federal (2), Rio Grande do Sul (1), Goiás (1), Alagoas (1) e Mato Grosso do Sul (1) (MAPA DA VIOLÊNCIA DA MULHER, 2018, p. 73).

Segundo relatado no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, "no primeiro ano completo de vigência da lei foram registrados 8.068 casos de importunação sexual no Brasil, uma taxa de cerca de 6,6 vítimas para cada 100 mil habitantes (FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p.132)".

No estado do Tocantins, até o mês de setembro de 2021, foram registrados 98 casos de denúncias de importunação sexual, sendo a maioria deles ocorridos em Palmas – com vinte e nove casos, Araguaína – dez; e Gurupi, com nove casos registrados (G1 TOCANTINS, 2021).

Contudo, esses são apenas os dados obtidos por meio de denúncias efetivadas pelas vítimas. O índice é subnotificação ainda é elevado, haja vista que muitas vítimas ou testemunhas têm medo de realizar a denúncia e tem dúvida de quais situações se enquadram nessa tipificação penal.

Maíra Pinheiro, advogada integrante da Rede Feminista de Juristas reconhece a essencialidade da lei, mas tece críticas à normativa:

> A criminalização isolada sem outras medidas alternativas não soluciona sintomas mais graves e agudos. Questões de fundo que proporcionam a continuidade da cultura de estupro no país não foram trabalhadas [...] Há uma construção social que leva os homens

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> a se sentirem autorizados a violar o corpo das mulheres e isso precisa ser repensado (PINHEIRO apud G1, 2021, p.1).

Ou seja, a penalização da conduta como crime e não apenas contravenção penal é um avanço substancial na busca pela penalização de atos de importunação, contudo a simples previsão legal não é tida como suficiente. Mais do que punir, é necessário prevenir a sua ocorrência, o que se dá por meio da conscientização da população acerca da ilicitude de condutas desta natureza.

> Ter o amparo legal é importante, no sentido de coibir essa prática, mas também precisamos falar de educação sexual e comportamental, para homens se conscientizarem da prática machista que é achar que o corpo da mulher está à sua disposição. Temos que trabalhar nos dois campos: na legislação, para que haja a lei que proíba, mas também na educação, no sentido de conscientizar (OLIVEIRA apud FERREIRA e MARTINS, 2020, p.1).

Ainda assim, mesmo que existam críticas à efetividade da lei, o aumento de registro e apuração de atos de importunação sexual é crescente e tende a aumentar a cada ano, haja vista o debate que existe sobre essa temática e a repercussão que esses casos tem gerado no Brasil.

Após três anos de vigência, é possível ver os avanços até agora alcançados e, com base nas dificuldades até aqui enfrentadas, apontar quais os meios a serem implantados para reduzir os casos de importunação sexual no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crimes contra a dignidade sexual estão inseridos no Título VI do Código Penal Brasileiro e são punidos com maior rigor, com penas de privação de liberdade condizentes com sua gravidade. Disciplinados a partir do artigo 213, os crimes sexuais tem sofrido modificações ao longo dos anos para adequar a pena à conduta do agente.

Em 2018, após amplos debates, foi sancionada a Lei nº 13.718/2018 que dentre seus dispositivos inseriu ao Código um novo tipo penal: a importunação sexual, inserida no ordenamento para punir as condutas praticadas principalmente em locais e transportes públicos e sanar a lacuna antes existente, que desencadeava apenas a caracterização de contravenção penal, punida com multa.

Hoje em dia, a importunação sexual é um crime tipificado no artigo 215-A do Código Penal, que pune com reclusão de um a cinco anos quem praticar ato libidinoso com alguém, sem sua anuência, com o propósito de satisfazer sexualmente a si ou a terceiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme estudado, é um delito que protege a liberdade e dignidade sexual da vítima, que se caracteriza com a discordância da vítima em praticar o ato libidinoso e que tem como elemento subjetivo o dolo do agente. Para a doutrina, é um delito de média gravidade ofensiva, de natureza pública incondicionada e que tem caráter subsidiário, ou seja, que se caracteriza quando não for abrangido por outro crime mais grave.

Em vigor há três anos, a efetividade da criminalização da importunação sexual ainda é objeto de questionamentos e dúvidas. Conforme se apontou no trabalho, analisando apenas os casos registrados a partir da entrada em vigor da mencionada lei, é possível verificar um crescimento no número de registros de casos de importunação sexual e na sua apuração, contudo é evidente que ainda existem muitos casos de subnotificação e de desconhecimento da população que impedem a responsabilização da maioria dos casos.

Todavia, ainda que existam críticas e melhoras a serem implantadas, não se pode negar o avanço trazido pela criminalização da importunação sexual. Espera-se que nos próximos anos os relatos de importunação sexual sejam menores e, quando constatados, devidamente punidos pelo Estado nos termos do que determina a Lei.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Reginaldo Vieira de. **Violência sexual contra mulher:** uma análise sobre a cultura do estupro. (TCC) Faculdade Evangélica de Goianésia-GO, 2021. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/18055/1/2021_TCC_REGINALDO.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Anatomia do crime de importunação sexual tipificado na Lei 13.718/2018. **Revista Consultor Jurídico**, 30 de setembro de 2018. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual>. Acesso em: 17 set. 2021.

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>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

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). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 5.452, de 2016.** Transformado na Lei Ordinária 13718/2018. Tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro; altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual; estabelece causas de aumento de pena para esses crimes; cria formas qualificadas dos crimes de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 681, de 2015.** Acrescenta o art. 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>. Acesso em: 30 ago. 2021.

FERREIRA, Lola; MARTINS, Flávia Bozza. **Lei de Importunação Sexual faz disparar registros no Carnaval do Rio, mas subnotificação ainda preocupa**. Gênero e Número, 2020. Disponível em: < https://www.generonumero.media/importunacao-sexual-carnaval-rio/>. Acesso em: 06 out. 2021.

FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança pública de 2020**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

G1 TOCANTINS. **Estado registra quase 100 casos de importunação sexual em 2021**. Por g1 Tocantins e TV Anhanguera, 28/092021. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2021/09/28/estado-registra-quase-100-casos-de-importunacao-sexual-em-2021.ghtml>. Acesso em: 07 out. 2021.

GRECO FILHO, Vicente; JALIL, Mauricio Schaun (coordenadores). **Código Penal comentado:** doutrina e jurisprudência. – 4. ed. rev. e atual. – Santana de Parnaíba [SP]: Manole, 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MAPA da Violência Contra a Mulher de 2018. Câmara dos Deputados, 55ª Legislatura. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-

permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado, vol.3**: parte especial, arts. 213 a 359-H. – 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado:** estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada. – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

R7. **Após um ano, lei de importunação sexual tem falhas e não conscientiza.** Notícias R7, 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/apos-um-ano-lei-de-importunacao-sexual-tem-falhas-e-nao-conscientiza-24092019>. Acesso em: 07 out. 2021.

THINK OLGA. **Tudo sobre a Lei de Importunação Sexual (Cartilha LIS).** Elabolada pela ONG Think Olga e Publicada pelo TRF-3 em 2019. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/lis/Cartilha_LIS.pdf>. Acesso em: 04 set. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS EFEITOS DO COMPLIANCE NO DIREITO DO TRABALHO

CATARINA OLIVEIRA DA SILVA: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Norte – UNINORTE.

WINSTON DE ARAÚJO TEIXEIRA[7]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo demonstrar os efeitos do compliance no meio ambiente de trabalho diante da implementação de um Programa de Compliance nas organizações, bem como, explorar ferramentas a serem utilizadas para a sua concretização e expor como essa prática pode contribuir para um cenário mais seguro para empregados e empregadores. A aplicação deste instituto pode ser utilizada como um instrumento de fiscalização no que concerne ao cumprimento das normas trabalhistas a fim de prevenir demandas judiciais que poderiam ter sido evitadas com simples práticas, fazendo uso de elementos como Código de Ética, Canais de Denúncias e Treinamentos. A metodologia a ser utilizada será pesquisa qualitativa e pesquisa bibliográfica de doutrinas da área do Direito do Trabalho além de artigos específicos voltados para o tema de meio ambiente de trabalho e Compliance.

Palavras-chave: Compliance, meio ambiente do trabalho, fiscalização.

ABSTRACT: The scope of this work is to demonstrate the effects of compliance in the work environment in view of the implementation of a Compliance Program in the organizations, as well as to explore tools to be used for its implementation and expose how this practice can contribute to more insurance for employees and employers. The application of this institute can be used as an inspection instrument with regard to compliance with labor standards in order to prevent lawsuits that could have been avoided with simple practices, making use of elements such as the Code of Ethics, Whistleblower Channels and Training. The methodology that will be used is qualitative research and bibliographical research on doctrines in the area of Labor Law, as well as specific articles focused on the theme of the work environment and Compliance.

Keywords: Compliance, work environment, inspection.

---

7 Advogado, professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Norte – UNINORTE, especialista em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário, Doutorando em Ciências Jurídicas pela UFPB, e-mail: winstonteixeira@ufam.edu.br.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

O direito fundamental a um ambiente de trabalho digno, apesar de estar consolidado na Constituição Federal de 1988 e em Convenções e Organizações Internacionais do Trabalho, não costuma encontrar na prática o fiel cumprimento das legislações e diretrizes que o garantam. Nesse contexto, faz-se necessário o estudo de mecanismos jurídicos que possam auxiliar na melhoria de qualidade de vida dos empregados e empregadores que integram uma organização, bem como a implementar procedimentos fiscalizatórios mais condizentes com a realidade, de modo a coibir práticas abusivas ou ilegais e, por conseguinte, reduzir o número de demandas trabalhistas perante o Poder Judiciário. Diante disso, oportuno perquirir, quais os elementos pertinentes a serem inseridos em um Programa de Compliance? Quais os efeitos do compliance na seara trabalhista e de que forma isto implica na diminuição de processos judiciais?

Para responder a essas questões, procura-se, nesta pesquisa, investigar as possibilidades de execução de um Programa de Compliance dentro das organizações, como também explorar a utilização de ferramentas que sejam viáveis para a sua concretização e, ainda, como a utilização dessa prática poderá contribuir para a redução de demandas trabalhistas. Desta feita, tem-se como objetivos específicos deste estudo abordar o conceito de Compliance e dos seus benefícios, analisar a criação de instrumentos como Código de Ética, Treinamentos, Canais de Denúncia, realizados por um departamento autônomo e independente, os quais terão como principal finalidade aplicar sanções pelo descumprimento de normas internas, como também de normas jurídicas e, por fim, analisar os efeitos do programa dentro das instituições a fim de demonstrar que prática de compliance pode refletir na redução das contendas trabalhistas.

A importância do estudo reside, entre outras razões, na oportunidade de informar a sociedade sobre as vantagens do Programa de Compliance e de como sua utilização dentro das empresas poderá contribuir para efetivação dos princípios e regras do Direito do Trabalho, salvaguardando a relação entre patrão e funcionários.

A pesquisa foi desenvolvida utilizando-se a metodologia dedutiva, por meio da revisão bibliográfica de doutrinadores da área do Direito do Trabalho, bem como de artigos específicos voltados para o tema de meio ambiente de trabalho e Compliance.

Isto posto, o Compliance trabalhista, embora utilizado como ferramenta a princípio de proteção aos empregadores, visto as vultuosas normas trabalhistas brasileiras, não pode ser separado de seus efeitos práticos nas vidas dos trabalhadores, o quais igualmente se beneficiam do cumprimento adequado da legislação, o que reduz os ricos e perigos da atividade laborativa desempenhada, possibilitando uma resolução administrativa e mais célere para eventuais dilemas enfrentados dentro da empresa.

2 CONCEITO E ORIGEM DO COMPLIANCE

Compliance é um termo originado da língua inglesa que em tradução literal significa conformidade. Representa, assim, o dever de estar de acordo com as leis, regulamentos, diretrizes e preceitos éticos a fim de minimizar os danos oriundos de sua não observância.

De acordo com Oliva e Da Guia Silva (2018), o compliance compreenderia a instituição de instrumentos de controle auto impostos, ou seja, um sistema de compliance poderia ser conceituado como a regulamentação de um ambiente organizacional para que seja pessoalmente responsável por seus atos. Assim, o estabelecimento de regras de conduta que devem ser seguidas por todos dentro de uma determinada organização deveria buscar prevenir infrações, com o aumento da responsabilidade de seus membros. Decerto, a adoção compliance buscaria o correto funcionamento do ambiente corporativo.

Na definição de André Cabete Fábio (2017):

> O Compliance é uma prática corporativa que pode ser tocada por um departamento interno da empresa ou de forma terceirizada. Seu objetivo é analisar o funcionamento da companhia e assegurar que suas condutas estejam de acordo com as regras administrativas e legais, sejam essas regras externas (do país, Estado e cidade onde ela atua) ou internas (da própria empresa).

Embora o uso do compliance como ferramenta reguladora e preventiva esteja tomando maiores perspectivas atualmente, sua prática é relativamente antiga. Segundo Hugo do Amaral Ferreira Trapp (2015), as primeiras noções de compliance surgiram no ano de 1913, quando os Estado Unidos criaram o Federal Reserve, o Banco Central Norte Americano, com o escopo tornar o sistema financeiro mais seguro, estável e flexível por meio da adoção de práticas de compliance.

Posteriormente, ainda segundo Trapp, tem-se como marco histórico da evolução do compliance o ano de 1930 com a Conferência de Haia, na qual fundou-se o BIS – Bank of International Settlementes, com sede em Basiléia, Suíça, cujo objetivo principal era buscar a cooperação entre os bancos centrais ao redor do mundo.

Mais tarde, tem-se na década de 1960, a denominada “era do Compliance”, porquanto a SEC – Securities and Exchange Comission, uma comissão de valores mobiliários americanos, começou a pressionar as empresas estadunidenses para que contratassem os denominados “compliance officers”, com a finalidade de criar procedimentos de controle, treinar funcionários e monitorar o cumprimento de regras internas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em 1974, surge o Comitê de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão, o qual fora criado pelos países-membros do G-10 para discutir questões relacionadas à indústria bancária com o fito de melhorar a qualidade e fortalecer a segurança do sistema bancário internacional.

A partir de 1977, a legislação americana precisou ser aprimorada diante do escândalo de corrupção Watergate, sendo aprovado pelo Congresso Norte-americano o Foreing Corrupt Practices Act – FCPA, que disciplinava acerca da fiscalização e punição das práticas corruptas realizadas pelas empresas e organizações. O Reino Unido, em 2010, aprovou o Bribery Act, a lei britânica de combate e prevenção à corrupção, similar ao estabelecido na legislação americana.

No Brasil, o uso do Compliance se intensificou com a promulgação da Lei n° 12.846/13, a qual dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira, a denominada Lei Anticorrupção.

Nesse diapasão (JOBIM, 2018, p. 27) leciona:

> Há o entendimento que a "Lei Anticorrupção" (Lei 12.846/2013) contribuiu para o fortalecimento da implementação de controles internos e de programas de compliance, já que prevê a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas envolvidas, incentivando uma atuação empresarial preventiva, ética, e combativa, a qual reforça a confiança dos investidores no âmbito nacional e internacional, trazendo benefícios a toda sociedade brasileira.

Destarte, com a promulgação da Lei Anticorrupção o Compliance passou a ser utilizado como ferramenta por diversas empresas e, em que pese tenha se iniciado na seara bancária, hoje reverbera para todos os ramos, inclusive o trabalhista, como será observado no presente trabalho.

3 COMPLIANCE COMO CONSEQUÊNCIA DO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO

Um dos efeitos próprios da celebração de um contrato de trabalho é o poder empregatício, o qual consiste em um conjunto de prerrogativas conferidas pelo sistema jurídico e atribuídas ao empregador a fim de regular a relação de emprego, dividindo-se nos poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar (DELGADO, 2019).

O poder diretivo encontra-se fundamentado no art. 2° Consolidação das Leis do Trabalho, ao definir como empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço. Nas palavras de Maurício Goldinho Delgado:

> Poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços. (DELGADO, 2019, P.793).

Ademais, outros dispositivos da CLT reafirmam o poder diretivo do empregador na relação de trabalho, como a previsão no art. 468, §1°, que confere ao contratante a discricionariedade de reversão do empregado para cargo efetivo, deixando o exercício de função de confiança; e no art. 469, que permite a de transferência de local de trabalho do empregado desde que não acarrete a mudança de seu domicílio.

Assim, cabe ao empregador adotar as medidas que melhor entender cabíveis para tornar possível a execução do trabalho, depreendendo-se do poder diretivo três aspectos: organização, controle e disciplina. Deste modo, sendo os poderes patronais instrumentos de gestão, tem-se o compliance como consequência do exercício dessa prerrogativa, além de estratégia empresarial que de ver utilizadas por todos os tipos de organização (BREDA, 2020).

Para Wagner Giovanini (2014), três são os pilares em um Programa de Compliance: prevenção, detecção e correção. A prevenção é o pilar mais importante e amolda-se perfeitamente ao poder diretivo de organização e direção do empregador (JOBIM, 2018), visto que dele decorrem as ações da empresa voltadas à instituição de políticas e procedimentos com a finalidade de evitar irregularidades e orientar os trabalhadores, inserindo-se nesta etapa a criação de códigos de ética e de conduta, por exemplo.

Nesse diapasão, o compliance é, acertadamente, direcionado para a efetiva prevenção de danos e infrações, tendo como objetivo principal impedir a ocorrência de violações à legislação vigente e as normas internas da pessoa jurídica que o adota. Saad-Diniz e Silveira (2015), citados por Oliva e Da Guia Silva (2018), teriam disposto que o compliance "orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade".

O segundo pilar, detecção, relaciona-se ao poder diretivo fiscalizatório e corresponde a um conjunto de elementos voltados a identificar atos de corrupção, promover canais de denúncias, auditoria e outros mecanismos que auxiliem a sanar dúvidas e apurar responsabilidades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por fim, o terceiro pilar, correção, corresponde ao poder diretivo disciplinar, consistindo na aplicação de punição e reprimenda às condutas inadequadas de forma imediata e observada a proporcionalidade, para assim fortalecer a atuação do empregador (JOBIM, 2018).

Desta feita, insta salientar que embora o poder diretivo seja atribuído ao empregador, a adoção de medidas de prevenção, detecção e controle impõem-se a todos no ambiente de trabalho, minimizando condutas lesivas que poderiam prejudicar os funcionários, como práticas de assédio moral e sexual, horas extras não pagas e de desvio de função.

4 MITIGAÇÃO DE RISCOS TRABALHISTAS POR MEIO DO COMPLIANCE

No Brasil a legislação trabalhista é em sua maioria voltada para a proteção do empregado em detrimento do empregador, visto ser aquele habitualmente a parte frágil e hipossuficiente da relação. Diante disso, fundamental que as empresas desenvolvam mecanismos com a finalidade de evitar os imbróglios oriundos do pacto laboral, protegendo-se de demandas perante o Poder Judiciário.

Em decorrência do poder diretivo, o empregador na atuação da sua prerrogativa disciplinar é quem estipula quais regras serão aplicadas ao contrato de trabalho por meio de códigos de conduta e regulamento interno. O compliance busca estabelecer na empresa a implementação de um programa voltado para a obediência aos critérios legais de contratações de funcionários, demissões, relações interpessoais, normas de saúde e segurança do trabalho, terceirização de serviços, dentre outros, a fim de que sejam cumpridas as legislações e as demais normas do Direito do Trabalho, buscando uma gestão empresarial ética e sustentável, de forma a não suprimir nenhum direito trabalhista.

Os mecanismos de compliance buscam mitigar os riscos relacionados a atividade de determinada pessoa jurídica, prevenindo a ocorrência de danos, ou restabelecendo o estado de legalidade anterior, quando não foi possível evitar que o referido dano se consumasse, de forma imediata. Essa concepção é diametralmente oposta à responsabilidade civil, pela qual busca-se a reparação dos danos após a sua ocorrência, servindo apenas de forma acessória na prevenção de novos danos. Nesse sentido, é importante destacar que os programas de compliance buscam estabelecer sanções disciplinares de maneira específica para cada agente econômico, levando em consideração as especificidades de seu negócio, determinando sanções disciplinares, dentro da margem permitida por lei, bem como adotando a cooperação com o Poder Público quando necessário (OLIVA e DA GUIA SILVA, 2018).

Assim, ao utilizar o compliance como ferramenta de gestão, evita-se o abuso do poder diretivo, o que poderia gerar jornadas extenuante e um ambiente de trabalho não

sadio, de forma que o empregador é melhor orientado a tomar decisões apropriadas no exercício da esfera disciplinar, respeitando a proporcionalidade, o dever de informação, assegurando o contraditório e a ampla defesa e garantindo a segurança jurídica dos seus atos.

Em um segundo momento, ainda, as ações fiscalizatórias devem tomar cena com o fito de averiguar se as regras estipuladas estão sendo seguidas e, caso não estejam, nasce para o empregador a necessidade de fazer uso do poder diretivo na esfera disciplinar, especialmente frente à responsabilidade social da empresa e considerando-se os riscos do negócio. Nessa esteira, muitas empresas por meio das políticas de compliance passam a vincular caráter pedagógico às penalidades aplicadas, não admitindo qualquer desvio de conduta e, por consequência, há aumento de segurança das empresas em aplicar demissões por justa causa (BREDA, 2020).

Posto isso, o compliance não somente diminui o risco de decisões internas desvinculadas do regime jurídico vigente, mas também gera estabilidade para o sucesso do negócio a longo prazo e contribui para a efetivação dos direitos trabalhistas em prol do empregado, reprimindo riscos trabalhistas, estes considerados ameaças que podem surgir em razão de descumprimento das legislações trabalhistas, geralmente decorrentes de falta de conhecimento, políticas internas inadequadas e desatualizadas ou por falha na gestão de recursos humanos (CAVALCANTI, 2021).

À vista disso, impossível desvincular o compliance de um contexto em que não estejam inseridos todos os funcionários e sócios de uma empresa, porquanto o risco trabalhista não se resume somente ao passivo trabalhista resultante de condenações judiciais.

5 FERRAMENTAS DO COMPLIANCE

A instituição de um programa de Complience deve iniciar com a análise de riscos do negócio, o qual possibilitará que as organizações definam quais ações devem ser tomadas de acordo com a realidade de cada empresa. Segundo Oliva e Da Guia Silva (2018), sendo um sistema que busca prevenir riscos e respeitar a legalidade, o modelo de compliance adotado por uma organização por certo irá variar. As pessoas jurídicas alvos desse sistema são múltiplas e, em virtude disso, é necessário que esse método se adeque as peculiaridades da atividade empreendida por cada corporação. Dessa forma, a própria organização, ao adotá-lo, disporia de um espaço de atuação amplo, no qual deveria moldar o sistema de compliance à sua situação concreta.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa orienta que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *No planejamento estratégico, bem como na tomada de decisão, deve ser considerado o processo de gerenciamento de riscos. A administração deve trabalhar para entender o perfil de riscos da organização, que deve estar alinhado com a sua identidade e determinar seu apetite a riscos – ou seja, o nível de risco que está disposta a aceitar. Ao ser integrado ao planejamento estratégico, o gerenciamento de riscos se torna um alicerce para o sistema de Complience, contribuindo para o estabelecimento de processos alinhados e compromissos de curto e longo prazo documentados*. (IBGC, 2017, p. 56)

Todavia, em que pese a discricionariedade de cada empresa, a fim de que um programa de compliance seja efetivado se faz necessária disposição de ferramentas essenciais como análise de riscos, verificação de quadro de funcionários e colaboradores, definição de um Código de Conduta, instalação de canais de denúncia e designação de um responsável pela supervisão da aplicação das medidas (RIBEIRO, 2020).

A análise consiste em averiguar o estado em que se encontra a empresa e avaliar eventuais riscos que podem ser abarcados pelo programa de integridade, conhecendo as áreas e os processos mais sensíveis de modo a criar mecanismos de controle ou adaptar os existentes (BLOK, 2020).

Após análise e mapeamento das principais áreas de risco, o departamento da empresa responsável pelo Compliance deverá elaborar o Código de Ética e Conduta, relevando os princípios, valores e objetivos da organização, em uma linguagem simples, clara, de fácil acesso e compreensão por todos os colaboradores, com o intuito de reduzir a possibilidade de ocorrência de práticas de condutas ilícitas ou inadequadas por parte dos funcionários.

De fato, os trabalhadores precisam saber quais as penalidades possíveis para seus atos. Com esse objetivo, a organização passa a criar normas positivadas que regem como a pessoa deve agir no ambiente corporativo. De acordo com De Oliveira (2015, p. 178) a "Maneira de formatar e formalizar esses regramentos passam pela implantação de Códigos de Ética, Códigos Disciplinares e demais instruções a serem cientificadas aos empregados quando da contratação, mas também sempre que surgem atualizações e novas normativas. "

Outra ferramenta que possibilita a efetividade do Programa de Complience, é o treinamento periódico dos empregados e colaboradores durante o vínculo funcional, com a finalidade de reiterar a cultura organizacional da empresa e especificar as condutas permitidas ou não no ambiente de trabalho com a explicitação das possíveis consequências.

Segundo De Oliveira (2015), quando se trata da capacitação permanente, o treinamento, dentro dos ditames da Lei Anticorrupção, é um elemento essencial na busca pela eficiência e efetividade dos programas de compliance, isso porque já no treinamento se buscaria disseminar a cultura do compliance e conscientizar sobre imprescindibilidade do cumprimento das normas internas e externas à organização. Por isso, esse aspecto deve ser fomentado tanto nos níveis hierárquicos mais altos, quantos no "chão de fábrica".

Os canais de denúncia são importantes para estabelecer uma comunicação com o empregado, permitindo que este expresse quais pontos entende passíveis de melhorias no ambiente de trabalho, bem como possibilita a delação de práticas e condutas ilícitas. Todavia, para que o mecanismo seja efetivo os canais de denúncias devem ser acessíveis e confiáveis, preservando o sigilo e a identidade dos denunciantes para que os funcionários possam formalizar suas queixas e protegerem-se contra eventuais retaliações.

Deste modo, os canais de denúncia auxiliam na redução de perdas e instrução dos empregados quanto a identificar atividades fraudulentas, contribuindo para a proteção do negócio empresarial, fornece transparência aos processos e às relações de gestão, inibe desvios de conduta, aprimorando o ambiente de trabalho e confere dados atualizados e relevantes à auditoria interna (JOBIM, 2018).

Nada obstante, a adoção dessas normas preventivas não recebe a devida importância de gestores e executivos. Ademais, não se pode, ainda, querer implantar uma área de compliance e deixa-la escrava a decisões de superiores para a indicação de atos ilícitos. Isso tornaria a própria finalidade desta área inviável. Por essa razão, ao adotar um sistema de compliance, é preciso deixar claro que tal área possui liberdade e autonomia no desenvolver de suas atividades, de forma que, em caso de identificação de uma irregularidade, esta será avaliada mediante critérios previamente estabelecidos e terá consequências já conhecidas, dentro das normas internas da empresa (DE OLIVEIRA, 2015).

Noutro giro, a adoção da técnica de compliance denominada know your employee pode falicitar o conhecimento, pela empresa, do perfil de cada funcionário antes da contratação, evitando que um empregado que não se encaixe nos padrões da corporação (valores e códigos de conduta e ética) não seja inserido no ambiente organizacional, o que previne desde conflitos com outros empregados, até o prejuízo à imagem da instituição (FRANÇA, 2018).

Desta feita, tais medidas se, adotadas pelas empresas e repassadas aos colaboradores têm a capacidade de evitar ou, ao menos, minorar os riscos gerais da relação de trabalho, acautelando-se das demandas trabalhistas e melhorando aspectos internos e externos da organização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

6 EFEITOS DO COMPLIANCE NO DIREITO DO TRABALHO

A ausência de adoção de um Programa de Compliance não se restringe ao aumento do passivo trabalhista, mas também reflete em outros prejuízos para a organização, como queda de produtividade, recebimento de sanções de órgãos fiscalizadores e desgaste na em sua imagem perante a sociedade e investidores.

O sistema de compliance está presente no aparelhamento normativo pátrio. Veja-se isso pela conceituação que pode ser retirada do Decreto n. º 8.420/2015, que regulamenta a lei Anticorrupção, a Lei n. º 12.846/2013, em que é estabelecido que um programa de integridade para minoração de riscos e saneamento de irregularidades compreenderia, em suma, adoção de mecanismos preventivos:

> Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Naturalmente, é notável que a adoção do compliance, por meio de programas de integridade, passa a ser mais do que mera imposição legislativa, mas uma necessidade comercial. A adoção desse sistema internamente em uma corporação demonstra a seriedade daquele agente econômico e viabiliza o aumento da sua confiabilidade no mercado, por conseguinte, leva a celebração de mais negócios (OLIVA e DA GUIA SILVA, 2018).

Neste ramo do direito, repleto de constantes alterações legislativas, em especial a nova reforma trabalhista, consubstanciada na lei n. 13.467/2017, é preciso destacar que é exigido das empresas um elevado nível de cautela na implementação das políticas organizacionais. A própria jurisprudência trabalhista, sempre em evolução, deve ser atentada pelos empregadores, pois, conforme afirma Gieremek (2015):

> O cenário empresarial e o ambiente regulatório trabalhista estão cada vez mais complexos, afetando diretamente as relações profissionais. O fato requer atualizações constantes nas políticas internas das empresas. Aplicado na criação e na manutenção de um código de condutas comportamentais da companhia, o compliance trabalhista entra em cena para imunizar a atmosfera corporativa contra práticas antiéticas e ilegais, atendendo à necessidade das corporações de se manterem pautadas na ética e na legislação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> vigente. (GIEREMEK, 2015, citada por DE SOUZA e BELLINETTI, 2019, p. 232).

É preciso destacar que o compliance no âmbito trabalhista, além de servir como mitigador dos danos sofridos pela empresa no que tange às multas impostas por órgãos de fiscalização e às condenações judicias, gera valor à empresa, pois, com uma atuação voltada para a adequação às normas éticas e para a responsabilidade socioambiental, consumidores e investidores, bem como parceiros, são atraídos (DE SOUZA e BELLINETTI, 2019).

Assim, a adoção do compliance de forma eficaz, em consonância com um sistema de gestão de pessoas que seja efetivo, pode elevar a satisfação e a confiança do funcionário na organização, causando efeitos no clima organizacional. Desse modo, há um aumento na produtividade, pois a qualidade da produção está vinculada com a satisfação do funcionário com o trabalho (DATO LEAL, 2015, citada por DE SOUZA e BELLINETTI, 2019).

Em consequência das políticas de prevenção tem-se a diminuição dos riscos de passivo trabalhista. A auditoria é ferramenta fundamental neste resultado, pois é a área de gestão encarregada de examinar de maneira analítica, por meio de perícia e técnicas adequadas às operações trabalhistas, os direitos e obrigações do empregador e do empregado, as políticas de recursos humanos e as práticas de departamento de pessoal, emitindo posterior parecer acerca das dissonâncias verificadas com recomendação de ações corretivas (SILVA, 2018).

Com a adoção do compliance na seara trabalhista, deve-se buscar atuar em duas frentes, ambas primordialmente importantes. A primeira diz respeito a criação de políticas e procedimentos internos para que os colaboradores e funcionários, bem como gestores, observem à legislação e jurisprudência trabalhistas vigentes, sendo essas internas ou externas. Já a segunda é o balizamento de uma vigilância constante do cumprimento das medidas estabelecidas (NOVELLI, 2016, citado por FRANÇA, 2018). Com isso, é possível minorar, ou mesmo evitar, a responsabilização das empresas no âmbito judicial.

De acordo com Breno Novelli (2016), citado por França (2018, p. 158-159):

> Mapeando as especificidades de cada núcleo organizacional, criar um ambiente transparente, sadio e respeitoso no trato interpessoal entre todos os funcionários, observando os ditames do complexo ordenamento jurídico trabalhista pátrio, passando, ainda, pela jurisprudência pertinente às relações trabalhistas. Neste sentido, por exemplo, devem ser coibidas atitudes preconceituosas, abusos hierárquicos, além de obediência a critérios objetivos em contratações,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> desligamentos e, claro, no trato entre colegas. Amplia-se, ainda, para a gestão empresarial ético-sustentável, na qual haja a atuação incisiva para obedecer a legislação posta, de forma a não suprimir direitos trabalhistas.

Por certo, os efeitos do compliance trabalhista ratificam a importância do papel do gestor e denota que sua atuação não se limita ao setor sob sua supervisão, mas estende-se além dos muros da empresa, resvalando em todos aqueles que contribuem direta ou indiretamente para a execução da atividade empresarial, como terceirizados e prestadores de serviços habituais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O programa de integridade, embora possa variar de acordo com a complexidade de cada empresa, oferece às organizações a possibilidade de performance evitando e prevenido a exposição dos negócios aos riscos trabalhistas, visto que se utiliza de ferramentas destinadas a orientar a atuação da empresa em conformidade com as normas e princípios do Direito do Trabalho.

Como relatado, compliance significa estabelecer práticas para estar em conformidade com as normas legais. Ele serve, não só para tornar a empresa mais atrativa nas relações comerciais, como também para evitar ações judiciais na esfera trabalhista.

A adoção de métodos que buscam deixar a atuação da empresa mais cristalina pode ser efetivada mediante ação de uma regulamentação interna transparente, por meio de códigos de ética e de conduta, bem como a implementação de canais de denúncia pelos quais os trabalhadores podem relatar os fatos do dia a dia organizacional, mecanismo que se mostra bastante efetivo quando estamos diante de casos de assédio, por exemplo.

Insta salientar, que embora as empresas adotem o programa de compliance como mecanismo de proteção contra ações trabalhistas e sanções administrativas, em paralelo, o que se vislumbra é a efetivação do direito social ao trabalho, uma vez que as organizações passam a buscar se reger com a máxima observância às regras trabalhistas, adotando métodos para assegurar um ambiente de trabalho seguro e saudável para empregados e empregadores.

Isto porque, o compliance não se reveste de mero caráter preventivo, mas também se destina a detectar práticas e condutas abusivas, corrigindo-as para que se adequem à cultura organizacional e ética da empresa. Outrossim, a incorporação de um plano de Compliance colabora para a melhoria da imagem da empresa perante possíveis investidores, pois sentem-se mais seguros ao estabelecer relacionamento com uma entidade que tem por fundamento a repressão a práticas irregulares e fraudulentas.

Portanto, o compliance não se trata de simples ferramenta de gestão empresarial, visto que assume caráter social ao corroborar para a saúde da empresa e das relações interpessoais de seus colaboradores.

REFERÊNCIAS

BRASIL**. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm

BREDA, Luciane; LANNER, Maria Brecht**. Fraternidade, tecnologia e direitos humanos: uma homenagem à Prof.ª Dr.ª Luciane Cardodo Barzotto pelas contribuições para o Direito do Trabalho**. Curitiba: Appris, 2020.

BLOK, Marcella. **Compliance e governança corporativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2020.

CAVALCANTI, Leo**. Prevenção de riscos trabalhistas: o que são mais dicas para evitá-los.** Disponível em: https://www.linkana.com/blog/prevencao-riscos-trabalhistas/#:~:text=Riscos%20trabalhistas%20s%C3%A3o%20considerados%20como,na%20gest%C3%A3o%20de%20recursos%20humanos%20.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

DE OLIVEIRA, André Araújo. **A incidência da lei anticorrupção e do compliance no âmbito trabalhista.** Revista do Curso de Direito, v. 12, n. 12, p. 167-181, 2015.

DE SOUZA, Raíssa Fabris; BELLINETTI, Luiz Fernando. **Compliance trabalhista**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 13, n. 40, p. 221-238, 2019.

FÁBIO, André Cabbete**. O que é compliance. E por que as empresas brasileiras têm aderido à prática.** Disponível em: www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/24/O-que-%C3%A9-compliance.-E-por-que-as-empresas-brasileiras%C3%AAmderido%C3%A0-pr%C3%A1tica. Publicação: 24 de julho de 2017.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. **O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais**. Revista de Ciências do Estado, v. 3, n. 1, 2018.

OLIVA, Milena Donato; DA GUIA SILVA, Rodrigo. **Notas sobre o compliance no direito brasileiro**. REVISTA QUAESTIO IURIS, v. 11, n. 04, p. 2708-2729, 2018.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Compliance à luz da governança corporativa / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa**. São Paulo, SP: IBGC, 2017. (Série: IBGC Orienta). 56 p.

RIBEIRO, Lara Alves et al. **Compliance e sua Aplicação Prática no Direito do Trabalho**. Monografia - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020. D isponível em : https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/566.

SILVA, Elizabet Leal; CORDEIRO, Elisangela. **Compliance Trabalhista: Ética, Transparência e a Redução do Passivo Trabalhista**. Arquivo Jurídico – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 5 – n. 2 – p. 16-39, 2018.

TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral Ferreira. **Compliance Na Lei Anticorrupção: Uma An álise Da Aplicação Prática Do Art. 7º, VIII, Da Lei 12.846/2013**. Boletim Jurídico, Uberb a/MG. 2015. Disponível em: https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/trabalhosacademi cos/3421/compliance-lei-anticorrupcao-analise-aplicacao-pratica-art-7-viiilei-12-8462013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PRISÃO PREVENTIVA E O RETROCESSO ÀS CONQUISTAS DEMOCRÁTICAS DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

JÂNIA FRANÇA: graduanda do curso de Direito na faculdade Una-Aimorés- BH/MG.

RESUMO: A prisão preventiva, presente no ordenamento jurídico brasileiro, deverá ser decretada se houver a prova da existência do crime concomitante com os indícios suficientes da autoria e, ainda, deverá atender o pressuposto fundamental *fumus comissi delecti*. Na ausência desses requisitos, previstos na legislação processual penal, essa medida cautelar se torna ilegal tendo em vista que, conforme determina a Constituição da República de 1988, a regra é a liberdade, e a prisão é exceção. Nesta perspectiva, a presente pesquisa procura demonstrar se, na aplicação do respectivo regulamento, há desrespeito aos direitos e garantias fundamentais consolidados na Constituição da República de 1988, notadamente no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito à vida e à liberdade, bem como ao princípio da presunção do estado de inocência. Ademais, será versado acerca de como o Supremo Tribunal Federal tem aplicado as alterações trazidas pelo pacote anticrime sobre esta questão, especialmente no que concerne às consequências da não revisão dos requisitos da prisão preventiva após o prazo de 90 dias exposto no art. 316, do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Garantias Fundamentais; Ordenamento Jurídico Brasileiro.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Os contornos jurídicos da prisão preventiva no Brasil 2.1 Pressupostos de admissibilidade e fundamentos 2.2 Hipóteses de cabimento 3 A prisão preventiva no retrocesso dos direitos fundamentais 3.1 O princípio da presunção do estado de inocência 3.2 Da dignidade da pessoa humana 4 A problemática em torno da necessidade de revisar o prazo de 90 dias para manutenção da prisão preventiva 5 Conclusão 6 Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A prisão preventiva, mesmo diante da sua imprescindibilidade, apresenta caráter excepcional, uma vez que há outras modalidades cautelares no ordenamento jurídico braseiro menos gravosas ao acusado. Esse presente estudo tem por objetivo, mas não com a pretensão de exaurir o tema, em analisar se, na aplicação deste instituto, não há violação de garantias constitucionais conquistadas na ordem democrática brasileira.

Com o propósito de delimitar o tema, será realizada uma reflexão acerca da relação da aplicação desse instituto com os princípios e direitos envolvidos, notadamente o

princípio do estado de inocência. A restrição ao *jus libertatis* deverá ser justificada e fundamentada exaustivamente, de forma a demonstrar a extrema necessidade em acautelar o processo.

Contudo, ainda que em determinados casos específicos, a aplicação dessa norma seja necessária para garantir o efetivo desenrolar do processo, resguardar a investigação criminal, bem como proteger a sociedade, deverá ser feita dentro do que reza a lei, sem, contudo, violar garantias fundamentais de valor maior, inerentes à condição digna do ser humano, como o direito à vida e à liberdade.

A Lei do Pacote Anticrime, de nº 13964 de 2019, trouxe alterações significativas nos requisitos para a decretação da Prisão Preventiva de modo a exigir fundamentação mais incisiva à sua aplicação. As hipóteses já apresentadas anteriormente no Código de Processo Penal permaneceram.

De tal forma, dentre as inovações apresentadas, foi acrescida, ainda que inédita em ordenamento jurídico brasileiro, a exigência de que se fundamente também a prova do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Com este novo requisito, retira se a presunção de perigo do acusado apenas pela análise dos já existentes na norma em questão.

Ademais, outra grande modificação tão importante quanto, é a obrigação, de ofício, em revisar a manutenção dessa custódia cautelar, após o prazo de 90 dias, pelo mesmo órgão que a determinou, sob pena de tornar essa medida ilegal. Com isso, tem se o intuito de evitar o seu prolongamento por tempo indeterminado sem formação da culpa e, dessa forma, perder a sua natureza cautelar, o que ensejaria em irregularidade, uma vez que é vedado a aplicação desse instituto como antecipação de pena.

Nesse diapasão, será tratada a problematização enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal acerca das consequências da não revisão, no prazo determinado em lei, dos fundamentos que ensejaram na segregação cautelar, tendo em vista que existe no ordenamento jurídico brasileiro a presunção de inocência, bem como a não culpabilidade ao acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2 OS CONTORNOS JURÍDICOS DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

A prisão preventiva é uma medida cautelar, de natureza processual, presente no ordenamento jurídico brasileiro. Este instituto possui por finalidade acautelar o justo processo penal, de forma a garantir que o futuro provimento jurisdicional seja eficaz bem como evitar a desordem social. No entanto, jamais deverá ser tratado como forma de antecipação da pena privativa de liberdade, violando, dessa forma, o princípio do estado de inocência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A sua aplicação deverá sempre ser de forma fundamentada e motivada, sob pena de torná-la ilegal e assim, resultar em cerceamento arbitrário, o que vai de encontro ao direito constitucional de liberdade de locomoção, conquista fundamental no Estado Democrático de Direito.

Vale por bem ressaltar que somente caberá a aplicação desta norma devido ao seu caráter excepcional previsto no art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, em situações nas quais não seja possível o uso de outras medidas cautelares menos gravosas, como as previstas no rol do art. 319 do Código de Processo Penal. Nas palavras de Fernando Capez (2021, p.348), tem-se o conceito.

> A prisão preventiva é uma prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

É evidente que, conforme bem assinalou o supracitado respeitável doutrinador, esse instituto, que é muito utilizado na jurisprudência brasileira, somente caberá em dois momentos. Durante a investigação criminal ou no curso do processo penal, neste, desde o seu início até a sentença recorrível, sob a condição de estarem presentes os requisites legais.

Cabe frisar que, até mesmo na fase recursal, é possível a sua aplicação, desde que não trate de recurso de defesa, por força do princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Princípio este que consiste na proibição da reforma da decisão recorrida de forma a causar prejuízo à parte a assim evitar que piore a situação do recorrente, isso, desde que a outra parte não recorra.

Ainda no que tange à sua aplicação diante do caso concreto, a análise judicial dos meios que a ensejam, consoante o art. 312, do CPP, deve ser realizada criteriosamente, de forma mais embasada e consistente, uma vez que essa medida irá restringir a liberdade de locomoção do acusado sem sentença definitiva. Rangel (2021, p. 677) contribui de forma imprescindível para esse entendimento, quando diz:

> A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em vista disso, devido ao caráter instrumental da respectiva medida cautelar, o meio aplicado deve ser imprescindível para atingir o fim. Nesse viés, a praticidade eficaz do procedimento comum deve estar condicionada à decretação da prisão preventiva.

Todavia, ainda que presentes todos os pressupostos legais da referida medida, a sua aplicação deve conter seus alicerces em critérios triplos, ou seja, análise da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O primeiro condiz no fato de, dentre os meios existentes para o sucesso do processo, o escolhido é o que menos irá restringir os direitos fundamentais do envolvido. O segundo, por sua vez, justifica ser a escolha em questão a melhor forma em manter a integridade da jurisdição e, por fim, o último atesta se as vantagens da aplicação da referida medida superam as desvantagens da mesma.

Diante dessa análise, evitar-se-á a decretação desnecessária da medida cautelar em questão, como qualquer outra prevista em lei brasileira, de forma a impedir que haja a banalização do instituto em prol da justiça, tão almeja, inerente ao trato com o suspeito de um crime no Estado de Direito.

2.1 Pressupostos de admissibilidade e fundamentos

A prisão preventiva é a única cautelar de natureza processual permitida em lei no curso do processo, tendo em vista o que dispões o art. 311, do CPP: *"Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial"*.

Houve significativa alteração no artigo supra com o advento da nova Lei do projeto anticrime. A decretação dessa medida cautelar não poderá ocorrer, de ofício, pelo juiz, na fase pré-processual. O magistrado fica adstrito à requerimento do Ministério Público ou da representação de autoridade policial. É mister salientar que a lei aumentou o rol dos legitimados para requerer a prisão preventiva, incluindo o assistente de acusação.

A excepcionalidade da medida em estudo encontra fundamento no princípio da *Ultima ration,* uma vez que somente poderá ser aplicada se esgotadas medidas não restritivas da liberdade bem como se presentes todos os pressupostos legais.

Estes pressupostos vêm delineados no art. 312, do CPP:

> A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Nesta questão, tem-se o estudo minucioso das expressões *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* na demonstração de tais requisitos caracterizadores de tal medida cautelar. O primeiro, também denominado pela doutrina de *fumus comissi delicti,* refere-se à existência de prova da existência de um crime e indícios suficientes da sua autoria. O segundo, igualmente classificado como *periculum libertatis*, ocorre quando faz se presente, no mínimo, um dos elementos previstos no caput do artigo supra, concomitantemente, com a comprovação indubitável do perigo que decorre do estado de liberdade do agente.

Evidencia se, no entanto, a importância em estabelecer o caráter subjetivo desses elementos, sobretudo da expressão garantia da ordem pública, devido à vagueza e imprecisão conceitual.

Num segundo plano, mesmo com a presença desses caracterizadores vistos acima, faz se necessário, no caso concreto, verificar as hipóteses legais para a decretação da prisão preventiva que serão analisados a seguir.

2.2 Hipóteses de cabimento

Ainda que atendidos os pressupostos e fundamentos caracterizadores da prisão preventiva, a sua decretação somente se dará mediante as hipóteses claras previstas no art. 313, do CPP:

> *Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*
>
> *I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*
>
> *II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;*
>
> *III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*
>
> *IV – (revogado).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).
>
> *§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).*

Cabe ressaltar a alteração do § 2º, ao referido artigo, pela Lei anticrime com o intuito de não se admitir a decretação dessa medida como forma de antecipação da pena devido à gravidade dessa medida. No entanto, dentro da razoabilidade e proporcionalidade da medida, sempre será feita a análise se não há medida menos gravosa, como bem assinala o saudoso Rangel, (2021, p. 727):

> O Estado deve adotar outras medidas de garantias que não a custódia cautelar, pois como é cediço por todos, o princípio da intervenção mínima do Estado na esfera das liberdades públicas deve prevalecer no Estado Democrático de Direito. O máximo de garantias e o mínimo de intervenção pública.

Nestes termos, evidencia-se três possibilidades para a aplicação do instituto em estudo. Primeiramente, deve-se observar o disposto do art. 313, do CPP, segundo se há o *fumus comissi delicti* e o terceiro e último *periculum libertatis*. Diante disso, e ainda com fundamentação no art. 315, do CPP c/c o art. 93, inciso IX, da CR/88, o juiz poderá decretar a prisão preventiva.

3 A PRISÃO PREVENTIVA NO RETROCESSO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a Constituição da República de 1988, houve a consolidação dos direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, que limitam a ação estatal perante o particular. Esses direitos, elencados no art. 5º, da Carta Magna, são tidos como cláusula pétrea e são interpretados de forma sistemática em todo o texto constitucional, ou seja, em toda imposição legal, deve-se, primordialmente, considerar os princípios norteadores da condição digna do ser humano, sobretudo no que tange a questões processuais penais.

A prisão preventiva representa uma medida de caráter extremo na privação da liberdade individual do acusado, uma vez que não decorre do devido processo legal. Essa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

medida cautelar, além de se submeter, rigorosamente, aos pressupostos legais, deve respeitar os direitos fundamentais presentes na Constituição da República de 1988. Institutos estes que têm por objetivo a observância das garantias mínimas na busca de uma tutela jurisdicional justa de forma a impor limites ao *jus puniende* estatal.

Ainda que sua aplicação tenha fundamentação legal, deve ser realizada no tempo necessário, dentro da razoabilidade, de forma a causar o mínimo prejuízo possível ao direito de ir e vir do suspeito, tendo em vista a sua presunção de inocência. O prolongamento de tal medida, além de denotar punição antecipada, trará consequências graves à vida social do imputado, bem como à sua condição de existência digna assegurada constitucionalmente. Além disso, irá criar entraves na sua relação com a sociedade como um todo, pois será vítima de atitudes preconceituosas que dificultarão o exercício da sua cidadania.

A prisão preventiva, ainda que necessária para a eficácia processual, bem como para a manutenção da ordem pública, fere valores fundamentais que estão presentes, de forma explícita ou implícita, nos textos constitucionais. Valores estes, conquistados democraticamente, são a base do ordenamento jurídico brasileiro, como o direito à vida e à liberdade, a presunção de inocência, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado pela doutrina e jurisprudência como um meta princípio, pilar para os demais direitos fundamentais.

Em função disso, a aplicação dessa medida cautelar somente se dará como *ultima ratio,* devendo, portanto, ser adotada com a devida cautela. Ainda que não haja hierarquia entre princípios, pois a relevância de cada um será determinada de acordo com o caso em concreto, será feita a seguir uma breve análise dos principais princípios que mais correlacionam com o tema em questão: A presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana.

3.1 O princípio da presunção do estado de inocência

A CR/88 foi a primeira a estabelecer de forma clara e expressa esse princípio, no seu art. 5º, inciso LVII, *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*, também conhecido como o princípio da não culpabilidade. Não se presume a inocência e sim presume o estado de inocência ou não culpabilidade

Esse princípio estabelece uma regra de tratamento que limita o exercício do poder jurisdicional, da sociedade e de qualquer indivíduo perante o acusado. Nenhuma consequência jurídica administrativa e moral decorrente da prática de infração penal pode antecipar da sentença penal, ou seja, somente o juiz natural pode determinar a pena por meio do devido processo legal, único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal. É a garantia do respeito ao poder jurisdicional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É importante salientar que a presunção não é absoluta e sim relativa que só poderá ser desconstituída com o devido processo legal. Isto significa que enquanto há processo, há a presunção do estado de inocência, que só é determinada com o trânsito em julgado da sentença condenatória que demanda um juiz de certeza. Por isso o caráter excepcionalíssimo da prisão preventiva, adotada como *ultima ratio* na busca do equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal.

Diante dos pressupostos legais, na aplicação da respectiva medida cautelar, como qualquer outra permitida no ordenamento jurídico, nas palavras do Bernardo Gonçalves Fernandes (2018, p. 546), *"o acusado deve ser tratado como inocente no curso de o processo criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes"*.

3.2 Da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é imprescindível na garantia dos direitos fundamentais decorrentes do Estado Democrático de Direito**.** Presente de forma explícita na Constituição da República, em seu art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade humana está, também, de forma implícita, em toda e qualquer norma, uma vez que é o pilar para a garantia dos direitos humanos fundamentais e, ainda, é de extrema importância na tutela do processo penal brasileiro.

Nucci Guilherme de Souza (2019) caracteriza o princípio em questão como objetivo e subjetivo. No primeiro aspecto, o autor refere-se ao mínimo existencial ao ser humano no que concerne às necessidades básicas reconhecidas no art. 7º, da Carta Magna em seu inciso IV. Já, na forma subjetiva, consiste no desenvolvimento da personalidade, sobretudo no que condiz ao sentimento de respeito e autoestima na relação com o outro, bem como na tutela do Estado.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é essencial em todo ordenamento jurídico brasileiro pois constitui uma base para a efetivação dos direitos e garantias individuais. A sua relevância deve ser considerada sobretudo no que concerne às medidas que limitam direitos, notadamente no âmbito penal e processual penal, ressaltando, nesse contexto, a aplicabilidade das medidas cautelares necessárias à garantia do devido processo legal.

O ser humano deve possuir condições mínimas de forma a lhe assegurar sobrevivência digna. Ainda que se trate do encarcerado, independente qual delito tenha cometido, deve ser tratado com respeito e dignidade, assegurando-lhe a devida ressocialização de forma a ser reintegrado, dignamente, à sociedade.

De toda forma, o preso não deve ser submetido a celas imundas, fétidas e insalubres, uma vez que fere a sua dignidade. Ainda que o prisioneiro tenha atentado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

contra a dignidade do outro, o Estado, ente perfeito e abstrato, fomentador do direito e da justiça, não deve agir com espírito de vingança e sim, agir com imparcialidade, moral e eticidade em prol do Estado Democrático de Direito na aplicação da justiça.

Todavia, quando há banalização na decretação do instituto da prisão preventiva, seja no excesso de prazo, seja na não aplicabilidade da razoabilidade e proporcionalidade, há nítido desrespeito à dignidade humana em decorrência da presunção de inocência, bem como uma agressão ao debate democrático. No que tange ao preso preventivamente, este deve permanecer local condizente com sua condição de inocente, até que prove em contrário.

Ainda que a prisão cautelar seja aplicada com o objetivo de preservar a efetividade da instrução criminal numa situação concreta, o Estado, no exercício do seu poder punitivo diante da ocorrência de crime, não pode transformar essa prerrogativa em antecipação da pena sem o devido processo legal. Ademais, deve haver significativa ponderação acerca da dignidade humana, visto que este princípio sustenta a harmonização dos demais, notadamente o da presunção de inocência.

4 A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA NECESSIDADE DE REVISAR O PRAZO DE 90 DIAS PARA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A medida cautelar tratada nesse trabalho está pautada, entre outros, nos princípios da provisionalidade e o da provisoriedade. O primeiro, consagrado no art. 282, §§ 4º e 5º, do CPP, está relacionado com a situação fática que ensejou a aplicação da prisão preventiva, ou seja, os elementos legitimadores da aplicação de tal medida já citados anteriormente: *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*.

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, com o afastamento de quaisquer requisitos que justifiquem a presente segregação, deve-se, de imediato, ocorrer a soltura do imputado. O desrespeito a esse princípio torna o ato ilegal, devendo, portanto, ser revogado ou, se necessário ao curso do processo, substituído por medida mais branda, como as elencadas no art. 319, do mencionado código.

Aury Celso Lima Lopes junior (2021, p.256) ainda cita, em sua obra, o princípio da "Atualidade ou Contemporaneidade do Perigo" o qual determina:

"Para que uma prisão preventiva seja decretada, é necessário que o *periculum libertatis* seja atual, presente, não passado e tampouco futuro e incerto. A "atualidade do perigo" é elemento fundante da natureza cautelar."

No que condiz ao princípio da provisoriedade, a aplicação da respectiva medida deve estar condicionada ao fator tempo. A sua duração deve ou deveria ser mínima, tendo em vista a presunção de inocência do imputado e, ainda, não deve ensejar antecipação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pena, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há condenação sem o devido processo legal.

A indeterminação dessa medida gera consequências gravosas ao acusado, sobretudo quando se trata de inocente. A falta de um prazo determinado, suficiente à garantia da eficácia do processo, bem como para a segurança da sociedade, fere toda uma principiologia inerente a um Estado Democrático de direitos, consagrada na Carta Magna, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Houve tentativas, tanto da jurisprudência quanto na legislação, de regulamentar o prazo limite para duração da prisão preventiva, mas não obtiveram êxito. No primeiro caso, tentaram colocar o prazo de 81 dias como prazo máximo e na legislação, 180 dias. Ainda com os prazos estabelecidos nos ritos processuais para a audiência de instrução e julgamento, não foram indicativos para limitar o prazo em questão, uma vez que não possuem sanção, o que os tornam ineficazes.

Contudo, com o advento da lei anticrime de nº 13964/2019, houve uma inovação no art. 316, do Código de Processo Penal, no trato dessa medida, a saber:

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

Com a introdução do parágrafo único, surgiu o dever de revisar, no prazo de 90 dias, os elementos ensejadores da medida cautelar em estudo. Por se tratar de medida mais gravosa do Estado em relação à liberdade do agente, essa revisão é de fundamental importância. Se a situação momentânea que justificou a medida cautelar não mais existe, caberá ao Judiciário ordenar a respectiva revogação.

A ideia do legislador é evitar que o acusado fique encarcerado de forma negligente, tendo em vista a sanção aplicada caso a revisão não ocorra, ou seja, a prisão será considerada constrangimento ilegal. Nas palavras de Aury Lopes junior (2021, p.258), definiu-se tal inovação como:

"a *grande evolução que evita que o juiz simplesmente "esqueça" do preso cautelar, bem como impõem o dever de verificar se persistem os motivos que autorizaram a prisão preventiva ou já desapareceram."*

Ademais, esperava-se como consequência disso o desencarceramento dos presos provisórios que ficam, de certa forma, abandonados à própria sorte, especialmente aqueles que não possuem condições financeiras para contratar um advogado, uma vez que a Defensoria Pública, devido às especificidades do sistema prisional brasileiro, não suporta a grande demanda.

No entanto, o esperado não ocorreu. O Supremo Tribunal Federal, por meio da decisão proferida no Caso André do Rap – HC 191.836/SP, firmou o seguinte entendimento: *"a inobservância do prazo de 90 dias "não implica automática revogação da prisão preventiva e, consequente, concessão da liberdade provisória, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e atualidade de seus fundamentos"* (Aury Lopes Junior, p. 258, 2021)

O caso, de grande repercussão social, aflorou a discussão acerca de qual juiz deve fazer a revisão dos elementos ensejadores da prisão preventiva. O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 701) menciona o seguinte entendimento doutrinário.

> O ideal é que o juiz, prolator da decisão de segregação, seja imediatamente cobrado, quando o habeas corpus chegar ao tribunal. Se não houver motivo plausível nem para a falta de revisão nem mesmo para a continuidade da prisão, torna-se essencial que o tribunal conceda a ordem de HC para soltar o preso.

Vale ressaltar que, toda essa problemática se deu devido ao caso de grande repercussão social. Houve tratamento excepcional no STF na revogação da liminar do caso em comento, por se tratar de indivíduo de grande periculosidade, determinando pelo seu retorno à prisão. Era de se esperar que não houvesse censura da sociedade, tendo em vista, as consequências desastrosas do tráfico de drogas para a sociedade como um todo.

Contudo, o presente trabalho não possui a pretensão em discutir a decisão do STF. No entanto, deve-se pensar numa situação como essa, naquele inocente que teve a sua liberdade restringida sem o devido processo legal. A função do Direito Penal é limitar o *jus puniend* estatal. É fazer valer os direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição, sobretudo a dignidade da pessoa humana e a presunção do estado de inocência.

Vale ressaltar, no entanto que, a não revisão do prazo em questão, poderá resultar na perpetuação indeterminada da pena. A situação ainda se agrava, tendo em vista que, conforme apresentado na jurisprudência, tal revisão tem sido realizada por força da impetração de *Habeas Corpus* por parte da defesa técnica contratada pelo agente, consoante exemplos do Supremo Tribunal Federal expostos abaixo:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. RECORRIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUPERAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. SINGULARIDADE E RELEVÂNCIA DA CONTROVÉRSIA. PRISÃO PREVENTIVA. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO ESTABELECIDO PELO ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONCESSÃO AUTOMÁTICA DA LIBERDADE PROVISÓRIA. INVIABILIDADE. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA EM ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. (HC 191836/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento 23/11/2020. Publicação 01/03/2021. 1ª Turma, STF)

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. INOBSERVÂNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CPP.DECURSO DO PRAZO NONAGESIMAL QUE NÃO ACARRETA A SOLTURA AUTOMÁTICA DO CUSTODIADO. 1. Ausente pronunciamento judicial conclusivo da Corte anterior quanto à matéria trazida nos autos, inviável a análise do writ pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. 2. O Plenário deste Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que o mero decurso do prazo de 90 (noventa) dias previsto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não conduz à soltura automática do preso preventivamente. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 195272 SP 0110468-44.2020.1.00.0000. Publicação 12/05/2021. STF)

Entretanto, deve-se pensar, por conseguinte, na maior parte dos encarcerados preventivamente que, por questões já expostas nesse tópico, não fazem uso dessa ação constitucional. Dessa forma, ficam com seus direitos e garantias constitucionais prejudicados por um sistema ineficaz e, ainda, submetidos a condições precárias do sistema prisional brasileiro. Com tudo isso, tal revisão, imposta pela lei, deveria ser realizada de ofício, tendo em vista tratar de relevante bem jurídico do acusado, a sua liberdade. Ademais, o exercício desse ato, conforme impõe a lei, evitaria a ocorrência de prisões ilegais e, consequentemente, contribuiria, sobremaneira, para diminuiu o encarceramento em massa.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou como propósito principal, levantar reflexão acerca dos abusos, por parte das autoridades responsáveis, da aplicação do instituto da prisão preventiva, sobretudo no que concerne à revisão do prazo de 90 dias, cuja finalidade é justificar a manutenção de tal medida. Foram apresentados posicionamentos doutrinários,

bem como alguns exemplos jurisprudenciais de sua aplicação no Supremo Tribunal Federal.

As análises foram em torno dos pressupostos de validade da respectiva medida cautelar no ordenamento jurídico brasileiro presentes no Código de Processo Penal, bem como, tão importante quanto, dos princípios norteadores das garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal vigente. Com isso, buscou-se compreender o atual entendimento do STF adotado no que tange às medidas voltadas para a manutenção da prisão preventiva após o prazo do art. 316, do CPP.

Tal análise buscou confrontar a aplicação de medida cautelar em questão com os princípios fundamentais ao Estado Democrático de Direito. Entre outros da mesma magnitude, foi realizada abordagem em torno dos princípios da dignidade da pessoa humana, bem como do princípio da presunção do estado de inocência no que se refere, sobretudo, aos reflexos desastrosos do excesso de prazo dessa segregação cautelar.

A problematização surge quando se extrapola os limites legais para a implementação da respectiva medida, de forma a acarretar banalização na sua aplicação. Uma prisão que, a princípio se faz necessária na aplicação do devido processo legal e na manutenção da paz social, torna-se ilegal quando não respeita os direitos e garantias fundamentais do acusado, notadamente no que condiz a bens jurídicos relevantes, como o direito à vida e à liberdade.

Nesse diapasão, tendo em vista que não há nenhuma garantia constitucional absoluta, é de extrema urgência a busca do equilíbrio, com a devida proporcionalidade e razoabilidade, na aplicação dessa medida na restrição à liberdade do acusado. Nessa linha de raciocínio, a revisão do prazo em questão não pode ser negligenciado, uma vez que as consequências de uma prisão ilegal para o indivíduo, podem ser irreversíveis na sua vida pessoal, tão ou mais na social.

Diante dos pressupostos de validade da cautelar em questão, nos termos da lei, deve-se buscar efetivamente, o que se propõe tal instituto, a aplicação justa do devido processo legal, preservando, de toda forma, os direitos e garantias individuais. Há situações fáticas, que tal medida torna-se imprescindível para a preservação da eficácia da persecução penal, notadamente, no que se refere à aplicação justa dessa medida coercitiva, como qualquer outra medida cautelar.

No entanto, se realizada, de modo a desprezar bens jurídicos de grande relevância do suspeito, gera excesso do poder punitivo estatal. Poder este que deve ou deveria encontrar limites nos princípios constitucionais. Vale ressaltar, contudo, que o uso indiscriminado da prisão preventiva, de forma a negligenciar o sistema, coloca em xeque a segurança jurídica, tão essencial no Processo Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ademais, deixa evidente que, o procedimento em questão, visto que promove o encarceramento em massa, perde seu caráter excepcional e, passa a ser questionado acerca de seu uso deliberado sobre aqueles que não fazem jus a uma defesa técnica eficiente. Ainda que a não revisão do prazo no memento certo não incorra em ilegalidade da medida, conforme entendimento do STF, deve-se, na pior das hipóteses, haver coexistência entre as garantias individuais e a defesa social.

Diante de todo o exposto, fica evidente que o presente trabalho, considerando os canais de pesquisa utilizados, cumpriu com o seu objetivo de, sem jamais apresentar a presunção de esgotar o tema, contribuir para a reflexão acerca da importância em discutir a problematização relacionada ao mesmo. Que outras ideias dialógicas sejam desenvolvidas, com o intuito de aprimorar, com o equilíbrio esperado, a aplicação das medidas cautelares presentes no CPP.

Referências Bibliográficas

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. São Paulo: Saraiva,

2021.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 18ª ed. São Paulo: Grupo Gen, 2021

GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. 10ª ed. Salvador: *Jus*Podivm

METZKER, David. Lei anticrime, comentários às Modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento. 1ª ed. São Paulo: Cia do eBook, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal, 20ª ed. São Paulo: Grupo Gen, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 11 ed. São Paulo: Editora Manole, 2019.

MADERA, Mariana Nunes. O estéril dever de revisão da manutenção da preventiva no prazo de 90 dias. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-08/pensando-habeasa-revisao-manutencao-preventiva-prazo-90-dias>. Acesso em 15/10/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

CALEGARI, Luiza e VALENTE, Fernanda. Ausência de renovação da prisão após 90 dias não revoga preventiva, diz STF. 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-out-15/ausencia-renovacao-prisao-90-dias-nao-revoga-preventiva>. Acesso em 15/10/2021.

STF. HABEAS CORPUS: HC 01038031220201000000 SP. Relator: Ministro Alexandre, 01/03/2021, JusBrasil, 2020. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172986340/habeas-corpus-hc-191836-sp-0103803-1220201000000/inteiro-teor-1172986421>. Acesso em: 15 out, 2021.

STF. AG.REG.NO HABEAS CORPUS: HC 01104468442020100000 SP. Relator: Ministra Rosa Weber, 12/05/2021, JusBrasil, 2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206578897/agreg-no-habeas-corpus-hc-195272-sp-0110468-4420201000000/inteiro-teor-1206578907.> Acesso em: 15 out, 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

NOTA FISCAL ELETRÔNICA E AS DIFICULDADES DE EMISSÃO

ANGELICA APARECIDA SANTOS BRENTAN

RESUMO: A Nota Fiscal (NF) é um documento digital, gerado e armazenado eletronicamente por meio nacional da Receita Federal do Brasil, ou por qualquer entidade conveniada para registro das operações comerciais ou de prestação de serviço. A Nota Fiscal é um documento oficial que registra as vendas da sua empresa. O objetivo deste trabalho é compreender as dificuldades das empresas com a emissão da Nota fiscal eletrônica, bem como, analisar e verificar o enquadramento dos impostos da nota fiscal, os tipos de NF existentes e os dados que devem constar na nota. A metodologia utilizada foi de pesquisa descritiva bibliográfica, realizada através da revisão da literatura, tais como livros, doutrinas e artigos científicos publicados disponíveis em meio eletrônico. As informações aqui apresentadas através do estudo realizado, são necessárias para comprovar a importância da tecnologia como ferramenta de gestão, e demonstrar sobre as dificuldades existentes para a emissão de uma NF-e, bem como, analisar sobre os recolhimentos dos impostos, reduzindo a sonegação de imposto, e reduzindo os valores a se pagar, quando a cobrança é indevida.

Palavras-chaves: Nota fiscal eletrônica. Impostos. Escrituração digital

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 HISTÓRIA DA NOTA FISCAL – NF; 2.1 Dados da NF-E; 3 TRIBUTOS DE UMA NF-E; 3.1 ICMS; 3.2 IRPJ; 3.3 COFINS; 3.4 PIS/PASEP; 3.5 ISS; 3.6 CSLL; 4 DIFICULDADES DA EMISSÃO DA NF-e; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil está passando por uma grande crise nacional, onde os contadores têm um papel importante na sociedade, toda empresa precisa ter um bom profissional da contabilidade, afinal, no fim do mês as contas precisam fechar e tudo tem que estar dentro dos parâmetros exigidos em lei.

Com o intuito de se criar um documento fiscal que fosse apresentado em tempo real, onde não houvessem fraudes e que fosse completamente seguro para a fiscalização e administração tributária, foi criado o Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instituído pelo Decreto nº 6.022/2007, o qual dispõe sobre escrituração contábil, escrituração fiscal e nota fiscal eletrônica.

A implementação do SPED, é um processo de escrituração digital da Receita Federal. O SPED é o armazenamento de todas as informações de interesse do fisco com os contribuintes, e garante a transferência das antigas Notas fiscais que eram feitas em papel para a assinatura digital, tendo validade jurídica e garantindo sua assinatura digital,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

permitindo assim o seu acompanhamento em tempo real.

As empresas que almejam se manter no mercado são obrigadas a utilizar a emissão da Nota Fiscal eletrônica e devem sempre estar organizadas e em condições de fornecer informações para os seus usuários, precisando assim da ajuda de ferramentas que a tecnologia da informação disponibiliza para as empresas. Contudo, a emissão da Nota Fiscal eletrônico não é uma tarefa muito simples.

Com isso, a contabilidade da empresa fica encarregada dos documentos emitidos e recebidos, e a empresa tem um maior controle do que acontece. Atualmente um dos mais usados é o "Emissor de nota fiscal do Sebrae", por ser um emissor gratuito. Não sendo o único as empresas de médio e grande porte utilizam emissores pagos que são mais completos e lhe dão maior suporte.

A pesquisa realizada foi descritiva bibliográfica, sendo, a análise e a revisão da literatura em livros, artigos, doutrinas, impressos ou disponíveis em meio eletrônico.

O estudo foi elaborado a partir de três capítulos apresentados a seguir na Revisão da literatura. No primeiro capítulo, é abordado sobre a história da Nota Fiscal, seus dados e seus tipos. No segundo, são apresentados quais os tributos das notas fiscais de acordo a legislação brasileira vigente que trata do tema em estudo.

Por fim, no último capítulo foram apresentadas as dificuldades existentes na hora da emissão da NF-e.

2 HISTÓRIA DA NOTA FISCAL – NF

A Nota Fiscal foi criada na década de 1970 diante da necessidade de se realizar o registro e a circulação de mercadorias, para posteriormente serem tributadas, realizadas por uma pessoa física ou jurídica, a uma empresa ou pessoa física.

"A Legislação que rege a emissão de documentos fiscais no Brasil é o Convênio ICMS s/n° de 15 de dezembro de 1970" (AZEVEDO, MARIANO, 2011, p. 39).

A primeira forma de emissão era manual, as notas vinham em blocos confeccionados por processamentos eletrônicos de dados, a sua confecção era realizada por meio de formulários contínuos sendo assim sua impressão poderia ser feita por impressoras matriciais.

A Nota Fiscal é um recurso que promete ajudar empresários, contadores e governo, porém uma grande parte da maioria não possui conhecimento sobre o recurso, dificultando a sua utilização. A problemática maior está na forma de se emitir uma NF-e, bem como, na realização do cálculo dos impostos, já que existentes valores diferentes de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

impostos sobre uma venda, uma compra, uma prestação de serviço, entre outros no Brasil, uma vez que cada estado possui o seu próprio valor de arrecadação tributária.

É através da NF que o escritório de contabilidade de uma empresa irá calcular os impostos, o financeiro poderá fazer uma estimativa de faturamento e os responsáveis pelo estoque dos seus produtos poderão organizar as entregas e a produção.

A não emissão da nota fiscal pode acarretar sérios problemas uma empresa, desde uma desorganização da gestão financeira, chegando até a configurar crime de sonegação fiscal (BARBON, 2020).

A Lei n° 4.729/1965 identifica a sonegação em uma de suas definições, como: "prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deve ser produzida a agentes de pessoas jurídicas de direito público interno, com intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei" (BRASIL, 1965).

Portanto, se uma empresa emitir uma nota com um valor diferente da venda, isso será considerado um crime, bem como, se a empresa não emitir uma nota fiscal sobre determinada venda, também poderá ser enquadrado como sonegação de imposto (BARBON, 2020).

Com o passar dos anos o processo de emissão da Nota Fiscal passou por várias modificações, mas, sem perder seu intuito que é a regularização da emissão do documento fiscal (FERREIRA, 2020).

O Projeto Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) foi desenvolvido, de forma integrada, pelas Secretarias de Fazenda dos Estados e Receita Federal do Brasil. Sua implementação ocorreu a partir da assinatura do Protocolo ENAT 03/2005, de 27/08/2005, que atribuiu ao Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais (ENCAT) a coordenação e a responsabilidade pelo desenvolvimento e implantação do Projeto NF-e (OLIVEIRA, 2019).

A nota fiscal eletrônica (NF-e) é um documento de existência digital, emitido e armazenado eletronicamente, que possui o objetivo de documentar, para fins fiscais, a circulação de mercadorias ou a prestação de serviços, ocorrida entre as partes (OLIVEIRA, 2019).

A validade jurídica da nota é garantida pela assinatura digital do remetente e pela recepção, pela Administração Tributária, do documento eletrônico, antes da ocorrência do fato gerador (OLIVEIRA, 2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Nota fiscal eletrônica só é válida com Certificado Digital. Ao emitir a NF-e para o comprador, a empresa deve enviar um Documento Auxiliar da Nota Fiscal (DANFE), que acompanha o produto durante o transporte, variando o valor conforme o estado.

Pode-se utilizar ainda uma nota fiscal para cancelar a validade de outra, como por exemplo, na devolução de produtos industrializados, cancelamento de contratos de serviços e produtos.

Atualmente existem 13 tipos de notas fiscais eletrônicas e cada uma tem a sua especificação, sendo elas: Nota Fiscal Eletrônica de Serviços (NFS-e); Nota Fiscal ao Consumidor Eletrônica (NFC-e; Cupom Fiscal Eletrônico (CF-e); Módulo Fiscal Eletrônico (MF-e); Conhecimento de Transporte Eletrônico (CT-e); Manifesto de Documentos Fiscais Eletrônicos (MDF-e): Nota Fiscal Avulsa (NFA-e); Nota Fiscal Complementar; Nota Fiscal Denegada; Nota Fiscal Rejeitada; Nota Fiscal de Exportação; Nota Fiscal de Remessa; e a Nota fiscal eletrônica (NF-e), objeto deste trabalho (SERASA EXPERIAN, 2021).

- Nota Fiscal Eletrônica de Serviços (NFS-e): documento fiscal digital necessário para confirmação de prestação de serviço de uma instituição para outra ou para pessoa física.
- Nota Fiscal ao Consumidor Eletrônica (NFC-e): alternativa eletrônica aos cupons fiscais emitidos por ECF (Emissor de Cupom Fiscal).
- Cupom Fiscal Eletrônico (CF-e): documento de existência apenas digital, validado por uma assinatura digital do contribuinte e uma autorização recebida do Fisco.
- Módulo Fiscal Eletrônico (MF-e): foi criado para suprir a legislação fiscal que determina as novas regras de emissão de Cupom Fiscal Eletrônico (CF-e) no Ceará, em substituição ao Emissor de Cupom Fiscal (ECF).
- Conhecimento de Transporte Eletrônico (CT-e): destinada para os serviços de transporte de carga entre estados ou municípios.
- Manifesto de Documentos Fiscais Eletrônicos (MDF-e): utilizado por empresas que fazem o transporte rodoviário interestadual ou intermunicipal e são encarregadas pelo frete com mais de um CT-e.
- Nota Fiscal Avulsa (NFA-e): usada por não contribuintes do ICMS, que não são obrigados a emitir NF-e, como Microempreendedores Individuais (MEI), micro e pequenas empresas.
- Nota Fiscal Complementar: emitida para corrigir valores tributários errados e deve ser somada à nota original para validar a operação fiscal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

- Nota Fiscal Denegada: significa que a Sefaz identificou irregularidades do emissor ou do destinatário da NF-e e ela não pode ser faturada. Não há como corrigir uma nota denegada, nem fazer seu cancelamento ou inutilização.

- Nota Fiscal Rejeitada: a NF-e é rejeitada por erro de dados e pode ser corrigida e submetida novamente.

- Nota Fiscal de Exportação: oficializa perante a Fazenda a saída das mercadorias para fins de exportação.

- Nota Fiscal de Remessa: é emitida quando há circulação de mercadorias sem o objetivo de venda, garantindo a não incidência de impostos.

- NF-e: conforme já citado neste trabalho, é a versão digital do modelo tradicional para produtos ou mercadorias, emitida e armazenada eletronicamente. Registra a venda de produtos físicos, com cobrança de ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadoria Serviços) e IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), expedida junto às Secretarias Estaduais da Fazenda.

A inspeção da nota fiscal é uma maneira do governo assegurar que os impostos ou taxas de tributos estão sendo computados e coletados da maneira correta.

2.1 Dados da NF-E

O NF-e tem por obrigação conter dados relevantes e importantes para os seus interessados, empresa jurídica (emissor), pessoa física (consumidor) e Receita Federal.

Para que não ocorra problema para validação da NF-e, a empresa deve revisar todo seu cadastro de clientes, fornecedores, produtos e código fiscal de operação.

Este procedimento serve para padronizar e parametrizar os cadastros e para que eles estejam completos a fim de garantir a validação da nota fiscal. É o procedimento que leva mais tempo, principalmente se a empresa possui cadastros muito antigos. Os campos que devem constar nos cadastros de clientes, fornecedores, produtos e códigos fiscais, bem como a forma de serem preenchidos, estão especificados no Manual de Integração de Contribuinte.

Segundo a Lei nº 12.741 publicada em 10/12/2012, na nota fiscal ou documento equivalente destinado a consumidor final, deverá estar discriminado, o valor aproximado dos tributos federais, estaduais e municipais que recaem sobre a mercadoria ou serviço e que refletem a formação do preço do produto ou serviço. Essas informações são direito do consumidor, os tributos que devem ser informados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Além dessas informações, a Nota fiscal eletrônica deve conter obrigatoriamente: Razão Social, CNPJ, DDD e telefone, endereço completo (número, bairro, Estado, cidade e CEP), e-mail e Inscrição Estadual (VENDEMIATTI, 2021).

3 TRIBUTOS DE UMA NF-E

De acordo com o Código Tributário Nacional, tributo é (BRASIL, 1966):

> Artigo 3° Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O artigo 5 do mesmo código determina que os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria (BRASIL, 1966).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 145, define quando os impostos poderão ser instituídos.

> 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.

Os impostos são tributos obrigatórios cobrados pelo governo e devem ser preenchidos corretamente na nota fiscal. Alguns dos impostos são: ICMS, ICMS-ST, MVA, IPI, PIS, COFINS e ISS.

Abaixo serão tratados sobre os impostos que incidem sobre qualquer venda, quais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sejam: ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços; IRPJ - Imposto de Renda de Pessoa Jurídica; COFINS - Contribuição para Financiamento de Seguridade Social; PIS - Programa de Integração Social; CSLL - Contribuição Social sobre Lucro Líquido; e ISS - Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza.

3.1 ICMS

O ICMS é um imposto estadual que é cobrado quando ocorre circulação de mercadorias, incidindo também sobre mercadorias importadas. É importante verificar as informações no site do governo de cada estado, já que cada estado possui uma alíquota diferente (MATTHIES, 2021).

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços é previsto pela Lei Complementar 87/1996 ("Lei Kandir"), e é de competência do estado e da Receita Federal. Sua base de cálculo é o montante da operação, incluindo o frete e despesas acessórias do adquirente-consumidor. O cálculo é feito por ICMS = preço do produto x alíquota praticada no estado, cada estado tem a sua própria alíquota ficando entre 7% a 35%.

O intuito do diferencial de alíquotas é que a empresa ao adquirir mercadorias de outro estado recolha a diferença do imposto para que os cofres paulistas não percam arrecadação quando for mais vantajoso comprar produtos em operações interestaduais, isso porque o valor do ICMS é embutido no valor do produto, portanto, quando a alíquota for menor a valor total do produto será menor (LOPES, 2016).

3.2 IRPJ

O Imposto de Renda de Pessoa Jurídica é um tributo federal que incide sobre as pessoas jurídicas e pessoas físicas a elas equiparadas. Ele é calculado de acordo com a base de lucro, podendo ser Lucro Real e Lucro Presumido (VERSIANI, 2021).

O IRPJ deve ser pago por todas as empresas com CNPJ ativo, havendo poucas exceções. Sua base de cálculo considera o regime tributário da pessoa jurídica e atribui a cada um uma alíquota para cálculo. (GULARTE, 2021).

3.3 COFINS

A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social foi instituída pela Lei Complementar 70 de 30/12/1991.

COFINS é um imposto federal cobrado com base na receita bruta das empresas, e é usado para financiar a seguridade social, isto é: a previdência, a saúde e assistência social dos trabalhadores (MARQUEZ, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

São contribuintes da COFINS as pessoas jurídicas de direito privado em geral, inclusive as pessoas a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, exceto as microempresas e as empresas de pequeno porte submetidas ao Simples Nacional.

3.4 PIS/PASEP

O Programa de Integração Social (PIS) e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) financiam o pagamento do seguro-desemprego e abono salarial. O PIS é voltado às pessoas que atuam no setor privado e o PASEP aos servidores públicos (VERSIANI, 2021).

O PIS está previsto no artigo 239 da Constituição Federal de 1988.

São contribuintes do PIS as pessoas jurídicas de direito privado e as que lhe são equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, inclusive empresas prestadoras de serviços, empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, excluídas as microempresas e as empresas de pequeno porte submetidas ao Simples Nacional (Lei Complementar 123/2006).

3.5 ISS

O ISS é regido pela Lei Complementar n° 116/2003 e é um tributo municipal e fica a critério de cada prefeitura definir a alíquota de cada serviço a ficando a máxima limitada a 5%.

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é uma arrecadação municipal que deve ser paga por empresas e profissionais autônomos que prestam serviço na cidade, desde que emitam nota fiscal eletrônica. O valor varia de município para município, pois depende da legislação de cada local. (VERSIANI, 2021).

3.6 CSLL

A contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL ou CSSL) foi instituída pela Lei 7.689/1988 para financiar a seguridade social. O tributo incide sobre todas as pessoas jurídicas e o governo utiliza os recursos arrecadados para financiar a Seguridade Social, incluindo aposentadoria, assistência social e a saúde pública.

A pessoa jurídica optante pelo Lucro Real, presumido ou arbitrado deverá recolher a Contribuição Social sobre o Lucro Presumido, também pela forma escolhida. O cálculo da CSLL depende do regime de tributação escolhido pelo contribuinte (GUTO, 2021).

4. DIFICULDADES DA EMISSÃO DA NF-e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Infelizmente, antes de se encontrar a plenitude dos benefícios provenientes da utilização da NF-e, todos encontrarão dificuldades ao operacionalizar o processo.

As dificuldades começam antes mesmo da fase de produção da NF-e. Nos primeiros passos para implementação da NF-e, que são ligados à padronização de sistemas, são encontrados alguns obstáculos, tais como: estar de acordo com o Layout e demais especificações exigidas pelo sistema não é tão fácil.

Todas as especificações para o uso e emissão da NF-e estão disponibilizadas em manuais, mas, de acordo com Caetano (2008), várias pessoas têm reclamado do material oferecido, já que o governo vem exigindo uma série de regras e detalhamentos que devem ser implantados nos sistemas das empresas, porém disponibiliza os materiais incompletos.

Segundo Cleto (2006), trocar documento fiscal em papel por documento fiscal eletrônico é uma transição assusta os cidadãos e cria um certo desconforto, diante da falta de maiores conhecimentos da área de tecnologia.

Contudo, hoje em dia esse não é o maior problema, o mundo vem se adaptando a era digital e praticamente tudo hoje possui sua forma digital, banco digitais, escritórios digitais, aulas online e inclusive até a medicina já possui sua forma digital, a telemedicina.

Os Fiscos municipais, estaduais e federal têm empreendido esforços para padronizar e simplificar a emissão de documentos fiscais e as entregas de obrigações acessórias, por isso que foi criado o SPED que, dentre outras coisas, institui a Nota Fiscal eletrônica (NF-e), que padronizou a emissão desse tipo de documento.

Apesar de todas as dificuldades que foram encontradas na implantação da NF-e, todas as empresas que já estão operando com ela alegam grandes vantagens com o ingresso no novo sistema, como grande redução de custos e agilidade no processo operacional, garantindo maior eficiência em seus negócios.

Todo o tipo de estabelecimento que emitir NF-e deve estar formalizado junto à Receita Federal, possuir um número de CNPJ e ter um Certificado Digital. Depois disso, é preciso realizar o credenciamento da empresa na Secretaria da Fazenda e ter um software para a emissão instalado (MARTINS, 2021).

"O benefício da implantação da NF-e para a contabilidade é a diminuição do trabalho manual, acarretando uma diminuição significativa de erros de escrituração, pois a NF-e passa a ser válida pela Receita Federal antes da sua emissão propriamente dita". (Barbosa et all. 2010, p. 37)

Uma das dificuldades na emissão da NF-e, é que podem acontecer algumas falhas no software que é usado para vendas, como problemas cadastrais, excesso de telas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dificuldades para navegação e falta de integração com os outros sistemas. Além disso, dificuldades com a conexão de internet e antivírus mal configurados que podem sobrecarregar o processamento (VINCO, 2019).

Para emissão da NF-e é necessário estar com o certificado digital e o software específico para emissão instalados. O procedimento se inicia com o preenchimento dos dados do cliente, quais sejam: nome ou razão social, CPF ou CNPJ, inscrição estadual (se existir) e endereço. Após, será iniciada a etapa da inclusão dos itens (produtos, equipamentos ou materiais vendidos) referentes a nota fiscal eletrônica, sendo necessário preencher as informações básicas do item, como nomenclatura, quantidade, unidade de medida e valor, é necessário inserir alguns códigos exclusivos de cada tipo de produto ou mercadoria vendida, sendo eles: Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) ; Código Especificador de Substituição Tributária (CEST) e Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) (CONTEZINI, 2021).

A Nomenclatura comum do Mercosul - NCM, determina um único código numérico para uma determinada mercadoria (produto), e foi criada para melhorar e facilitar o comércio internacional e seu controle estatístico.

O Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP define se uma nota fiscal recolhe ou não impostos, o movimento de estoque e financeiro, o código CFOP possui dois critérios, eles estão distribuídos pelo tipo da nota fiscal (entrada ou saída) e para qual região o produto, por exemplo, foi vendido e o Código de Situação Tributaria - CST é um código de três dígitos que determina a tributação (referente ICMS) do produto.

As dificuldades referentes à operacionalização do sistema de Notas Fiscais eletrônicas se apresentam como um grande problema para as empresas, pois as exigências e prazos requeridos na legislação vigente fazem com que, qualquer falha de preenchimento que não sejam observadas e corrigidas, podem acarretar prejuízos diversos (SILVA, 2015).

Depois da inclusão desses dados, é importante verificar as bases de cálculo de incidência dos tributos. No documento fiscal, você informará o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), bem como o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), se incidir a aplicação desse tributo (CONTEZINI, 2021).

No final, será gerado o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (Danfe), que servirá como um espelho dos dados contidos no arquivo XML gerado pelo sistema, sendo este último o verdadeiro documento que comprova a existência de uma nota fiscal. O documento deverá ser entregue ao cliente e será o documento válido para comprovação da existência da mercadoria nas divisas estaduais, em caso de transporte dos produtos comercializados (CONTEZINI, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Nota Fiscal Eletrônica deve ser armazenada em arquivo XML ou PDF e não precisa ser impressa. Para a maioria dos estados e municípios há a exigência de que a NF-e seja armazenada por até cinco anos. Isso acontece por causa de possíveis trocas de produtos ou serviços, controle da garantia ou até mesmo para fiscalizações da Receita Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo foi realizado sobre o tema Nota fiscal eletrônica e as dificuldades de sua emissão, iniciando com um breve relato sobre o início do uso da Nota Fiscal, seus dados e seus tipos. Após, foram apresentados quais são os tributos das notas fiscais de acordo a legislação brasileira e por fim, foram apresentadas as dificuldades existentes na hora da emissão da NF-e.

A Nota fiscal é um documento fiscal que registra a transferência de propriedade sobre um bem ou sobre uma atividade comercial, que tenha sido prestada por uma empresa para uma pessoa física ou para outra empresa.

Atualmente, é evidente que as tecnologias são muito importantes para o dia-a-dia das empresas e com os passar do tempo e com o avanço das tecnologias, a contabilidade também foi atingida pela era digital. Portanto, documentos que antes existiam apenas por meio físico, hoje existem na versão digital e isso tem contribuído muito, vez que traz celeridade durante alguns procedimentos.

Dessa forma, o Sistema Público de Escrituração Digital, foi criado em razão dos avanços da tecnologia, para oficializar os arquivos digitais das escriturações fiscal e contábil dos sistemas empresariais dentro de um formato específico e padronizado. Um dos desdobramentos do SPED é a Nota Fiscal de Serviço Eletrônica.

Durante o desenvolvimento desse trabalho científico e do tema abordado, bem como, os dados colhidos e apresentados através da revisão bibliográfica, foi possível concluir que, a NF-e foi de grande valia para as empresas, vez que a emissão na NF-e se tornou mais rápida e prática.

No que se refere as dificuldades no processo de emissão da NF-e, as mesmas relacionadas ao uso do sistema e as questões tecnológicas, uma vez que o sistema possui condições específicas para o seu uso e a empresa pode ter dificuldade quanto a isso, necessitando de uma assessoria de um técnico de informática para solucionar os problemas e auxiliar quando necessário.

Porém, diante dos benefícios apresentados, conclui-se que tais dificuldades estão sendo superadas pelos contribuintes e que não estão atrapalhando significativamente no processo como um todo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É de extrema importância que o profissional contábil esteja sempre em constante qualificação, buscando conhecimento dentre os assuntos aqui estudados, com a finalidade de garantir o melhor para uma empresa.

Como sugestão de trabalho futuro, seria importante a realização de um novo estudo, com ênfase no somente no SPED - Sistema Público de Escrituração Digital, que foi criado para agilizar a coleta de dados fiscais das empresas e é essencial aos serviços contábeis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRINER. **Como surgiu a nota fiscal eletrônica.** 2020. Disponível em: <https://notafiscal.cnt.br/como-surgiu-a-nota-fiscal-eletronica.html>. Acesso em: 14 Out. 2021.

AZEVEDO, Osmar Reis; MARIANO, Paulo Antônio. **Sped - Sistema Público de Escrituração Digital**. 8ª Ed. 2016.

BARBON, Giulia. **O que é Nota Fiscal?.** 2020. Disponível em: <https://conube.com.br/blog/o-que-e-nota-fiscal/>. Acesso em: 14 Nov. 2021.

BARBOSA, E. M. et. al. **As vantagens e desvantagens da utilização da nf-e nas Empresas do ramo de beneficiamento de granito no pólo Industrial de nova venécia** – es. 2010. 61f. Faculdade Capixaba de Nova Venécia.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 Fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 03 Nov. 2021.

CAETANO, Rodrigo. **Participantes da CW Connect confessam dificuldades com a NF-e.** 2008. Disponível em: <http://computerworld.uol.com.br/governo/2008/09/24/participantes-da-cw-connect-confessam-dificuldades-com-a-nf-e/>. Acesso em: 12 Out. 2021.

CLETO, Nivaldo. **Nota Fiscal Eletrônica (NF_e) – Revolução Digital no Meio Empresarial e Contábil.** 2006. Disponível em: <http://www.nivaldocleto.cnt.br/artig06/2006_01.htm>. Acesso em: 12 Out. 2021.

COELHO, Manuela A. **Nota fiscal eletrônica:** aspectos de sua implantação e seus Benefícios e dificuldades operacionais. 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/126215/Contabeis292230.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 Out. 2021.

CONTEZINI, Diego. **O que precisa para emissão de NF-e NFC-e e como fazer do jeito certo.** 2021. Disponível em: <https://blog.asaas.com/o-que-precisa-para-emissao-de-nf-e-nfc-e-e-como-fazer-do-jeito-certa/>. Acesso em: 10 Nov. 2021.

GULARTE, Charles**. IRPJ – Imposto de Renda de Pessoa Jurídica 2021 – CSLL, Alíquotas, tabela e cálculo.** 2021. Disponível em: <https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/irpj-imposto-de-renda-pessoa-juridica/>. Acesso em: 04 Nov. 2021.

MARQUEZ, Gabriel. **O que é COFINS e como calcular o imposto em sua empresa.** 2020. Disponível em: <https://nfe.io/blog/financeiro/o-que-e-cofins/>. Acesso em: 03 Nov. 2021.

MARTINS, Willian. **Qual a diferença de NFe e NFCe?.** 2021. Disponível em: <https://saipos.com/nota-fiscal/nfe-e-nfce>. Acesso em: 14 Nov. 2021.

MODESTO, Guto. **Saiba o que é como funciona este imposto CSLL.** 2021. Disponível em: <https://www.globalfinanceiro.com.br/saiba-o-que-e-como-funciona-este-imposto-csll/>. Acesso em: 03 Nov. 2021.

OLIVEIRA, Leonardo P. 2019. **Entenda a padronização da NFSe**. Disponível em: <https://arquivei.com.br/blog/padronizacao-nfse-mf/>. Acesso em: 14 Nov. 2021.

SERASA EXPERIAN. **Existem 13 tipos de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), que devem ser emitidas com Certificado Digital.** 2021. Disponível em: <https://serasa.certificadodigital.com.br/blog/documento-auxiliar-da-nota-fiscal-danfe/existem-13-tipos-de-notas-fiscais-eletronicas-nf-e-que-devem-ser-emitidas-com-certificado-digital/>. Acesso em: 03 Nov. 2021.

SILVA, Ana Karla Cardoso da. **Notas fiscais eletrônicas (NF-e):** uma análise sobre as dificuldades operacionais em uma empresa de comércio atacadista do município de Campina Grande-PB. 2015. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/12489/1/PDF%20-%20Ana%20Karla%20Cardoso%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 03 Nov. 2021.

VENDEMIATTI, José Adriano. **Quais são as informações obrigatórias para emitir uma Nota Fiscal de Produto (NF-e)?**. 2021. Disponível em: <https://ajuda.omie.com.br/pt-BR/articles/498846-quais-sao-as-informacoes-obrigatorias-para-emitir-uma-nota-fiscal-de-produto-nf-e>. Acesso em: 03 Nov. 2021.

VERSIANI, Rafael. **Quais são os impostos da nota fiscal eletrônica?.** 2021. Disponível em: <https://enotas.com.br/blog/impostos-da-nota-fiscal-eletronica/>. Acesso em: 10 Nov. 2021.

VINCO. **Por que a emissão de NFC-e e NF-e são lentas no meu sistema?.** 2019. Disponível em: <https://blog.vinco.com.br/nfc-e-e-nf-e-emissoes-lentas/>. Acesso em: 03 Nov. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LIBERDADE DE IMPRENSA X DIREITO À PRIVACIDADE

RYANE MUNHOZ DE ALMEIDA COSTA:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário FAMETRO

RESUMO: O presente trabalho busca discorrer sobre a colisão entre os direitos de imprensa e privacidade, que mesmo estando presentes no hall dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, apresentam discrepâncias entre si, e sabendo que nenhum direito é absoluto e há divergências em se tratando de qual deveria prevalecer em determinados casos concretos, busca uma "solução". Esse debate é relevante levando em consideração a existência de situações em que conteúdos jornalísticos foram tirados de circulação na internet em nome do respeito à privacidade e à vida pessoal das pessoas e a crescente discussão se os meios de comunicação poderiam ser impedidos de publicar certas notícias previamente sem serem considerados atos de censura. Para tanto, analisará os direitos e garantias das pessoas frente à violação dos mesmos. Pretende-se também ressaltar a relevância social e jurídica do direito à privacidade e suas garantias. Nesse sentido, o presente artigo tem o objetivo de estudar e expor os casos, tanto de colisão quanto de harmonia dos dois direitos em si.

Palavras-Chave: Liberdade de Imprensa. Direito à Privacidade. Liberdade de Expressão. Direitos e Garantias Fundamentais.

Abstract: The present work seeks to discuss the collision between the rights of the press and privacy, which, even though they are present in the hall of fundamental rights provided for in Article 5 of the Federal Constitution of 1988, present discrepancies between them, and knowing that no right is absolute and there are divergences in which one should prevail in certain specific cases, seeks a "solution". This debate is relevant taking into account the existence of situations in which journalistic content was taken from circulation on the Internet in the name of respect for people's privacy and personal life and the growing discussion of whether the media could be prevented from publishing certain news previously without being considered acts of censorship. To this end, it will examine the rights and guarantees of people in the face of their violation. It is also intended to highlight the social and legal relevance of the Right to Privacy and its guarantees. In this sense, this article aims to study and expose the cases of both collision and harmony of the two rights themselves.

Keywords: Freedom of the Press, Right to Privacy, Freedom of Expression, Fundamental Rights and Guarantees.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1. Introdução – 2. Desenvolvimento: 2.1 Liberdade de Imprensa; 2.2 Direito à Privacidade; 2.3 Sobre a Colisão dos Direitos Fundamentais; 2.4 Sobre as circunstâncias no caso concreto. 3. Conclusão. 4. Referências.

INTRODUÇÃO

A liberdade de Imprensa é um dos mais importantes direitos básicos garantidos pela Constituição Federal de 1988, no contexto de um país que tinha acabado de sair de uma ditadura baseada principalmente na censura. Por essa razão, tem sido objeto de muitos debates, especialmente no que concerne ao embate com outros direitos e garantias tão importantes quanto, como por exemplo, o direito à privacidade.

As notícias veiculadas pela mídia são um dos principais objetivos de processos que chegam ao tribunal. De um modo geral, as partes pedem indenização ou a retirada de uma informação, e isso naturalmente causa uma discussão sobre o confronto entre dois direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Por um lado, existem meios de comunicação que defendem o seu direito de saber e de criticar, independentemente de quem se oponha aos meios de comunicação. Se há honra, intimidade, vida privada e imagem de um lado, há liberdade de expressão e informação do outro.

Na opinião da ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, durante o julgamento do REsp 984.803, quando ocorre o confronto entre eles, nenhuma solução pode ser encontrada privando-os desses direitos. Diz ela:

> "Ao contrário, cabe ao legislador e ao aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio onde os dois princípios mencionados possam conviver, exercendo verdadeira função harmonizadora"

Há de se destacar que não há direito fundamental mais importante do que o outro, a Constituição atribui valores igualmente proporcionais a todos, o que gera toda discussão em torno do que deve prevalecer em um possível conflito entre eles.

DESENVOLVIMENTO

1. LIBERDADE DE IMPRENSA

A liberdade de imprensa é o alicerce de todo país democrático. Por meio dela, as pessoas podem exercer seu direito de conhecer e participar da cidadania e compreender a realidade pública. Por outro lado, por mais básica que seja, a liberdade de informação deve respeitar suas restrições internas e externas, especialmente o direito à igualdade de hierarquia normativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No Brasil, a Constituição de 1988 preservou a liberdade de imprensa e informação no rol dos direitos fundamentais, utilizando para sua disciplina o artigo 5º, incisos IV, V, IX, XII e XIV.

É um direito essencial que assume o papel de fiscalizador do Estado, posicionando-se como contraponto ao poder formal e legalmente instituído. A existência de oposição, contradição e desacordo é necessária em qualquer democracia.

O silogismo grego provou o poder do conflito entre pensamento e realidade para alcançar resultados evolutivos e é assim que, a liberdade de imprensa se torna necessária socialmente.

2. DIREITO À PRIVACIDADE

O direito à privacidade está previsto no art. 5.º, inciso X da Constituição, que garante, entre outros, o direito à personalidade, sendo eles: intimidade, vida privada, honra e imagem.

Esta cláusula trata da inviolabilidade desses direitos e do direito à indenização nessas circunstâncias. Eles são indisponíveis, inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e impenhoráveis. São também indispensáveis às condições humanas.

A importância da privacidade nos últimos anos é inegável, se trata de um retrato de nossa sociedade atual, dominada pela mídia de massa e das famosas e presentes redes sociais, o que ocasiona uma mudança no conceito de privacidade. Portanto, a lei precisa se ajustar e desenvolver suas ferramentas para melhor compreender e proteger o direito à privacidade.

Além disso, utiliza o direito da personalidade, principalmente como um marco de direitos básicos, e também revela a necessidade de seu tratamento cauteloso e adequado das questões sociais contemporâneas. Este é um problema básico do direito privado moderno, e nem a legislação nem a política pública podem ignorá-lo.

3. SOBRE A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução histórica dos direitos fundamentais experimentou o conceito de dimensões ou gerações. O primeiro termo tem sido utilizado por alguns estudiosos para transmitir a ideia de coexistência de direitos fundamentais.

Portanto, a alegação é que a geração da nomenclatura pode estar erroneamente associada ao ciclo. No entanto, quando se trata de outra geração, os direitos básicos não terminam. Eles simplesmente coexistem. Como mostra Novelino (2008, p. 223):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> "Os direitos de defesa caracterizam-se por exigir do Estado, preponderantemente, 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."

O mesmo autor profere lição acerca dos direitos prestacionais, afirmando que eles:

> "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 à prestação materiais e jurídicas". (NOVELINO, 2008, p. 223).

A discussão entre a liberdade de imprensa e o conflito entre os dois direitos fundamentais da liberdade de informação e o direito da personalidade mostra a importância do equilíbrio em casos específicos.

No entanto, ao analisar teses de estudiosos sobre o peso dos conflitos de direitos fundamentais e soluções judiciais na Europa, especialmente na Itália, eles fizeram uma reflexão mais ampla sobre o tema.

Pode-se agora concluir que esses dois direitos fundamentais podem coexistir e nenhum deles tem precedência sobre o outro. Para alguns doutrinadores, o direito à privacidade inclui um direito mais amplo à intimidade.

André Ramos Tavares (2013, p. 528), por exemplo, entende que o direito à privacidade está ligado ao direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das comunicações e ao segredo, dentre outros direitos.

Segundo ele, com base no direito à privacidade:

> "Apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações, manifestações e referências individuais, e, no caso da divulgação, decidir quando, como, onde e a quem".

Para o autor, esses elementos são derivados da família ou da vida privada do cidadão, incluindo fatos, hábitos e pensamentos. Segundo Gilmar Mendes (2007, p. 367) privacidade inclui também comportamentos relacionados às relações profissionais e de negócios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Estes são dados da vida privada que os indivíduos não desejam tornar públicos. Por outro lado, a intimidade está relacionada às relações familiares e amizades mais próximas. José Afonso da Silva (2006, p. 206) também inclui as relações íntimas na privacidade pessoal em sentido geral e amplo.

Ives Gandra Martins (2010, p. 367) , Gilmar Mendes (2010, p. 367) e Carlos Valder do Nascimento (2010, p. 367) acreditam que a privacidade é uma condição para o desenvolvimento da personalidade. É preciso lembrar que, nos debates acadêmicos, jurídicos e políticos, a liberdade de expressão é lembrada há muitos anos como sinônimo de democracia brasileira. Vale também salientar que a liberdade de expressão engloba a liberdade de informação, mas é necessário fazer uma distinção entre elas.

Apesar da aparente conexão existente entre liberdade de expressão e liberdade de informação, a diferença entre uma e outra é importante no debate.

A liberdade de expressão engloba fatos, opiniões, juízo de valor, crenças e pensamentos do jornalista sobre determinado assunto. De acordo com Gilmar Mendes (2008, p. 360):

> "A liberdade de expressão abarca: toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não (...)".

Um atributo relevante da liberdade de informação é a sua base em notícias e fatos que presumem-se verdadeiros ou ao menos revestidos de veracidade. Pela interpretação da obra de José Afonso da Silva (2010, p. 250), é possível concluir que a liberdade de informação é ampla e não se limita a liberdade do jornalista ou até mesmo do dono da empresa de comunicação:

> "A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial".

Com base na doutrina brasileira, Barroso (2013, p. 14) também distingue entre liberdade de informação e liberdade de expressão. Para ele, o primeiro inclui a troca de fatos e o amplo direito de saber.

Segundo Barroso (2013, p. 20), a segunda função é proteger pensamentos, opiniões, juízos de valor e qualquer expressão do pensamento humano. No imaginário da imprensa, a liberdade de expressão e informação é um direito garantido pela Constituição, pelo que não pode ser restringido de forma alguma.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Embora a liberdade de expressão, pensamento e informação muitas vezes seja considerada sinônimo de liberdade e uma sociedade democrática, alguns estudiosos entendem que a Constituição Federal de 1988 restringe a liberdade de expressão. É o caso do ministro Gilmar Mendes.

4. SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO

A existência das redes sociais acentua a discussão em relação à colisão desses dois direitos fundamentais, isso porque se olharmos para realidade social atual, dificilmente encontra-se alguém que não esteja inserido na vida virtual. Ao passo que é benéfico de várias formas, também traz certas discussões em relação à limites.

Muito se falou nos últimos meses em relação à liberdade de expressão nas redes sociais, uma das discussões mais recentes foi o questionamento de uma pessoa influente em relação à liberdade de expressão e a constante tentativa de se convencer que a mesma não engloba discurso de ódio, logo, todo direito, mesmo sendo fundamental, tem suas limitações.

Ainda usando a pauta do discurso de ódio, este é um bom exemplo para demonstrar parâmetros em relação à liberdade de expressão, até que ponto somos livres para falar o que pensamos? E se o que eu penso ferir um direito de outra pessoa? E a imprensa? De que forma esta possui responsabilidade sobre o que é propagado?

Na teoria parece ótimo, mas como mediar, na realidade, o direito das pessoas de manter privada sua intimidade, aquela esfera mais íntima que define seu ser, suas opiniões, suas vontades, seu modo de viver e a liberdade total e irrestrita da imprensa?

A liberdade de imprensa é a possibilidade de jornais, revistas, sites, blogs ou qualquer outro meio de comunicação propagarem notícias sem qualquer restrição ou tipo de censura, e não deixa de fazer parte da liberdade de expressão. É um direito universal.

Vale ressaltar que o direito de expressão se difere do direito de divulgar informações, Jean François Revel (1999, p. 207) faz importante distinção entre a livre manifestação de pensamento e o direito de informar, apontando que a primeira deve ser reconhecida inclusive aos mentirosos e loucos, enquanto o segundo, diferentemente, deve ser objetivo, proporcionando informação exata e séria.

A proteção constitucional à informação é relativa, havendo a necessidade de distinguir as informações de fatos de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Uma coisa a destacar é que a liberdade de imprensa é fundamental nas democracias, já que aquele que exerce poder no nosso país, o exerce por delegação, ou seja, dá-se poder e autoridade para que os agentes políticos ajam em nosso nome, e a imprensa faz com que esse trabalho seja feito com mais transparência para exercício de um controle social.

Segundo Celso de Mello (2005, decisão):

> "Direito à crítica jornalística é uma prerrogativa constitucional cujo suporte legitimador repousa no pluralismo político e representa um dos fundamentos inerentes ao regime democrático."

A liberdade de expressar e/ou fazer uma crítica, é notadamente algo de interesse público, e o acesso às informações dão a todos os cidadãos independentemente de sua condição, a possibilidade de formar juízo de valor sobre as coisas que acontecem.

De modo que um possível controle da imprensa se mostra algo preocupante para qualquer democracia, já que flerta com regimes autoritários e totalitários que não medem esforços para censurar e controlar tudo que acontece tanto na esfera pública quanto na esfera privada.

A Constituição se mostra tão protetora do direito fundamental de liberdade de imprensa que resguarda até mesmo o sigilo da fonte, como prevê o art. art. 5º, inciso XIV:

> **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:
>
> **XIV** - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Como exposto, a imprensa tem liberdade e proteção para divulgar, porém, esse direito encontra limites, como a observação de certa notícia é ou não de interesse público, e mesmo se for, se essa notícia atenta contra uma esfera de individualidade de terceiro.

No entanto, não há o que se considerar certa individualidade em casos de extrema relevância em relação ao interesse público, como quando alguém comete um crime ou se envolve em um escândalo de corrupção, não há o que se considerar na esfera de proteção de imagem e intimidade, já que talvez, a divulgação ofereça uma proteção adicional à sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Parte da doutrina entende que, levando em consideração figuras públicas como políticos, atletas e artistas "optaram" por uma maior exposição, de forma que sua vida pessoal acaba se tornando naturalmente de interesse das pessoas.

Nesses casos, a liberdade de divulgar informações deve ser ampliada, enquanto o direito à proteção de imagem da vida privada acaba sofrendo uma restrição proporcional, ressaltando que isso não significa que essas pessoas não tenham sua intimidade protegida, já que se alguma informação é divulgada e por acaso acaba não sendo de interesse público ou extremamente vexatória, podem ser resguardadas e aquelas que divulgaram, responsabilizadas.

Esse entendimento acabou prevalecendo, gerando a edição da Súmula 221 do STJ, segundo a qual: "São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação".

Segundo Ramon Daniel Pizarro (1999, p.92), em seu livro "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", mesmo que a censura seja proibida, os juízes podem impedir a publicação total ou parcial de certas publicações ou impedir sua distribuição em circunstâncias especiais, para prevenir ataques graves e ataques arbitrários à intimidade, honra ou imagem de uma pessoa.

Isidoro Goldenberg (1993, p.101) aprofundou este entendimento em sua "Indemnización por Danos y Perjuicios". Afirmou que a liberdade de informação se rege pelo princípio da igualdade perante a lei, não absoluta. A imprensa é responsável pelos atos ilícitos cometidos por meio dela, o que torna o direito de prejudicar a honra ou a intimidade através da mídia não existente.

Em um regime pós-ditadura, é necessário garantir que as pessoas tenham acesso à informação como forma de cidadania e participação nas democracias emergentes. Para garantir tal acesso, assegurou-se também a liberdade de imprensa, para que os meios de comunicação pudessem buscar essas informações e as repassar às pessoas sem qualquer limitação.

Tem-se firmado entendimento no sentido de que, havendo antinomia entre os princípios, prevalecem os direitos da personalidade, em especial em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da CF, como bem esclarece Pedro Pais Vasconcellos:

> "Os direitos da personalidade são supralegais e hierarquicamente superiores aos outros direitos, mesmo em relação aos direitos fundamentais que não sejam direitos da personalidade, como, por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> exemplo, o direito de imprensa, que não se insere entre os direitos da personalidade. (VASCONCELLOS, Pedro Pais. Proteção de dados pessoais e direito à privacidade. In: Direito da Sociedade da Informação. 1999. v. I., p. 36)."

Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> "LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. O Tribunal, por maioria, não conheceu do pedido, julgando extinto processo sem julgamento de mérito, contra os votos dos Senhores Ministros Carlos Britto, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Senhor Ministro Marco Aurélio por ter-se ausentado ocasionalmente. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.12.2009. (STF –Tribunal Pleno – rel. ministro Cezar Peluso – Rcl 9428/DF)"

Os direitos à intimidade e à vida privada também são invocados pelo ministro Joaquim Barbosa como limitação para a liberdade de comunicação social. Ele menciona o inciso X, do art. 5º, da Constituição que prevê a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Como bem atesta o mestre Pontes de Miranda (1995, p. 5):

> "(...) no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento objetivo é ser humano e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No caso de violação de privacidade, Gilmar Mendes (2010, p.75) e José Afonso da Silva (2010, p. 75) destacaram que quem busca órgãos judiciais têm direito a indenização nos termos da Constituição. A legislação penal brasileira prevê o direito ao esquecimento para proteger as pessoas que foram condenadas e cumprem penas.

O Artigo 93 do Código Penal estipula que os criminosos têm o direito de se reformar depois de cumprir sua pena ou depois que a pena for removida. O artigo 748 da Lei de Processo Penal estipula que os antecedentes dos reabilitados não devem referir-se a condenações anteriores: "ou a provas retiradas dos livros do tribunal, a não ser que sejam solicitadas pelo juiz criminal".

É importante enfatizar que as circunstâncias de um caso específico são relevantes. Quando há conflito de direitos fundamentais, é necessário considerar o que prevalece quando os dois direitos fundamentais são ameaçados. Gilmar Mendes lida com julgamentos de peso na busca de soluções.

Este juízo, de acordo com o ministro, está ligado ao princípio da proporcionalidade e pode ser feito tanto pelo juiz quanto pelo legislador. André Ramos Tavares (2013, p.257) lembra que o Direito brasileiro não prevê expressamente o critério da proporcionalidade. Mas afirma que este critério tem base jurídica no art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. Diz o dispositivo:

> "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Segundo André Ramos Tavares (2013, p.75), o critério da proporcionalidade tem função relevante para a racionalidade do Estado Democrático de Direito. Isso porque "garante o núcleo essencial dos direitos fundamentais através da acomodação dos diversos interesses em jogo em uma sociedade".

Para ele, este critério é um instrumento importante de solução de conflitos porque otimiza princípios. Segundo o autor, é relevante um só pensamento de princípios quando há conflitos no caso concreto. Paulo Bonavides (1998, p. 231) também trata do critério da proporcionalidade quando há a colisão de dois direitos fundamentais.

Um dos fatores a ser ponderado, para Gilmar Mendes (2008, p. 30), é o peso abstrato do direito em questão. Ele entende que a prevalência de um direito sobre outro tem sua base nas peculiaridades do caso concreto. Afirma ainda que, em um confronto de princípios sobre um caso concreto, é preciso buscar a conciliação entre eles.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O exemplo usado pelo ministro é o de uma notícia sobre a vida de alguém. Neste cenário, dois direitos fundamentais podem entrar em atrito: privacidade e liberdade de expressão. Para o ministro, é preciso considerar as circunstâncias do caso concreto e os interesses em conflito.

Sobre o tema mencionado, ele diz que se o personagem retratado na notícia tiver vida pública ativa, é mais provável que a sua vida particular seja prestigiada. E isso não irá significar "recusa do direito à privacidade à personalidade pública".

CONCLUSÃO

Como exposto ao longo do artigo, direitos constitucionalmente assegurados também podem estar sujeitos a colisões e relativizações, exemplo é o assunto apresentado, a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, os quais têm colidido excessivamente nos últimos tempos.

O direito à privacidade é imanente da personalidade humana, ou seja, é aquele que se constitui pelo simples fato de ser o homem ser humano, na realidade são efeitos do fato jurídico personalidade.

Por outro lado, a liberdade de imprensa encontra um descanso no pensamento, "portanto, envolve o primeiro momento interno de formação do pensamento e outro momento externo em que o pensamento se manifesta", incluindo a liberdade de pensamento e a liberdade de pensamento.

Idealmente, não só a imprensa é eficaz, mas também aqueles que fornecem à imprensa informações que se transformarão em notícia, devem ter em mente a necessidade de proteger os direitos das pessoas envolvidas na história e, pelo menos, investigá-los antes de publicar a notícia.

Uma mídia livre e questionadora é essencial para uma sociedade democrática, mas se não respeitar a dignidade humana, nenhuma sociedade pode ser chamada de desprovida de apoio, porque se não respeitar os indivíduos que a constituem, poderá até ter um corpo que aparentemente garanta sua estrutura, mas este corpo estará desprovido de alma.

Na sua essência, o conflito de direitos fundamentais ocorre no âmbito dos princípios, pois "os direitos fundamentais são conferidos por normas jurídicas que são essencialmente características de princípios", e não são resolvidos pelo padrão do conflito de normas; não há o que falar sobre eficácia ou o princípio da invalidez.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Portanto, a sua resolução se faz pela ponderação dos direitos postos em situação de conflito, com base nos princípios da Unidade da Constituição, da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.https://jus.com.br/artigos/27053/liberdade-de-imprensa-e-privacidade-principio-em-colisao/

AMARAL, Luís. Técnica de Jornal e Periódico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969. AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 12 ed. São Paulo: Maheiros, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo – A construção de um conceito jurídico a luz da jurisprudência mundial. São Paulo: Fórum, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação – algumas aproximações. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao. Acesso em 17/08/2013.

CARNÁRIO, Pedro. STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez. Direito de Informar. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa. Acesso em: 07/06/2013.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=244344&caixaBusca=N. Acesso em: 28/08/2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Entrevista. Disponível em: www.conjur.com.br/2009-out-25. Acesso: 30/08/2013.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. rev. Portugal: Almedina, 1993.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de Informação e Liberdade de Expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOUAISS, A. & VILLAR, M. de S. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, Objetiva, 2011.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Altas, 2008.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação. Disponível em: http://brasiliaemdia.com.br/component/content/article/148-edicao-845/1578-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao. Acesso em: 09/09/2013.

MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do.

Tratado de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

Curso de Direito Constitucional.São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Fialho. Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação. Disponível em: http://brasiliaemdia.com.br/component/content/article/148-edicao-845/1578. Acesso em: 09/09/2013.

REALE, Miguel. Os Direitos da Personalidade. Disponível em: http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm. Acesso em: 12/09/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Publico. São Paulo: Malheiros, 1992.

TAVARES, Andre Ramos. Curso de Direito Constitucional 11 Ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7ª ed. atual. aum. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004

CALDAS, Pedro Frederico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional. 6ªed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.

PIZARRO, Ramon. Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Hammurabi. p. 325.

OLDENBERG, Izidoro. Indemnización por daños y prejuicios. Hammurabi. p.363-365.

CONTABILIDADE GERENCIAL COMO FERRAMENTAADMINISTRATIVA NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO PARA EMPRESAS DE MÉDIO E PEQUENO PORTE.

ELIVÂNIA PATRÍCIA CARRETA: Graduanda do Curso de Ciências Contábeis na Fundação Educacional de Fernandópolis-FEF.:

ROSANA LIMA COTRIM[8]
(coautora)
DANIELA BORELI
(orientadora)

RESUMO: Este trabalho tem por finalidade demonstrar como os relatórios contábeis podem ser usados para a tomada de decisões como ferramenta gerencial e ferramenta administrativa para as empresas de médio e pequeno porte. Os relatórios contábeis podem juntamente com os processos e ferramentas adequadas minimizar os riscos nas tomadas de decisões. A partir de pesquisa de referencial teórico, refere-se a uma revisão das pesquisas e discussões feitas por outros autores sobre o tema que será abordado neste trabalho. Serão indentificadas maneiras demelhorar os processos de decisões, utilizando-se das ferramentas da contabilidade gerencial. O trabalho tem por objetivo resumir de modo claro e sucinto os resultados do referencial teórico sobre a temática abordada, esclarecendo sobre a importância da contabilidade no gereciamento das empresas, e possibilitar o esclarecimento e sobre as vantagens destas ferramentas para as empresa de Médio e Pequeno Porte.

PALAVRAS-CHAVE: Micro e Pequenas empresas; Contabilidade Gerencial; Ferramentas Administrativa para tomada de decisão.

ABSTRACT: This work aims to demonstrate how accounting reports can be used for decision making as a management tool and administrative tool for medium and small businesses. Accounting reports can, together with the appropriate processes and tools, minimize risks in decision-making. Basedon research with a theoretical framework, it refers to a review of research and discussions carriedout by other authors on the topic that will be addressed in this work. Ways to improve decision processes will be identified, using management accounting tools. The work aims to clearly and succinctly summarize the results of the theoretical framework onthe topic addressed, clarifying the importance of accounting in the management of companies,and providing clarification on the advantages of these tools for Medium and Small Businesses .

8 Graduanda do Curso de Ciências Contábeis na Fundação Educacional de Fernandópolis-FEF

KEYWORDS: Micro and Small Businesses; Management accounting; Administrative Tools for Decision Making

1. INTRODUÇÃO

As ferramentas da contabilidade não podem ser utilizadas somente como atendentedas necessidades fiscais, mas como uma importante ferramenta para a gestão e tomada de decisão. As empresas estão em busca de resultados no tempo hábil e com qualidade. No cenário econômico nacional, as micro e pequenas empresas tem relevante importância, logo a utilização da Contabilidade Gerencial é essencial, pois o uso de suas ferramentas objetiva acabarcom suas fragilidades e aumentando sua taxa de sobrevivência. (DAMASCENO, 2014). Os princípios da contabilidade são um conjunto de regras, normas e conceitos que norteam a ciência contábil.Tais princípios foram obtidos por meio de consenso entre classe contábil e os demais usuários da informação contábil.(ATHAR, 2005.p. 45-46). O IMA *(Institute of Manangement Accountants)* definiu contabilidade como o processo de indentificação, mensuração, acumulação, análise, preparação, interpretação e comunicação de informações financeiras e não financeiras usadas pela gestão para planejar, avaliar e controlar a empresa e assegurar uso apropriado e responsável de seus recursos.(LUNKES, 2007).

A contabilidade é, objetivamente, um sistema de informação e avaliação destinado a prover seus usuários com demostrações e análises de natureza econômica, financeira física e de produtividade, com relação à entidade objeto de contabilização. (IUDÍCIBUS, MATINS EGELCKE, 2006).

2. OBJETIVOS DO TRABALHO

O trabalho tem por objetivo resumir de modo claro e sucinto os resultados do referencial teórico sobre a temática abordada, esclarecendo sobre a importância da contabilidade no gereciamento das empresas, e possibilitar o esclarecimento e sobre as vantagens destas ferramentas para as empresa de Médio e Pequeno Porte.

-Demonstrar a importância da Contabilidade gerencial como ferramenta de apoio àgestão, como ferramenta na tomada de decisão.

- Descrever as diversas demonstrações que estão à disposição da empresa, baseando-serevisão da Literatura realizada.

-Caracterizar a Contabilidade Gerencial e sua importância para as Empresas de Médioe Pequeno Porte.

-Esclarecer a melhor forma de Analisar e Avaliar as Demonstrações Contábeis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3. REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 CONCEITUAÇÃO DA CONTABILDADE

Há diferentes opiniões o sobre o surgimento e evolução da contabilidade gerencial, noentanto, ela pode ser divida em quatro grandes períodos: Contabilidade de trocas, de custos, de gestão operacional e de gestão estratégica. .(LUNKES, 2007). A Contabilidade talvez seja tão antiga quanto a própria humanidade. Os documentos comerciais mais antigos datam cercade 3500 a.C e foram encontrados na civilização sumério-babilônica. As raízes das práticas contemporâneas da contabilidade devem-se ao desenvolvimento das organizações e estão relacionados ao controle do patrimônio.(LUNKES, 2007).

Por exemplo, na visão de de Chandler (1982), a análise dos custos de produtos e processos, o uso de custo-padrão e a criação de medidas avaliação que uniram lucro a curto prazo com investimento de longo-prazo (por exemplo, retorno sobre investimentos) eram ferramentas importantes de planejamento e coordenação da produção e avaliação crescente de numerosos e distantes empregados.

As informações geradas pela contabilidade são:

- Balanço Patrimonial;
- Demonstração dos Lucros ou prejuízos acumulados;
- Demonstração do Resultado do Exercício;
- Demostração dos fluxos de Caixa;e (Redação dada pela lei nº 11.638. de 2007).

3.1.1 ANÁLISE DAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS

Segundo Iudícibus (1988), a análise das demonstrações contábeis pode ser conceituadacomo a arte de saber extrair relações úteis, para o objetivo econômico que tivermos em mente, dos relatórios contábeis e suas extensões e detalhamentos. Portanto, pode-se conceituar análise das demonstrações contábeis como uma técnica que extrai dos relatórios contábeis, depurando os dados e gerando índices e informações úteis para a tomada de decisões.(LUNKES, 2007).

3.2 CONTABILIDADE GERENCIAL

A contabilidade gerencial pode ser resumida como um conjunto de normas e procedimentos, como a contabilidade financeira, a de custos e a análise dos relatórios contábeis, que, quando reunidos, trazem informações valiosas para o

processo de tomada dedecisão nas empresas. No atual ambiente de negócios, os contadores gerenciais tornam-se especialistas no apoio a tomada de decisão gerando, informação diversificada, colocando e adaptando ao formato mais adequado e facilitando a tomada de decisão dos demais gestores,segundo Lunkes (2007 pg.8). Dentre as características da contabilidade gerencial destacam-se a identificação, mensuração, acumulação, análise, preparação, interpretação e comunicação das informações coletadas. Tais informações, por sua vez, são utilizadas como base para o processo de avaliação, planejamento, decisão, e controle de recursos financeiros e econômicos do negócio. Atualmente o processo da contabilidade gerencial surge como método de redução de riscos, uma vez que a ação será realizada após análise de dados passados e provisões futuras. Conforme Sá (1971), a Contabilidade Gerencial, através de umsistema de informações, métodos e conhecimento da organização e da utilização do planejamento, fornecerá informações para suprir à demanda de seus gestores, com relatórios que demonstram os resultados por atividades, comparando-se o planejado com o realizado, para análise da gestão organizacional.

Ainda Citando Silva:

> "Ao tratar especificamente da tomada de decisão, Hendriksen e Breda (1999, p. 135) explicam que ela desempenha papel decisivo na Teoria da Contabilidade. Quanto ao estudo da tomada de decisão e o impacto dessas decisões sobre o fornecimento de informações, eles ensinam que podem ser utilizadas duas abordagens: a normativa, quando trata de como aspessoas devem tomar decisões e a positiva quando se busca entender como as pessoas tomam decisões."(Silva, 2010)

3.3 EMPRESAS DE MÉDIO E PEQUENO PORTE

A partir de 2006 foi instituída a Lei Geral das Microempresas e Empresas de PequenoPorte que trata da regulação do tratamento específico e favorecimento às pequenas empresas(Lei Complementar Federal 123/2006), complementada por mais quatro leis complementares

- LC 127/2007, 128/2008, 133/2009 e 139/2011. Esta lei tem como objetivo acelerar e contribuir para o desenvolvimento das EPP (Empresas de Pequeno Porte).

O porte de Microempresa, de acordo com o faturamento conforme o Estatuto das Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei Complementar 123, de 2006, é permitidoque seja atingido o faturamento de até R$ 360 mil por ano. A classificação do faturamento determina que a empresa faça parte do Simples Nacional, além das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

vantagens do Simples Nacional as empresas contam com outras vantagens junto a diversos programas públicos e privados. Pela mesma classificação do Estatuto, uma Empresa de Pequeno Porte pode faturaraté R$ 4,8 milhões por ano. Embora já com maior faturamento e porte, a Empresa de PequenoPorte ainda conta com diversos benefícios e também pode ser Optante pelo Simples. Conforme o faturamento da empresa vai aumentando, é preciso verificar qual é o melhor regime de tributação. Por incrível que possa parecer, nem sempre o Simples é a melhor escolha – portanto é preciso verificar todas as possibilidades.

Classificação da Empresa	**Faturamento Anual**
Grupo I- Empresa de Grande Porte	Superior a R$ 50 Milhões
Grupo II-Empresa de Grande Porte	Igual ou Inferior a R$ 50 Milhões e Superior a R$ 20 Milhões
Grupo III- Empresa de Médio Porte	Igual ou Inferior a R$ 20 Milhões e Superior a R$ 6 Milhões
Grupo IV- Empresa de Médio Porte	Igual ou Inferior a R$ 6 Milhões
Empresa de Pequeno Porte(EPP)	Igual ou Inferior a R$ 4,8 Milhões e Superior a R$ 30 Milhões
Microempresa	Igual ou Inferior a R$ 360 Mil

Fonte: Lei Complementar 123, 2006.

3.4 CONTABILIDADE GERENCIAL NAS EMPRESAS MÉDIO E PEQUENOPORTE.

Por se tratar de um foco mais técnico, a contabilidade não é vista pelas empresas de menor porte como instrumento necessário e eficaz na tomada de decisões e progressão das mesmas, elas veem como mais uma despesa do que uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

necessidade propriamente dita. Considerada um tanto burocrática e de função unicamente oficial, os empresários geralmenteafirmam que o contador externo trata desse assunto e não a incluem como ferramenta de tomada de decisão. Contudo, em diversos pontos da vida da empresa, os gestores se obrigama optar por decisões de relevante importância. Logo, os dados apresentados pela contabilidade não podem ser ignorados. Não se pretende que os empresários se constituam em experts no assunto contábil, mesmo porque não é sua função essencial, mas que o utilizema seu favor.

Longenecker *et al* (1997, p. 515-516) diz que:

> "os administradores precisam ter informações precisas, significativas e oportunas, se quiserem tomar boas decisões; quando se refere ànecessidade de informações financeiras sobre as operações da empresa[...] poucos administradores de empresas pequenas podem esperar tornar- se peritos em contabilidade".

Verdadeiramente os pequenos empresários com a devida observação e entendimentode seus dados podem identificar o desempenho de sua empresa no passado, frente àconcorrência. Segundo Chér (1991, p.47), "[...] os insumos básicos para a utilização dos índices são a Demonstração de Resultado e o Balanço Patrimonial, ambos preparados pela contabilidade"

4. FERRRAMENTAS DA CONTABILIDADE GERENCIAL

4.1 BALANÇO PATRIMONIAL

Segundo Marion (2005, p. 42) o balanço patrimonial é uma ferramenta de sustentação da demonstração contábil, que reflete a situação financeira em determinado período, geralmente no fim do ano ou de um período preestabelecido.

Padoveze (2004) diz que o balanço patrimonial é peça fundamental por excelência, para ele é distribuído todo o resultado das operações financeiras da empresa e das transações de realizaçãoposterior. O Balanço Patrimonial é a relação entre os ativos, passivos e o patrimônio líquido deuma entidade numa data específica, demonstrando assim a sua posição patrimonial e financeira de maneira quantitativa e qualitativa – conceito extraído a partir do CPC PME (R1).

4.2 DEMONTRAÇÃO DO RESULTADO DO EXERCÍCIO

Em todas as orgarnizações empresáriais existe o reconhecimento e objetivo e para ser eter um diferencial no mercado, pois a maioria das empresas de Médio e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Pequeno porte não temo conhecimento para realizar análises das informações que poderiam ser de grande valia. Neste contexto a Demonstração do Resultado do Exercício é caracterizada por Iudícibus e Marion (2010) como uma estrutura organizada e ordenada das receitas, custos e despesas da entidade em dado período. É demonstrada de uma forma dedutiva (vertical), ou seja, das receitas subtraem-se os custos e as despesas e, a seguir, indica-se o resultado (lucro ou prejuízo).

Seguindo este raciocínio, Iudícibus e Marion (2010, p. 234):

> Em se tratando da Lei nº 6.404/767, a definição do conteúdo da Demonstração do resultado do exercício apresenta essa Demonstração de resultado pela forma dedutiva, ou seja, pela forma vertical, com detalhes necessários das receitas, das despesas, dos ganhos e das perdas, mostrando, de maneira clara, o lucro ou prejuízo liquido do exercício. Além desses detalhes, há de se demonstrar também o lucro da empresa por ação, sem que se confunda com a conta de Lucros ou prejuízos acumulados8, em que é executada a distribuição ou a alocação do resultado.

A demostração do Resultado do Exercício apresenta-se maneira clara e sucinta, desde do seu detalhamento das etapas de operações da entidade, até as operações mais simples e gestão. No entanto o Gestor tem disponível dados significativos que dizem respeito as suas escolhas na tomada de decisão e os resultados que vêm sendo obtidos, podendo assim analisar e verificar as formas de estar melhorando suas decisões para resguardar o patrimônio.

4.3 DEMONSTRAÇÃO DOS LUCROS OU PREJUIZOS ACUMULADOS

Para Ribeiro (1997, p. 339) essa demonstração, "evidência o lucro apurado no exercícioe sua destinação e os eventos que modificaram o saldo da conta Lucro ou Prejuízos Acumulados, como ajustes e Reversões de reservas". De acordo com a Lei 6.404/76 em seu art. 186 a demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados discriminará: I - o saldo do início do período, os ajustes de exercícios anteriores e a correção monetária do saldo inicial; II - as reversões de reservas e o lucro líquido do exercício; III - as transferências para reservas, os dividendos, a parcela dos lucros incorporada ao capital e o saldo ao fim do período.

4.4 DEMONSTRAÇÃO DO FLUXO DE CAIXA

A Demonstração dos Fluxos de caixa (DFC) é um dos principais relatórios contábeis para fins gerencias. A Demonstração dos Fluxos de caixa evidencia as

modificações ocorridasno saldo de disponibilidades (caixa e equivalentes de caixa) da companhia em determinado período, por meio de de fluxos de recebimentos e pagamentos. Embora a DOAR seja mais ricaem termos de informação, os conceitos nela contidos, como, por exemplo, a variação do capitalcirculante líquido, não são facilmente apreedidos. A DFC, ao contrário, por ser de linguagem mais simples, possui melhor comunicação com a maioria dos usuários das Demostrações Contábeis. A demostração dos Fluxos de Caixa, indica no mínimo, as alterações ocorridas no exercício no saldo de caixa e equivalentes de caixa, segregradas em fluxos das operações, dosfinanciamentos e dos investimentos. Essa demostração será obtida de forma direta (a partir da movimentação do caixa equivalente e equivalente de caixa) ou de forma indireta (com base noLucro/Prejuízo do Exercício). (MARION, 2009)

4.4 FLUXO DE CAIXA

Através do gerenciamento do fluxo de caixa é possível adquirir a capacidade de analisare diagnosticar problemas futuros que poderá afetar o desempenho operacional e financeiro da empresa, mesmo que no presente se demonstrem resultados econômicos positivos à organizaçãopodem ir à falência por apresentar deficiências em seu caixa decorrente a dívidas a terceiros, e elevados investimentos, dispêndios e outros fatores que afetem seu balanço (BIAZZI, 2005).

4.4.1 MODELO INDIRETO E DIRETO

A primeira parte da demostração dos fluxos de caixa mostra os fluxos das operações. O

SFAS nº 95, do Fasb, permite que as empresas os apresentem uma das seguintes maneiras:

- **Método Direto:** O Método Direto indica os montantes de caixa recebidos dos clientes menos o caixa desembolsado a diversos fornecedores, empregados, financiadores que recebem juros e orgãos que recolhem tributos.

- **Método Indireto:** O Método Indireto inicia com o lucro líquido de um período,e em seguida, faz ajustes para converter as receitas em caixa recebido dos clientes e as despesas em caixa pago ao diversos provedores de bens e serviços.

O *SFAS Nº 95* permite que as empresas indiquem o fluxo de caixa das operações tanto pelo método direto como pelo direto. Uma empresa que adota o método direto, preferido, porémusado menos frequentemente, precisa mostrar uma reconciliação do lucro líquido com o fluxo de caixa das operações na parte inferior da demonstração ou em uma nota explicativa. (STICKNEY, WEIL, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4.4.2 DEMONSTRAÇÃO DO VALOR ADICIONADO

A lei nº 11.638/07 introduziu para todas as companhias abertas a obrigação da elaboração e divulgação da Demostração do Valor Adicionado. A Demonstração do Valor Adicionado evidenciará os componentes geradores do valor adicionado a sua contribuição entreempregados, financiadores, acionistas, governo e outros, bem como a parcela retida para reinvestimento. A Demostração do Valor Adicionado (DVA) surgiu na Europa, principalmentepor influência da Inglaterra, da França e da Alemanha, e tem tido cada vez mais demanda emambito internacional, inclusive em virtude de expressa recomendação por parte da (ONU). A DVA evidencia quanta a riqueza uma empresa produziu, ou seja, quanto ela adicionou de valora seus fatores de produção, e de que forma essa riqueza foi distribuída (entre empregadores, governo, acionistas, financiadores de capital) e quanto ficou retido na empresa. (MARION, 2009).

5. INDICADORES

Os indicadores (ou índices ou quocientes) significam o resultado obtido da divisão de duas grandezas. Contas a Receber (1.500) / Contas a Pagar(1.00) = 1,50 (Índice ou quociente).

5.1 ANÁLISES VERTICAL E HORIZONTAL

Quando fazemos a divisão de uma Grandeza por outra (=1.500)

1.000

Nossos olhos leem no sentido vertical, daí chamamos de Análise Vertical. Quando comparamosos indicadores de vários períodos (vários semetres, anos...) analisamos a tendência dos indíces.Nesse caso, chamamos de Análise Horizontal, pois nossos olhos leem no sentido horizontal. Índice = contas a receber / contas a pagar = Ano 2000/ 1,50 Ano 2001/ 1,46 . (MARION, 2009).

5.2 ÍNDICE DE LIQUIDEZ

São utilizados para avaliar a capacidade de pagamento da empresa, isto é, constituem uma apreciação sobre se a empresa tem capacidade para saldar seus compromissos. Essa capacidade de pagamento pode ser avaliada considerando, *longo prazo, curto prazo ou prazo imediato:*

6. CUSTOS

Os custos de uma empresa resultam da combinação de diversos fatores, entre os quais: acapacitação tecnológica e produtiva relativa a processos, produtos e gestão; o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

nível de atualização da estrutura operacional e gerencial; e a qualificação da mão-de-obra. Uma empresaapura seus custos com vistas:

- ao atendimento de exigências legais quanto a apuração de resultados de suas atividades e avaliações de estoques;
- ao conhecimento dos custos para a tomada de decisões corretas e o exercicio de controles.(MEGLIORINI, 2007).

7. SISTEMA DE INFORMAÇÃO CONTÁBIL

De acordo com Laudon e Laudon (1999), dados são fatos brutos, em sua forma primária (por exemplo, receita gerada na semana, número de produtos em estoque, pedidos da semana etc.). Informação é um conjunto de dados organizados de tal forma que adquirem valoradicional, tornam-se úteis e significativos. Por exemplo, utilizar os dados de receita para aumentar o marketing, de estoque para tomar decisões de compras etc. Já conhecimento é a informação da metade humana que é valiosa e, pode incluir a reflexão, síntese e contexto (DAVENPORT E PRUSTAK, 1998). A contabilidade consiste em um sistema de informação que assegura a coleta, o registro, a acumulação e o tratamento dos eventos, assim como a produção de informação de carácter financeiro e não financeiro.(LUNKES, 2007).

8. ORÇAMENTO

O orçamento pode ser dividido em três etapas, seu planejamento, a execução, e a etapa que compreende o controle, contribuindo dessa forma como uma melhoria em demonstrar quando e onde da aplicação dos recursos, bem como seu acompanhamento e análise de variações e avaliação de desempenho (FISHER, SPRINKLE, WALKER, 2007). O orçamento pode apresentar diferentes características dependendo do segmento da empresa (MERCHANT,1984), do seu porte (ALMEIDA; et al., 2009), estrutura organizacional, estratégia adotada e também pelo ambiente em que atua, envolvendo fatores como dinamismo, competitividade e incertezas (KING, CLARKSON e WALLACE, 2010). Algumas das funções do orçamento são,por exemplo, sua utilização na formação da estratégia e planejamento operacional, no controlee avaliação de desempenho das XIX Congresso Brasileiro de Custos – Bento Gonçalves, RS, Brasil, 12 a 14 de novembro de 2012 organizações (HANSEN e VAN DER STEDE, 2004), avaliação de investimentos (AKALU, 2003), sendo que também possui relevância na comunicação e compartilhamento de informações entre níveis gerenciais (PARKER e KYJ, 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

9. METODOLOGIA

A metodologia a ser utilizada neste trabalho será pesquisa de citação para extrair o máximo de informações sobre o tema escolhido, que enfatiza a importância da ContabilidadeGerencial como Ferramenta Adminsitrativa no Processo de Tomada de Decisão para Empresas de Médio e Pequeno Porte, baseado em autores de livros especializados na área, revistas, periódicos, bem como a Internet em busca de conhecimento.

Trata-se de uma pesquisa de referencias bibliograficas, com o objetivo de descrever e esclarecer as ideias sobre o tema, viabilizando a consideração dos mais aspectos em relação a este tema abordado. A caracterização da pesquisa é qualitativa, pois será analisada a conceituação teórica e as várias linhas de pensamentos com base nos estudiosos do assunto, trazendo a teoria para o dia da dia da empresa de maneira simplificada e de fácil entendimento. Segundo Marconi e Lakatos (1992), a pesquisa bibliográfica é o levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita. A sua finalidade é fazer com que o pesquisador entre em contato direto com todo o material escrito sobre um determinado assunto, auxiliando o cientista na análise de suas pesquisas ou na manipulação de suas informações. Ela pode ser considerada como o primeiro passo de toda a pesquisa científica.

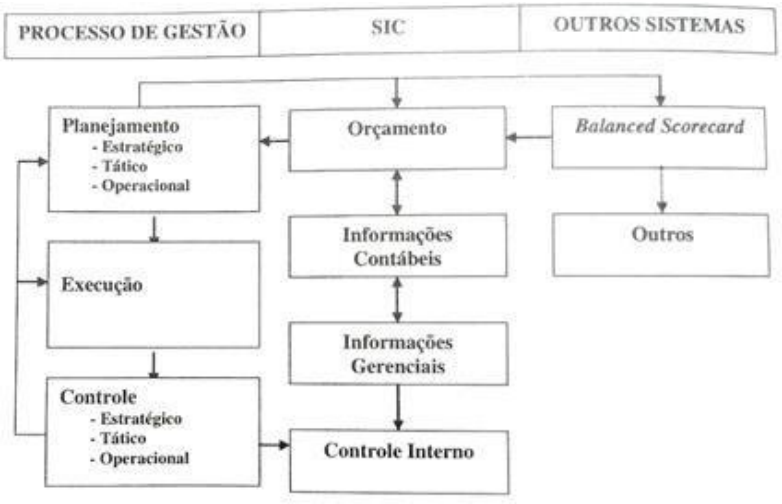
10. RESULTADOS

De acordo com (HENRIQUE, 2008) obteve-se os resultados de que a Contabilidade Gerencial, seus controles e relatórios, são de extrema importância para as empresas de Médio e Pequeno Porte, viabilizando a extração de informações e dados contábeis, possibilitando que a admnistração seja de forma segura viabilizando recursos que possam dar segurança e suporte nas tomadas de decisões. Para (DOS PASSOS, 2010), as empresas já se atentaram para a necessidade do planejamento e controle no acompanhamento das atividades operacionais, a contabilidade gerencial é uma ferramenta fundamental para o auxílio em todo processo de decisão. Com a utilização da contabilidade gerencial a empresa de pequeno porte cria um diferencial em relação à concorrência. E para se fazer esta diferença a empresa em questão precisa começar a adotar algumas ferramentas da contabilidade, como o ponto de equilíbrio que pode trazer redução em custos, pois se sabe que algumas matérias primas têm quantidade mínima para se comprar, e fazendo a análise do pronto de equilibro ela já terá de ante mão informações para aumentar a sua produtividade em relação aquele material, podendo assim saber também quais outros serão necessários para completar a produção. (VISONÁ, 2014). Como Demontra (SILVA, 2008) o gestor empresarial deve cuidar para que a cultura organizacional mude em relação à visão que em geral se tem da estrutura da contabilidade na empresa. A contabilidade gerencial deve ser mais

interativa com os diversos setores, dando informações relevantes de fácil utilização, mas que propicie a utilização da tomada de decisão, a fim de contribuir para que sejam atingidos os objetivos, proporcionando benefícios para a empresa. As informações geradas pela contabilidade gerencial podem auxiliar os gestores a melhorar a qualidade das operações, do planejamento no processo de tomada de decisão da empresa.

II. COMO OS RELATÓRIOS CONTÁBEIS PODEM AJUDAR AS EMPRESA DE MÉDIO E PEQUENO PORTE NO GERENCIAMENTO DE TOMADA DE DECISÃO.

O Processso de tomada de decisão reflete a essência do conceito de administração. Reconhecidamente, administrar é decidir, e a continuidade de qualquer negócio depende da qualidade das decisões tomadas por seus administradores nos vários níveis de organizacionais. O gestor financeiro moderno deve possuir uma visão de um todo da empresa,destacando suas oportunidades, tanto internas como externas. Deve ainda apresentar capacidade de bem interpretar os dados e informações e inferir, a partir dele, comportamentose ações futuras. (NETO Alexandre Assaf, LIMA Fabiano Guasti, 2010). De acordo com Lunkes (2007 pg 14), destaca o processo de gestão envolve um conjunto de atividades do ciclo administrativo, planejamento, execução e controle (figura 1.5).



Fonte: LUNKES, 2007

O Objetivo da análise das demostrações contábeis consiste em extrair informações dasdemostrações, descritas anteriormente, tornando-as úteis à tomada de decisões, mediante o emprego de técnicas espécifica e do próprio conhecimento do gestor. A Análise das Demostrações Contábeis aplica ferramentas analíticas e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

técnicas com propósito de extrair dados relacionados às Demostrações Contábeis, visando gerar estimativas e análise úteis para tomada de decisões. É uma ferramenta de blindagem selecionando investimentos ou empresas para aquisição, assim é uma técnica para analisar as condições financeiras e tendências futuras. (LUNKES, 2007).

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo, concluimos que o estudo atingiu o objetivo de demonstrar a importância dacontabilidade gerencial como ferramenta administrativa no processo de tomada de decisão para empresas de médio e pequeno porte, objetivando melhores resultados e evidenciando aimportância destas ferramentas no processo de tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. B.; MACHADO, E. A.; RAIFUR, L,; NOGUEIRA, D. R. A Utilização do

Orçamento como Ferramenta de Apoio à Formulação de Estratégia, de Controle e de interatividade: Um Estudo Exploratório nas Cooperativas Agropecuárias da Região Sul do Brasil. Revista Contabilidade Vista & Revista, v. 20, n. 3, 2009.

AKALU, M. M. The process of investment appraisal: The experience of 10 large British andDutch companies. International Journal of Project Management, v. 21, n. 5, p. 355-362, 2003.

Artigo 176 da Lei nº 6.404 de 15 de Dezembro de 1976

ATHAR, Raimundo Aben. *Introdução à contabilidade.* São Paulo:Pearson Prentice Hall, 2005.

BIAZZI, Juceli Antonio. Aplicação do fluxo de caixa como ferramenta de gestão financeira às instituições de ensino superior: um estudo de caso. 2005. 171 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Contábeis, Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, 2005. Disponível em: . Acesso em: 16.09.2021.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTO CONTÁBEIS (CPC). Pronunciamento Técnico CPC PME: Contabilidade para Pequenas e Médias Empresas com Glossário de Termos.2009.Disponível em: http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos Emitidos/Pronunciamentos

CHANDLER, A. *Statregy and Structure:* Chapters in the History of the Industrial Entreprise.Cambridgw, MA:MIT Press, 1962.

CHÉR, Rogério. **A gerencia das pequenas e médias empresas:** o que saber para administrá-las, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Maltese, 1991.

DAVENPORT, T.;PRUSAK, L.*Conhecimento Empresarial*: como as Organizações Gerenciam o Capital Intelectual.Rio de Janeiro: Campus, 1998.

DOS PASSOS, Quismara Côrrea . **A importância da Contabilidade no processo de Tomada de Decisões nas empresas.** Lume.ufrgs.br, Rio Grande do Sul, 2010.

DAS GRAÇAS, VIRGÍLIO. A IMPORTÂNCIA DA CONTABILIDADE NO PROCESSO DECISÓRIO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. tcc.bu.ufsc.br/Contabeis292631.pdf. Florianópolis, 2007.

DAMASCENO, SIMONE.CONTABILIDADE GERENCIAL COMO FERRAMENTA DE TOMADA DE DECISÕES PARA EMPRESA DE PEQUENO PORTE – ESTUDO **DE CASO MS INDÚSTRIA LTDA.** acervodigital.ufpr.br/handle/1884/42698. Curitiba Paraná, 2014.

FISHER, J. G.; SPRINKLE, G. B.; WALKER, L. L. Experimental budgeting research: Implications for practitioners. Journal of Corporate Accounting & Finance, v. 18, n. 6, p. 67-75, Set/Out 2007.

HANSEN, S. C.; VAN DER STEDE, W. A. Multiple facets of budgeting: an exploratory analysis. Management Accounting Research, v. 15, 2004.

HENRIQUE, Marco Antonio. A importância da contabilidade gerencial para micro e pequena empresa. https://www.engwhere.com.br/empreiteiros/A-Importancia-da- Contabilidade-Gerencial-para-Micro-e-Pequena-Empresa.pdf. Taubaté, 2008.

IUDÍCIBUS, S. *Análise de Balanços.* 2.ed.São Paulo: Atlas, 1998.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. **Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações: aplicável às demais sociedades.** FIPECAFI. 6. Ed.Ver. E atual. – 8. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006.

KING, R.; CLARKSON, P. M.; WALLACE, S. Budgeting practices and performance in small healthcare businesses. Management Accounting Research, v. 21, 2010

LAUDON, K.C;LAUDON, J.P.*Sistemas de informação.*4 ed.Rio de Janeiro:LTC,1999.Lei Complementar 123, 2006.

LONGENECKER, Justin G. *et all.* **Administração de pequenas empresas.** Tradução: Maria Lúcia G. L. Rosa e Sidney Stancatti, revisão técnica: Roberto L. M. Gliangani. SãoPaulo: Makron Books, 1997.

MARCONI, Marina de Andrade; **LAKATOS,** Eva Maria. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Editora Atlas, 1992. 4a ed. p.43 e 44.

MARION, J. C. Contabilidade Empresarial. 11. Ed São Paulo: Atlas, 2005.

MARION, José Carlos. **Análise das Demonstrações Contábeis: contabilidadeempresarial.**4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEGLIORINI, Evandir. Custos: Análise e Gestão- 2 ed.- São Paulo: Pearson Prentice Hall,2007.

MERCHANT, K. A. Influences on departmental budgeting: an empirical examination of acontingency model. Accounting, Organizations and Society, v. 9, n. 3/4, 1984.

NETO Alexandre Assaf, LIMA Fabiano Guasti. Fundamentos de Administração Financeira,Ed São Paulo: Atlas 2010

PADOVEZE, Clóvis Luis. **Contabilidade gerencial: um enfoque em sistema de informaçãocontábil.**3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PADOVEZE, C. L. Contabilidade Gerencial: um enfoque em sistema de informação contábil.4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PARKER, R. J.; KYJ, L. Vertical information sharing in the budgeting process. Accounting,Organizations and Society, v. 31, 2006.

SÁ, A. L. de. **Contabilidade Gerencial.** São Paulo: Atlas, 1971.

SILVA, CLÉSIO DE CASTRO E. A IMPORTÂNCIA DA CONTABILIDADE GERENCIAL PARA O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO. Monografia apresentada como um dos requisitos para conclusão do curso de Ciências Contábeis do Centro Universitáriode Brasília (UniCEUB). Brasília/DF, Novembro de 2008

SILVA, Vandenir Albuquerque. **Contabilidade gerencial estratégica:** um estudo da percepção dos discentes em contabilidade sobre a importância da gestão estratégica e da teoriados jogos, como suporte à tomada de decisões. 2010. 189 p. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) – Faculdade de Ciências Contábeis,Universidade Federal da Bahia, Salvador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SUAVE Ricardo, CODESSO, Mauricio Mello, Produção científica sobre orçamento: análise das principais características de revistas brasileiras, (UFSC) XIX Congresso Brasileiro de Custos-Bento Gonçalves, RS, Brasil, 12 a 14 de Novembro, 2012.

VISONÁ, ERIKA BISPO. **CONTABILIDADE GERENCIAL ESTUDO DE CASO EM UMA EMPRESA DE PEQUENO PORTE NO MUNICÍPIO DE AURIFLAMA-SP**,CONIC-SEMESP, 14º CONGRESSO NACIONAL DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

GUARDA COMPARTILHADA: UMA ABORDAGEM JURÍDICA ACERCA DA SUA APLICAÇÃO DURANTE O PERÍODO DE PANDEMIA

BRUNA PINTO SALES.
Bacharelanda em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG.

ANDRÉ HENRIQUE OLIVEIRA E LEITE9.

(orientador)

RESUMO: Iniciada no fim de 2019, perpetrada durante todo o ano de 2020 e ainda não finalizada, a pandemia global surgida em meio a expansão do chamado Covid-19 tem feito diversas famílias se adaptarem às novas mudanças exigidas por esse contexto. Frente a esse cenário, o presente estudo tem como escopo discutir de que forma a guarda compartilhada deve ser aplicada no período de pandemia. Busca-se com esse tema, apresentar posicionamentos jurídicos e de outras áreas a fim de encontrar um caminho ideal de lidar com a questão de guarda de filhos durante o período citado. Na metodologia, tem como técnica de pesquisa a referência bibliográfica e como meio de pesquisas, sites de busca, livros, artigos científicos e a norma brasileira. Nos resultados ficou evidente constatar que a guarda compartilhada nesses casos é o melhor caminho para manter as relações familiares no período de pandemia, evitando inclusive a prática de Alienação Parental.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Pandemia. Possibilidade. Direito de Família.

ABSTRACT: Begun at the end of 2019, perpetrated throughout the year 2020 and not yet completed, the global pandemic that emerged amid the expansion of the so-called Covid-19 has made several families adapt to the new changes required by this context. Faced with this scenario, this study aims to discuss how shared custody should be applied during the pandemic period. With this theme, the aim is to present legal and other positions in order to find an ideal way to deal with the issue of child custody during the aforementioned period. In the methodology, the bibliographic reference is used as a research technique and as a means of research, search sites, books, scientific articles and the Brazilian standard. The results showed that shared custody in these cases is the best way to maintain family relationships during the pandemic period, even avoiding the practice of Parental Alienation.

Keywords: Shared Guard. Pandemic. Possibility. Family right.

9 Promotor, Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

Sumário: Introdução. 1. Contextualização da temática. 2. Da guarda compartilhada: aspectos gerais. 3. Análise jurídica da aplicabilidade da guarda compartilhada no período de pandemia. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A união familiar é um dos objetivos encontrados na norma jurídica brasileira, ao qual traz o Direito de Família como sendo o conjunto de normas reguladoras das relações familiares. Como expressa o art. 226 do texto constitucional, a família é considerada como a base da sociedade e do indivíduo.

Apesar de seu foco ser manter a família sempre unida, na realidade social nem sempre isso acontece da forma como o Estado deseja, dado que hodiernamente o desfazimento do vínculo matrimonial é cada vez mais comum, gerando uma ruptura da entidade familiar tradicional.

As separações trazem turbulência e conflitos para a relação familiar. Agressões verbais ou até mesmo físicas entre os ex-cônjuges, disputa por dinheiro e até mesmo a prática de Alienação Parental pode ser encontrada nesses cenários. Diante disso, buscando preservar a integridade física, intelectual e emocional dos filhos, a doutrina jurídica e a jurisprudência vêm colocando como foco principal a guarda compartilhada.

Entendida como uma forma de dar aos genitores a responsabilidade por igual na criação e educação de seus filhos, ainda que não solucione totalmente o problema, a guarda compartilhada há muito vem sendo discutida como a melhor maneira de preservar os vínculos familiares.

Essa questão é ainda mais delicada quando verificada *in loco* numa pandemia. Iniciada no fim de 2019, perpetrada durante todo o ano de 2020 e ainda não finalizada, a pandemia global surgida em meio a expansão do chamado Covid-19 tem feito diversas famílias se adaptarem às novas mudanças exigidas por esse contexto.

Frente a esse cenário, o presente estudo tem como escopo discutir de que forma a guarda compartilhada deve ser aplicada no período de pandemia. Busca-se com esse tema, apresentar posicionamentos jurídicos e de outras áreas a fim de encontrar um caminho ideal de lidar com a questão de guarda de filhos durante o período citado.

Portanto, no decorrer de sua análise procura-se responder: quais os efeitos jurídicos e sociais da aplicação da medida da guarda compartilhada no período de pandemia?

Objetivando verificar os recortes dos estudos acerca Guarda Compartilhada e da pandemia provocada pelo Covid-19, a presente pesquisa almeja encontrar as medidas já utilizadas pela jurisprudência nesses casos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método indutivo e qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de agosto e setembro de 2021.

3. CONTEXTUALIZAÇÃO DA TEMÁTICA

Para melhor compreensão da discussão da temática proposta por esse estudo, se faz necessário tecer algumas linhas gerais sobre o novo cenário social ao qual a prática da alienação parental se encontra. In casu, estar-se a falar sobre a pandemia global existente em razão da expansão do contágio da Covid-19.

Em meados de 2019 ocorreu na China uma contaminação de um vírus oriundo de morcegos (ZHANG, 2020). Até o momento não se sabe como esse vírus surgiu e de que forma ele se desenvolveu. Ocorre que no ano de 2020 tal vírus se espalhou pelo mundo, ocasionando numa pandemia global. Esse vírus ficou denominado de Coronavírus.

O Coronavírus faz parte da família de vírus (CoV) e pode causar uma série de efeitos aos seus portadores, tais como resfriados, febre, tosse chegando até mesmo a doenças mais graves como a Síndrome Aguda Respiratória Severa (SARS) e a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS). (ZHANG, 2020).

Esse novo coronavírus recebeu a denominação SARS-CoV-2 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e a doença que ele provoca ficou conhecida como Covid-19. Desde a sua expansão em território global, o coronavírus tem causado prejuízos de toda ordem, seja social, financeiro, cultural, etc. Ainda vai demorar décadas até de fato dimensionar o seu impacto (MEDEIROS, 2020).

Desde que fora descoberta e expandida, milhares de cidadãos têm sido mortos diariamente ao redor do mundo. Hospitais lotados são apenas um exemplo de como essa doença impactou e ainda assombra a sociedade. Mesmo que não se tenha a cura definitiva, a aplicação de vacinas tem sido amplamente defendida como uma importante medida de prevenção.

O fato é que a sociedade global se modificou com a existência da Covid-19. O novo 'normal' nos dias de hoje é a utilização constante de máscara, a aplicação de álcool em gel,

o distanciamento entre indivíduos e principalmente o isolamento social, conhecido como "fique em casa".

É nesse aspecto que a Covid-19 mais pode ser sentida pela população. Ao ter o comércio, escolas e demais estabelecimentos fechados, o isolamento social provocado pela Covid-19 trouxe uma mudança radical na convivência familiar. No período mais crucial do contágio, o comum era ter todos os membros da família no mesmo local durante um longo período (PEREIRA, 2020).

Essa situação provocou – e ainda provoca – uma série de efeitos sobre a família e a comunidade. A proximidade constante e diária dos membros familiares trouxe uma avalanche de cometimentos de diversos delitos, tais como os casos de violência familiar, de abusos sexuais, de suicídio, de abandono afetivo, alienação parental, dentre outros. Diante disso, tem-se debatido a utilização da guarda compartilhada como forma de combater essas ações. Antes, é preciso entender o que seja uma guarda compartilhada, o que será descrito no tópico seguinte.

4 DA GUARDA COMPARTILHADA: ASPECTOS GERAIS

Com o fim de uma união matrimonial, emerge no Direito de Família a "guarda" em relação aos filhos. Esse termo simboliza uma proteção, uma responsabilidade do pai ou da mãe em relação a um filho. Essa responsabilidade inclui também o afeto. E inserido no cenário de guarda encontra-se a guarda compartilhada.

Conceitualmente, a guarda compartilhada "traduz o direito de ambos os genitores de participar de tudo o que diz respeito à educação e criação dos filhos" SKONIECZNY (2015, p. 01).

Para Marques (2015) a guarda compartilhada é um dever que os genitores possuem no cuidado com os filhos, incluindo todos os aspectos da criação (saúde, educação, lazer, etc.).

Para a lei é "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns" (BRASIL, 2014). Em adição a esse conceito, Costa (2015, p. 01) afirma que "a guarda compartilhada é considerada a situação ideal quando mãe e pai de uma criança não vivem juntos. Ela é considerada a divisão padrão em casos de pai e mãe que não morem na mesma casa".

O tema da guarda compartilhada já existia na jurisprudência desde 2002, tendo já sido julgada nos Tribunais no Brasil, em especial no Rio Grande do Sul, pioneira nos julgamentos sobre essa matéria. No Legislativo, em 2008 foi promulgada a Lei nº. 11.698, que modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, que legislava apenas a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

guarda unilateral. Com a Lei nº. 11.698, a guarda passou a ser unilateral ou compartilhada (MARTINS, 2015).

Todavia, a supracitada lei vinha sendo entendida e aplicada de maneira equivocada. A sua aplicação, por exemplo, no caso da guarda compartilhada era feita apenas quando possível. Na mesma lei, quando ocorria o fim de uma união (civil ou união estável) ambos os pais permaneciam na titularidade do poder familiar, mas sob a iminência da guarda unilateral, onde apenas um dos pais detinha o poder de gestão dos interesses do filho (MARTINS, 2015).

Com os novos arranjos familiares surgindo e com o avanço do conceito de família e sua real responsabilidade sob o indivíduo, em 2014 foi editada a Lei nº. 13.058 que regula toda a sistemática envolvendo a guarda compartilhada. Com essa nova lei, alguns pontos sobre o assunto foram alterados. A priori, a guarda compartilhada passou a ser regra e não "sempre que possível". Essa mudança tem provocado inúmeros debates ao redor do mundo, em especial no meio jurídico.

Costa (2015, p. 01) explica que "a lei é uma tentativa de garantir que mães e pais continuem a ser mães e pais, independentemente de haver ou não relacionamento conjugal. O objetivo é também que o filho saiba que pai e mãe têm o mesmo peso de responsabilidade na vida dele".

Há de se frisar que a guarda compartilhada se objetiva em fazer com que os pais, mesmo diante da sua separação pessoal ou de moradias distintas, possam continuar sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos, seguindo responsáveis pela integral formação da prole, ainda que separados, obrigando-se a realizarem, da melhor maneira possível, suas funções parentais (DIAS, 2018).

Em vista disso, após a promulgação da Lei de Guarda Compartilhada e com a nova redação do art. 1.584, § 2º do Código Civil brasileiro, o magistrado deverá aplicar a guarda compartilhada mesmo sem consenso, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, "salvo se um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho".

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. PRIMAZIA SOBRE A GUARDA UNILATERAL. DESAVENÇAS ENTRE OS CÔNJUGES SEPARADOS. FATO QUE NÃO IMPEDE O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA. EXEGESE DO ART. 1.584, § 2º, DOCÓDIGO CIVIL. DOUTRINA SOBRE O TEMA. ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES DEVOLVIDAS. RETORNO DOS AUTOS AO

> TRIBUNAL DE ORIGEM. 1. Primazia da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme de depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14. 2. Impossibilidade de se suprimir a guarda de um dos genitores com base apenas na existência de desavenças entre os cônjuges separados. Precedentes e doutrina sobre o tema. 3. Necessidade de devolução dos autos à origem para que prossiga a análise do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista as limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória. 4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (Resp 1560594, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 23.02.2016).

Diante do exposto, resta reafirmar que "na guarda compartilhada, pai e mãe têm os mesmos deveres e todas as decisões são tomadas em conjunto. Pais que moram em cidades ou até países diferentes podem dividir a guarda do filho" (KERNBEIS, 2015, p. 01).

Todavia, ainda que a guarda compartilhada seja a regra geral, é preciso que o Magistrado diante do contexto de cada caso concreto, deva observar as circunstâncias fáticas de cada família, ao ponto de decidir qual melhor guarda para o filho (a). Marques (2015) aduz que o juiz deve analisar minuciosamente cada questão relacionada à família da criança, desde questões financeiras, relações afetivas, cotidiano, dentre outros fatores. Em casos onde se verifica que a guarda compartilhada agravaria o litígio entre os genitores, prejudicando assim os interesses dos filhos, deve-se aplicar outras medidas.

Nesse ponto, cabe apresentar a seguinte jurisprudência:

> PROCESSUAL CIVIL. (...) FAMÍLIA. **PRETENSÃO DE ADOÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS MENORES**. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, COM BASE NOS ELEMENTOS E PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS, **CONCLUIU QUE A GUARDA COMPARTILHADA NÃO ATENDE O MELHOR INTERESSE DOS FILHOS**. (...) 2. Esta eg. Corte Superior já decidiu que a guarda compartilhada dos filhos é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar, na medida em que a lei foi criada com o propósito de pai e mãe deixarem as desavenças de lado, em nome de um bem maior, qual seja, o bem-estar deles. 2.1. Contudo, a questão envolvendo a guarda de menores não pode ser resolvida somente no campo legal, **devendo também ser examinada sob o viés constitucional, consubstanciado na observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**, previsto no art. 227 da CF, que também deve ser respeitado pelo magistrado, garantindo-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> lhes a proteção integral, que não podem ser vistos como objeto, mas sim como sujeitos de direito. 2.2. Em situações excepcionais e, em observância ao referido princípio, **a guarda compartilhada não é recomendada**, devendo ser indeferida ou postergada, **como nos casos em que as condutas conturbadas e o alto grau de beligerância entre os seus genitores ao longo do processo de guarda não observam o melhor interesse dos filhos**. 3. No caso dos autos, as instâncias ordinárias concluíram pela inviabilidade da instituição da guarda compartilhada não apenas em virtude da intransigência dos genitores das crianças, mas porque as circunstâncias do caso e a dinâmica familiar indicaram que aquele instituto não atenderia, pelo menos naquele momento, o melhor interesse dos infantes. Alterar tal entendimento demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada em recurso especial, a teor da Súmula nº 7 do STJ. (...) (STJ, AgInt no REsp 1808964/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 09/03/2020, DJe 11/03/2020). (grifo meu)

Com base no julgado acima, depreende-se que o melhor interesse da criança e do adolescente sempre deve prevalecer. Ainda que a guarda compartilhada seja a principal via de apoio familiar e de responsabilidade dos genitores, em determinados casos, como o citado acima, a sua aplicação não será indicada.

De todo modo, a guarda compartilhada ainda é o melhor caminho para que família permaneça unida e que os laços afetivos não sejam negligenciados. No caso do formato compartilhado, há a possibilidade de que a família, mesmo não tendo vínculo conjugal, exista na modalidade parental.

5. ANÁLISE JURÍDICA DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NO PERÍODO DE PANDEMIA

Antes de iniciar a discussão da presente temática, importante mencionar que o direito de convivência previsto no art. 1.589, do CC, é um princípio básico do Direito de Família, extraído da tutela da proteção integral, estando nele incluídos, além da convivência, a companhia, as visitas, o contato permanente e as garantias de efetividade.

A propósito, transcreve-se o presente artigo:

> Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. (BRASIL, 2002)

Vê-se, assim, o direito de convivência permite que ambos os pais possam intervir na formação de seu filho, a fim de exercer o poder parental e aperfeiçoamento dos vínculos afetivos, não se limitando apenas a um mero direito de visitas, já que, a mera visitação impõe uma restrição na responsabilidade dos pais e no direito de convivência que toda criança possui (VÍTOR, 2021).

Ocorre que, como descrito anteriormente, a pandemia causada pela Covid-19 trouxe uma série de consequências de toda ordem. No seio familiar, o seu impacto fora ainda mais intenso, o que acabou dificultando a convivência familiar.

Como uma das medidas de prevenção ao contágio da doença é o isolamento social, desde o início da pandemia, dentro do contexto familiar foi possível verificar uma série práticas delituosas, como por exemplo a Alienação Parental (PEREIRA, 2020).

A respeito dessa realidade, cabe citar a seguinte análise:

> Diante das medidas de segurança que reverberaram no Poder Judiciário, muitos ex-casais se viram diante da necessidade de se restabelecer o diálogo (mesmo que forçadamente) para negociarem novas possibilidades para esse período, pois precisavam encontrar soluções que protegessem os filhos e, em alguma medida, atendessem às expectativas de convivência entre pais e filhos. Para aqueles que não conseguiram resolver consensualmente, o Poder Judiciário foi procurado para dar solução aos conflitos. As demandas que proliferaram nesse momento se referem, principalmente, ao exercício da convivência familiar (SANTI, 2019, p. 160).

rente a um novo cenário familiar encontrado por conta da pandemia, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário brasileiro se posicionaram, a *priori*, na busca de amenizar eventuais problemas. O primeiro deles foi a Recomendação emitida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que dispõe sobre as recomendações para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia da COVID-19. No seu texto, foi possível encontrar o seguinte trecho que versa sobre este tema:

> 18. Que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente. Para tanto, devem ser observadas as seguintes orientações:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> a. As visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida;
>
> b. O responsável que permanece com a criança deve manter o outro informado com regularidade e não impedir a comunicação entre a criança ou adolescente com o outro responsável;
>
> c. Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos à situações de risco de contágio devem respeitar o período de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado;
>
> d. O deslocamento da criança ou do adolescente deve ser evitado;
>
> e. No caso de acordada a visita ou permissão para o período de convivência, todas as recomendações de órgãos oficiais devem ser seguidas;
>
> f. O judiciário, a família e o responsáveis devem se atentar, ao tomarem decisões relativas à permissão de visitas ou períodos de convivência, ao melhor interesse da criança e do adolescente, incluindo seu direito à saúde e à vida, e à saúde da coletividade como um todo.
>
> (BRASIL, 2020)

Nota-se pelo texto acima que se recomendara o afastamento de um dos genitores do lar para que se evite qualquer contato ou risco de contágio da Covid-19 à criança. O intuito, como bem esclarece o teor do texto é a proteção máxima de crianças e adolescentes, e para isso, uma das recomendações era de afastamento de um dos genitores do filho.

Essa recomendação gerou diversas interpretações equivocadas por parte dos operadores de direito que fixaram em suas decisões a suspensão da convivência familiar. Salientam Silva et al. (2021, p. 06) que "a recomendação em nenhum momento menciona algo que motive a suspensão da convivência de modo presencial, todavia, recomenda expressamente que não se coloque em risco as crianças e a coletividade".

Corroborando com os autores acima citados, Vítor (2021, p. 02) afirma que a "nota não implica em uma lei ou regra temporária suspendendo a visita ou a guarda dividida. A

nota apenas entrega uma sugestão, responsável, para os tempos que vivemos, mas em momento algum diminui o peso que uma relação pai/filho possui".

Em determinados casos, onde a Justiça autorizou a suspensão de convivência familiar em decorrência de possível risco para o filho, o genitor responsável se utiliza dessa prerrogativa para aplicar ações que visem o afastamento definitivo do outro genitor, o que caracteriza a alienação parental.

Por se tratar de um cenário novo, ao qual o Poder Judiciário e nem mesmo o Legislativo poderiam esperar, o que se tem enfatizado é que a pandemia não pode e nem poderá sanar qualquer convivência familiar, uma vez que esse ato é um imperativo constitucional, regulado conforme o texto do art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Silva et al. (2021) entendem que não se deve em hipótese alguma sanar qualquer direito da criança e do adolescente em ter convivência familiar, exceto em casos onde há uma justificativa plausível, como o ocorrido na pandemia. Mas ainda assim, defendem os autores, não há e nunca deverá haver espaço e justificativa para qualquer tipo de alienação parental.

Devido a esse fato, após essas contradições, os Tribunais têm se mostrado mais flexíveis no que tange a convivência familiar em tempos de pandemia, com o objetivo de priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente. Algumas decisões tem caminhado no entendimento de que a pandemia não pode sobrepor aos direitos dos pais em ter a convivência familiar com seus filhos. O que se deve ter é uma adaptação temporária, a depender de cada caso concreto.

Ainda sobre esse período, em relação ao posicionamento do Poder Judiciário, o que se nota é que há pouquíssimos casos analisados que tratam diretamente a questão da guarda e convivência diante da necessidade do isolamento social. Além disso, a pesquisa é dificultada pelo fato destes processos tramitarem sobre segredo de justiça. Na maioria dos casos, só "é possível identificar o entendimento da primeira instância a partir do momento que as decisões interlocutórias são objeto de recurso" (ANGELO, 2020, p. 02).

Cita-se ainda um projeto de lei (PL nº 1.627/2020) de autoria da senadora Soraya Thronicke (PSL/MS) que também sugere medidas no âmbito do direito de família e tem um capítulo específico que dispõe guarda compartilhada. Segundo a proposta, o regime de convivência de crianças e adolescentes, qualquer que seja a modalidade de guarda, poderá ser suspenso temporariamente, de comum acordo entre os pais ou a critério de um juiz, para que sejam cumpridas as determinações de isolamento social ou quarentena (BRASIL, 2020).

Dentre outras medidas, insta destacar:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Além dos próprios genitores, a doutrina tem trazido soluções bastante criativas para compatibilizar a convivência familiar com o necessário isolamento social. Por exemplo, pode-se citar a recomendação do atual período sem convivência física com um maior convívio depois a que pandemia for superada, ou analisando as possibilidades da família aplicar a regulamentação das férias, com a criança ficando períodos mais longos, geralmente 15 dias com cada um dos genitores, de modo a reduzir o deslocamento (DORIA, 2020, p. 01).

Independentemente das soluções pactuadas, é importante assegurar que não se sacrifique demasiadamente a convivência familiar, garantindo que o genitor que não reside com a criança tenha contato constante com o filho, ainda que virtual ou telefônico, a fim de que a suspensão do contato físico não implique a fragilização do vínculo afetivo.

Nesse sentido:

> A questão é muito sensível e merece especial atenção. É preciso verificar se esse afastamento específico é realmente necessário para preservar a saúde do menor ou não. Em caso positivo, deve ser utilizada toda a tecnologia disponível para minimizar a distância (internet, smartphones etc.) entre pais e filhos, bem como precisam ser verificadas futuras compensações (PEREIRA, 2020, p. 02).

A compensação citada acima pode ser entendida como uma alternância de períodos com o filho. Como bem explica Pereira (2020, p. 02) para evitar que o filho tenha que se deslocar continuamente, os genitores podem entrar em acordo no sentido de que "cada um possa ficar um tempo estipulado (15 dias por exemplo) com filho, ou estipular um período maior para o filho estar com o outro genitor, após a pandemia".

De todo modo, o importante em todos os casos é garantir o melhor interesse da criança. Em casos específicos pode-se estipular judicialmente um período de afastamento, desde que comprovada eventual risco para a criança, de um dos genitores, ou em casos mais flexíveis, estipular horários de visitas. Os aparatos tecnológicos nesses casos podem – e devem – ser utilizados de forma contínua, porque ajudam a diminuir a ausência física.

Em contraponto ao entendimento do uso da guarda compartilhada como medida para prevenção à delitos na seara familiar, como a alienação parental, a jurisprudência recente tem mantido entendimento contrário ao que vem sendo analisado. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já editou entendimento de que, respeitando o princípio constitucional do melhor interesse da criança, em alguns casos, retira-se a guarda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

compartilhada para implementar a guarda unilateral como forma de evitar a alienação parental.

É um posicionamento contrário ao estabelecido até aqui. Para melhor exemplificar esse entendimento, cabe citar o seguinte julgado:

> CIVIL E PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO SIMULTÂNEO. **AÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE REGIME DE CONVIVÊNCIA E AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL**. GUARDA UNILATERAL DA GENITORA. **IMPOSSIBILIDADE DE GUARDA COMPARTILHADA**. ALTO GRAU DE LITIGIOSIDADE ENTRE OS PAIS. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. APELOS IMPROVIDOS. 1.1 Apelação da autora requerendo a reforma da sentença no tocante à regulamentação de visitas do apelado. [...] 5. Em que pese a guarda compartilhada ser a regra, no caso dos autos não estão presentes os requisitos autorizadores da mesma. 5.1 A comunicação entre os genitores é precária, marcada por insultos e falta de compreensão entre eles. 5.2 **Frente ao alto grau de litigiosidade e ausência de comunicação efetiva entre as partes, a modalidade unilateral com regulamentação de visitas é medida que se impõe para resguardar o melhor interesse dos menores e seu desenvolvimento em um ambiente sadio**. (TJ-DF 00004754920170014- Segredo de Justiça 0000475-49.2017.8.07.0014, Relator: João Egmont, Data de Julgamento: 24/02/2021, 2º Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 09/03/2021). (grifo meu)

No caso acima, ficou evidente que a decisão do respectivo tribunal foi no sentido de que diante da situação fática o melhor caminho a ser adotado é a guarda unilateral, uma vez que os genitores possuem alto grau de litigiosidade. Nesse cenário, para evitar uma possível alienação parental, decidiu-se pela guarda unilateral em favor de um dos genitores, com regulamentação de visitas.

O presente julgado traz uma abertura que essa temática não é de toda unânime, devendo ser analisado cada caso concreto. No período conturbado como a de uma pandemia, a cautela em tomar decisões no âmbito familiar, deve sempre prevalecer.

Sendo assim, cabe mencionar:

> RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. **GUARDA COMPARTILHADA**. LAR DE REFERÊNCIA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> GENITOR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO POSTERIOR**. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. As partes possuem direito subjetivo à produção de provas, em atenção aos Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal, insculpidos no artigo 5º, LIV e LIV, da Constituição Federal. 2. Entendendo o Magistrado de origem estar o panorama fático devidamente demonstrado, desnecessária a realização de prova testemunhal. 3. Todo e qualquer litígio envolvendo a guarda e visitação de filho menor ou incapaz deve ser solucionado sempre no interesse deste, conforme disposição constitucional. 4. **A excepcionalidade da situação de pandemia atualmente vivenciada acarreta a necessidade de maior cuidado com mudanças abruptas na rotina e referência da criança, haja vista a possibilidade de modificação do panorama fático com o retorno à normalidade**. 5. **As decisões que tratam de guarda e a estipulação de visitas não possuem a qualidade da inalterabilidade de seus julgamentos, mas, ao contrário, podem ser revistas a qualquer tempo, desde que modificadas as situações de fato** (artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente). 6. Recurso conhecido e não provido. (TJDFT Processo nº 07501809520198070016 - (0750180-95.2019.8.07.0016 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. 8º Turma Cível. Relator: Eustáquio de Castro. Data de Julgamento: 07/07/2021. Publicado no PJe: 08/07/2021).

No julgado supracitado fica evidente observar que ainda que seja decidido pela guarda compartilhada ou pela guarda unilateral, nos casos onde se verifica a pandemia, a decisão sobre guarda pode perfeitamente ser revisada e modificada, a depender da volta da normalidade, ou seja, quando sanar a situação geradora da decisão, vide o texto do art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, fica claro nesse estudo de que a aplicabilidade da guarda compartilhada em período de pandemia deve ser pautada em cada caso concreto, não havendo uma regra definitiva para todos os casos. Diante da situação excepcional de pandemia, deve-se apurar os fatos e frente do conjunto probatório coligido aos autos, encontrar a situação que melhor respeite o interesse do filho.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Covid-19 surgiu no fim do ano de 2019 na China. Desde então foi se expandindo para outros países até se tornar uma pandemia global. Por conta dessa situação, várias

medidas foram sendo tomadas a fim de diminuir o contágio desse vírus. Dentre as medidas impostas, está o isolamento social.

O isolamento social trouxe uma série de efeitos emocionais, financeiros, estruturais e sociais para os cidadãos. No âmbito familiar, essa medida foi ainda mais intensa, principalmente quando se analisa sob o ângulo de pais morando com seus filhos, ou não.

Em casos onde há filhos de pais separados, a pandemia trouxe uma nova dinâmica nesse tipo de relacionamento. Nesse sentido, a justiça brasileira veio desde então buscando meios legais de resolver a questão da convivência e responsabilidades parentais em período de pandemia.

Desta feita, a escolha inicial desse tema se deu em decorrência de se verificar que a situação trazida pela pandemia trouxe uma nova roupagem nos assuntos de família. As relações familiares tiveram que se adaptar ao novo cenário de modo que o Direito teria que se impor na solução de eventuais conflitos.

Ampliando essa temática, escolheu-se abordar a questão aplicação da medida de guarda compartilhada no período de pandemia. O que se buscou discutir com esse tema é de que forma se efetiva essa medida, no período de isolamento e limitações sociais.

Nos resultados, o que ficou evidenciado é que as decisões judiciais a respeito da aplicação da guarda compartilhada no período de pandemia devem, sobretudo, pautadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como regra fundamental o princípio do melhor interesse da criança. Em determinados casos, é possível conceder a proibição de um dos genitores em visitar os filhos durante esse período.

De outro modo, alguns doutrinadores, como Fritz (2020) acreditam que não se deva de imediato proibir qualquer contato dos genitores nesse período. Nesse ponto, argumenta-se que a guarda compartilhada auxilia ainda mais os filhos no período de isolamento social, onde a solidão e distancia pode prejudicar o desenvolvimento emocional dos filhos.

Há, no entanto, a corrente, ao qual corrobora essa pesquisa, que entende que o melhor caminho a ser percorrido é a adaptação dessa situação, com o auxílio das redes sociais e meios diversos de comunicação nesse período. O genitor ou genitora afastado pode ainda manter contato por meio de conversas online, possibilitando o acompanhamento dos filhos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ANGELO, Tiago. **Sem marco legal para guarda dos filhos na epidemia, pais devem priorizar acordos**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/fica-guarda-compartilhada-tempos-coronavirus>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. **Recomendações do CONANDA para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1627, de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito de Família e das Sucessões no período da pandemia causada pelo coronavírus SARS-CoV2 (CoVid-19). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141455>. Acesso em: 29 ago. 2021.

COSTA, Renata. **Guarda compartilhada: entenda como funciona.** 2015. Disponível em: <http://brasil.babycenter.com/a25011903/guardacompartilhadaentendacomofunciona>. Acesso em: 05 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Finalmente, alienação parental é motivo para prisão**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/maria-berenice-dias-agora-alienacao-parental-motivo-prisao>. Acesso em: 03 set. 2021.

DORIA, Isabel I. Z. **Guarda compartilhada em tempos de pandemia de COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1397/Guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+de+COVID-19>. Acesso em: 07 set. 2021.

FRITZ, Karina Nunes. **Pandemia não pode impedir pai de visitar filho**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/333342/pandemia-nao-pode-impedir-pai-de-visitar-filho>. Acesso em: 07 set. 2021.

KERNBEIS, Dulce. **Guarda Compartilhada: 'Pai não é e não deve ser visita'**. 2015. Disponível em: <http://www.jcnet.com.br/Geral/2015/07/guarda-compartilhada-pai-nao-e-e-nao-deve-ser-visita.html>. Acesso em: 26 ago. 2021.

MARQUES, Alinne. **A Guarda Compartilhada dos Filhos e a Pensão Alimentícia**. 2015. Disponível em: <http://gazetadoadvogado.adv.br/2015/11/11/a-guarda-compar tilhada-dos-filhos-e-a-pensao-alimenticia/>. Acesso em: 27 ago. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

MARTINS, Jomar. **Nova lei da guarda compartilhada tenta fixar papel dos pais**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-21/editada-advogado-porto-ale gre-explica-lei-guarda-compartilhada>. Acesso em: 29 ago. 2021.

MEDEIROS, Daniel. **Coronavírus: impactos históricos e sociais provocados pela pandemia da COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://saudedebate.com.br/noticias/coronavirusimpactoshistoricosesociaisprovocados-pela-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 08 ago. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SANTI, Liliane. **Alienação parental como ela é...** Ibirité: Grupo Editorial Ferro, 2019.

SILVA, Gabriela Eduarda Marques; ONO; Isabela Gautier; NASCIMENTO, Júlia Gaioso; FERRARI, Melissa Mayumi S.; SILVA, Thiago Eduardo Marques. **A pandemia Covid-19: como evitar que o vírus se torne uma escusa para a alienação parental**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.2, p. 13900-13916 feb. 2021.

VÍTOR, Paulo Henrique da Silva. **O aumento da alienação parental em tempos de pandemia**. 2021. Disponível em: <http://silvavitor.com.br/o-aumento-da-alienacao-parental-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

ZHANG, W. **Manual de prevenção e controle da Covid-19 segundo o Doutor Wenhong Zhang**. São Paulo (BR): PoloBooks; 2020.

www.conteudojuridico.com.br

CONTRATAÇÃO DIRETA EM RAZÃO DO VALOR - COMPRAS E SERVIÇOS (ART. 24, I E II DA LEI 8.666/93)

KAROLINY FERREIRA OLIVEIRA: graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: Este trabalho possui como tema a possibilidade de Contratação Direta como sendo uma das espécies de Dispensa de Licitação, tendo como base a jurisprudência que rege o nosso país. O ponto central é em relação a realização do procedimento licitatório, que por sua vez, serve a duas finalidades fundamentais: buscar a melhor proposta, estimulando a competitividade entre os potenciais contratados a fim de atingir o negócio mais vantajoso para a Administração, bem como oferecer iguais condições a todos que queiram contratar com a Administração, promovendo, em nome da Isonomia, a possibilidade de participação no certame licitatório de quaisquer interessados que preencham as condições previamente fixadas no instrumento convocatório. A relevância do tema serve para trazer esclarecimentos sobre as hipóteses de contratação direta, que muitas vezes é realizada de forma irregular ou maculada por uma série de irregularidades, em face a condutas fraudulentas dos agentes públicos.

PALAVRAS CHAVE: Licitação. Dispensa em razão do valor. Contratação Direta. Poder Público. Administração.

ABSTRACT: This work has as it´s theme the possibility of Direct Contracting as one of the species of Waiver of Bidding, based on the jurisprudence that governs our country. The central point is in relation to the holding of the bidding procedure, which in turn serves two fundamental purposes: to seek the best proposal, stimulating competition among potential contractors in order to reach the most advantageous deal for the Administration, as well as to offer equal conditions to all who wish to contract with the Administration, promoting, in the name of equality, the possibility of participation in the bidding of any interested parties who meet the conditions previously established in the summoning instrument. The issue is justified by the relevance of the theme and by bringing clarification on the cases of direct contracting, which is often performed irregularly or tainted by a series of irregularities, due to fraudulent conduct of public agents.

KEYWORDS: Bidding. Waiver due to the value. Direct hiring. Public Authority. Management.

1 INTRODUÇÃO

A Contratação Direta tem sido a ferramenta que o poder púbico tem se utilizado com o intuito de dar celeridade nas compras, possibilitando assim, fazer funcionar o Poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Público de modo eficaz, com uma resposta mais rápida também aos administrados com prestação de serviço. Excluindo a probabilidade de descontinuidade do serviço por falta de itens que se mostram necessários, porém, não consumem o mesmo tempo das outras modalidades que engessam a máquina pública. Como, por exemplo, cabe destacar a contratação de materiais e ou serviços de pequena monta, que não justificam, de fato, a abertura de um processo licitatório com prazos normalmente extensos.

Ao contrário do setor privado, que dispõe de ampla liberdade quando pretende adquirir, alienar, locar bens e contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido conhecido como licitação, que tem como finalidade primordial do seu processo a escolha da proposta de contratação 2 mais vantajosa para a Administração Pública de acordo com os parâmetros fixados no instrumento convocatório. No entanto, apesar da Administração Pública ter a obrigatoriedade de licitar imposta pela constituição, são ressalvadas algumas hipóteses especificadas na legislação para que possam ocorrer Contratações Diretas sem licitações.

Na lei Nº. 8666/93, esses casos excepcionais estão previstos em alguns artigos constituindo hipóteses de inexigibilidade, licitação dispensada, dispensável e vedação. Essas hipóteses, são os institutos da contratação Direta que também serão objeto de estudo dessa monografia, para que assim possa-se adentrar no mérito das exceções que permitem ao Poder Pública a capacidade de contratar diretamente com particulares.

O estudo, portanto, tem como desígnio não só do esclarecimento de como se aplicam as regras de Contratação Direta em razão do valor para compras e serviços, mas principalmente de suas exceções, casos excepcionais especificados na legislação que autorizam a realização de Contratação direta sem Licitação, de maneira que a decisão do gestor público seja facultada ou não, dependendo de cada Instituto da Contratação Direta.

2 DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL ACERCA DO DEVER DE LICITAR

Apesar da Administração Pública ter a obrigatoriedade de licitar imposta pela constituição, são ressalvadas algumas hipóteses especificadas na legislação para que possam ocorrer Contratações Diretas sem licitações. Na lei Nº. 8666/93, esses casos excepcionais estão previstos em alguns artigos constituindo hipóteses de inexigibilidade, licitação dispensada, dispensável e vedação

Essas hipóteses, são os institutos da contratação Direta, para que assim possa-se adentrar no mérito das exceções que permitem ao Poder Pública a capacidade de contratar diretamente com particulares.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Portanto, tem como desígnio não só do esclarecimento de como se aplicam as regras de licitação, mas principalmente de suas exceções, casos excepcionais especificados na legislação que autorizam a realização de Contratação direta sem Licitação, de maneira que a decisão do gestor público seja facultada ou não, dependendo de cada Instituto da Contratação Direta.

De acordo com Mazza (2021), no direito brasileiro, a obrigatoriedade de prévia licitação para celebração de contratos administrativos é uma regra. Contudo, foi atribuída ao legislador pela própria Constituição Federal a autoridade para definir casos excepcionais em que a licitação não é realizada: "(Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública...)".

Portanto, a legislação autoriza a realização de contratação direta sem licitação em casos excepcionais. Adiante serão abordados aspectos gerais do processo de Licitação, seu dever geral de licitar e sua exceção mais conhecida como Contratação Direta.

O doutrinador Gasparini (2012), compreende que a Licitação é o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada (ente público) seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, dentre interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.

Desta forma é dada a oportunidade para que todo o terceiro que esteja empenhado em atender às condições fixadas no edital, tenha a viabilidade de formular uma proposta, que poderá ser escolhida se atender a todos os requisitos e for a mais apropriada para a celebração do contrato.

Em sua obra "Comentários à lei de licitações e contratos administrativos" (2016, p. 309), Filho demonstra essa preocupação em resguardar o princípio da isonomia no processo licitatório com as seguintes palavras:

> É um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina, critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira registrou em seu livro "Licitações e Contratos Administrativo - Teoria e Pratica" a seguinte definição a propósito dos objetos de licitação:

> O objeto da licitação é o conteúdo do futuro contrato que será celebrado pela Administração Pública. Os arts. 1.º e 2.º da Lei nº.

> 8.666/1993 enumeram os objetos da licitação e do contrato administrativo, a saber: obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública. É importante notar, todavia, que o rol é exemplificativo, pois a regra constitucional da licitação se impõe para todo e qualquer contrato administrativo, independentemente do objeto (art. 37, XXI, da CRFB), salvo as hipóteses de contratação direta. É fundamental que o instrumento convocatório (edital ou carta convite) descreva o objeto da licitação de forma „sucinta e clara" (art. 40, I, da Lei 8.666/1993) (2021, p.32).

Dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inciso XXI, acerca do dever de licitar, 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:
>
> (...)
>
> 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 econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Sem grifos no original).

Nesse sentido seguem ensinamentos de Celso Antônio Bandeira e Mello:

> Licitação – em suma síntese - é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O teor do imperativo constitucional é desdobrado pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, segundo o qual estão subordinados ao dever de licitar: órgãos da administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas entidades federativas.

Ademais, o art. 2.º da Lei 8.666/93 exige prévia licitação para contratação da Administração com terceiros relativos a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

Assim, a regra no direito brasileiro é a obrigatoriedade de prévia licitação para a celebração de contratos administrativos. Entretanto, a própria Constituição Federal atribui ao legislador a competência para definir casos excepcionais em que a licitação não é realizada, no que se depreende pela leitura do inciso XXI do art. 37, abaixo transcrito:

> Art. 37. "omissis"
>
> (...)
>
> 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 econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Sem grifos no original).

Assim, excepcionalmente a Lei n. 8666/93 autoriza a realização de contratação direta (casos de inexigibilidade e dispensa) quando verificados os casos exemplificativos previstos nos arts. 24 (dispensa) e 25 (inexigibilidade).

O art. 24 da Lei n. 8666/93 enumera as hipóteses em que a licitação é dispensável, dentre as quais se insere o caso em análise, como será melhor explanado no próximo tópico.

3 DA CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO

O processo de Contratação Direta para Alexandre Mazza (2021) é excepcional, só deverá ocorrer quando a legislação autorizar, pois a regra é a obrigatoriedade de prévia licitação por parte da Administração Pública na celebração de seus contratos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Foi a constituição quem atribuiu ao legislador a autoridade de definir os casos excepcionais em que a licitação não será realizada, assim a redação dada pelo artigo 37, inciso XXI é clara ao comunicar que: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]".

O doutrinador Filho trata de maneira nobre sobre a exceção no dever de licitar, discorrendo de maneira completa sobre o tema, este grande autor da área administrativa trás o seguinte posicionamento:

> É usual afirmar que a "supremacia do interesse público" fundamenta a exigência, como regra geral da licitação prévia para contratações da Administração Pública – o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a Administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. Essa flexibilidade não 13 significa discricionariedade na escolha das hipóteses de contratação direta. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não incidência do regime formal de licitação. A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes (2021, p.328-329).

O procedimento licitatório deve observar os princípios constitucionais, como o da isonomia e impessoalidade. Todavia, conforme ensinamentos de Fernanda Marinela, o art. 37, inc. XXI, da CF limita essa presunção, permitindo a contratação direta sem a realização do certame nas hipóteses ressalvadas na legislação. Desse modo, a contratação direta não representa desobediência aos princípios constitucionais.

A própria Jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), faz questão de deixar claro que, ao escolher o caminho do processo de Contratação Direta não ficará

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

estabelecido que no contrato, com terceiros, haverá vícios de informalidade, já que o processo seguirá rígidas normas procedimentais:

> Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão. Acórdão 994/2006 Plenário (Voto do Ministro Relator Ubiratan Aguiar) (2010, p.174).

O procedimento de Contratação Direta deve ser realizado de maneira minuciosa, obedecendo rigorosamente às leis que o norteiam e obstando às possibilidades de negligência que possam resultar em dano para a Administração. Desta maneira, o acórdão a seguir exemplifica como será responsabilizado o agente público que optar pela Contratação Direta ineficaz.

A legislação prevê hipóteses para que o poder público possa contratar diretamente com particulares e assim garante presunções em seu texto constitucional para que o administrador consiga optar sempre pela proteção dos recursos econômicos do estado, avaliando o custo benefício do procedimento licitatório e decidindo se a competição entre particulares é viável ou não.

No que tange ao juízo do doutrinador Filho (2021), existem custos econômicos relativos a alocação de pessoal, ao cumprimento dos atos materiais da Licitação e custos de tempo referente à demora na realização destes atos, além de muitos outros. Contudo está claro que a licitação também produz 18 benefícios para a Administração Pública, já que pelo menos em tese ela estará efetivando a contratação mais vantajosa devido ao fato de que busca sempre encontrar a melhor proposta, porém em algumas situações, a Licitação acaba se tornando objetivamente inconveniente, pois embora a competição entre particulares possa ser viável, os potenciais benefícios que podem ser obtidos são inferiores as desvantagens previsíveis.

Assim, a legislação disciplina especificamente nos artigos 17 e 24 da Lei 8.666/1993, constatando taxativamente as principais hipóteses de Dispensa de Licitação. Além da legislação, existem também diversas doutrinas que preveem e destrincham o tema,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dividindo os Institutos de dispensa e esclarecendo suas propriedades, elas evidenciam de maneira didática em quais casos estes devem ser aplicados.

Para o doutrinador Fernandes (2016) a própria definição de Dispensa pode ser tratada de maneira mais desmembrada, de tal modo, destaca a diferença entre os Institutos da Contratação Direta, partindo do conhecimento de que os mesmos são compreendidos dentro de diferentes artigos como corrobora a citação a seguir:

> A maioria dos autores pátrios promove a distinção entre licitação dispensada, dispensável e inexigível, seguindo o delineamento básico definido pela Lei nº 8.666/1993, inexistindo, porém, unanimidade sobre o assunto. A licitação dispensada é tratada no art. 17; a dispensável, elencada no art. 24; e a inexigível, no art. 25 da Lei de Licitações. É imperioso reconhecer que, em termos práticos, essa divisão apresenta vantagens, pois há consequências diversas para cada hipótese. A principal distinção entre licitação dispensada, tratada no art. 17, e as dispensas de licitação, estabelecidas no art. 24, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a Administração, no interesse de ceder parte do seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços e, nos casos do art. 24, a situação é oposta, estando a Administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora dos serviços (2016, p.155/156).

E ainda:

> Contratação direta, sem a realização de licitação, não é sinônimo de contratação informal, não podendo a Administração contratar quem quiser, sem as devidas formalidades, o que é denominado procedimento de justificação, previsto no art. 26 da lei.
>
> Visando impedir a fraudulenta utilização dos dispositivos que autorizem a contratação direta, o administrador deverá cumprir alguns requisitos. (Sem grifos no original)
>
> (...)
>
> Destaca-se que na contratação direta, não há qualquer impedimento para que o administrador tome providências para a escolha da melhor proposta, utilizando-se de regras de competitividade mais simples que a exigência de licitação. (Sem grifos no original)

Desta feita, as propostas a serem oferecidas deverão coaduna-se ao limite de valor estabelecido pelo art. 23 da Lei n. 8.666/93, senão vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:
>
> (...)
>
> II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
>
> convite - até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

O supracitado limite foi alterado pelo Decreto n. 6.412/2018, passando a ser o seguinte:

> Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:
>
> (...)
>
> II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:
>
> na modalidade convite - até R$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);
>
> (...)
>
> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Importante frisar que, deve sempre ser observado o limite legalmente fixado para a dispensa de licitação; caso atinja tal limite, as demais contratações para serviços da mesma natureza deverão observar a obrigatoriedade da realização de certame licitatório, evitando a ocorrência de fracionamento de despesa.

4 DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Foi exarado o princípio da eficiência na Carta Política de 1988 a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a vociferada "Reforma Administrativa", passando a ombrear os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, todos previstos no caput do art. 37 da Magna Carta, vindo a ser "parâmetro jurídico como condicionante da atividade legislativa infraconstitucional, da atuação administrativa do Estado e do controle cabível na espécie", em destacada sinopse da publicista Carvalho (2020, p. 196)

O termo "eficiência", no âmbito da administração pública, já foi tratado em outras normas e mesmo na Constituição da República de 1988, anterior à Reforma outrora citada.

Na legislação infraconstitucional, o Decreto-Lei nº 200, de 1967, já dispunha que a supervisão ministerial visaria assegurar a eficiência administrativa da Administração Indireta, bem como "o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem puramente formais ou cujo custo seja evidentemente ao risco".

Nesta condição, a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão no serviço público, atrela a satisfação do serviço adequadamente prestado ao que cumpre as condições de eficiência.

No mesmo estribo, a lei que regula o processo administrativo federal, Lei nº 9.784/99, assevera ser o princípio da eficiência ditame regulador da Administração Pública (CARVALHO, 2020, p. 196). A previsão na CF/88, anterior mesmo à EC nº 19/98, que o princípio da eficiência já margeava o alambrado principiológico constitucional, na sua vertente mais latente, qual seja, o princípio da economicidade, conforme caput do art. 70:

> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder."(BRASIL, 1988. Grifo nosso)

E ainda no art. 74, inciso II:

> Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
>
> (...)
>
> II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado" (BRASIL, 1988)

Di Pietro (2020, p. 75) estabelece dois aspectos ao princípio da eficiência. O primeiro é cabido em relação ao modo de atuação do gestor público. Já o segundo seria o enfoque desse gestor para que obtenha o melhor desempenho possível de suas atribuições com fins a lograr os melhores resultados.

Assim o define Meirelles (2018, p. 65):

> O que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros

A lição primordial de Carvalho (2020, p. 197) informa que o:

> Referido princípio, neste contexto normativo, vincula os comportamentos positivos da Administração em favor dos cidadãos, bem como sua atividade interna instrumental da consecução das atuações finalísticas" e arremata, afirmando que se impõe "diminuir a burocratização e lentidão administrativa, e ao mesmo tempo, de obter um maior rendimento funcional e rentabilidade social, sem desperdício de material ou dos recursos humanos.

Nesta categoria, em apertada síntese, o publicista inglês Dennis Gallingan elucida a efficiency como uma exigência e "o dever de atingir o máximo do fim com o mínimo de recursos" (1986, p. 129 apud ÁVILA, 2018).

Em regra geral, a doutrina entende que tal princípio seja um mandamento de otimização de eficácia plena, cuja consecução não dependa de norma regulamentar. Aqui entendemos sê-lo, da mesma forma, norma cogente a delinear a atividade administrativa, sob todos os aspectos.

Insta ressaltar que a eficiência administrativa não poderá, de forma alguma, sobrepor-se a outros princípios da administração pública, em especial ao da legalidade. Não compete ao administrador justificar atos que carecem de previsão em lei sob o manto da eficiência.

Cabe aqui um leve afastamento: como todo poder emana do povo, e a este são confiados representantes legais para impor os limites ao rei por meio de leis. O

administrador, representando a longa manus do poder real, cabe tão somente acatar e executar o que o povo delimitou sobre sua atividade, nem mais nem menos. Eis, portanto, o princípio da legalidade ser a imposição da sociedade à atividade estatal, não podendo agir por sobre sua autoridade, o que caracterizaria o desvio ou excesso de poder. Disto, entendemos ser o princípio da legalidade um "sobreprincípio" a atuar perante todos os outros, e acima deles.

É o comentário de Di Pietro (2020, p. 84) ao afirmar que

> A eficiência é princípio que soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

No assunto de licitações, temos como exemplo, os princípios da eficiência e da economicidade que se fizeram presente com a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu o pregão como mais uma modalidade de licitação a ser utilizada para aquisição de bens e serviços comuns, cuja formalidade é bem menos frívola em relação às outras modalidades.

Some-se a isso o Decreto nº 5.450/05, que estabeleceu o pregão eletrônico, tornando-se verdadeiro paradigma na realização das licitações da administração pública federal que, em último levantamento realizado, foi responsável por 60% das aquisições do governo federal em 2013, com economia da ordem de R$ 9,1 bilhões (BRANCO, 2014).

5 DAS VANTAGENS DA CONTRATAÇÃO

No que diz respeito às vantagens da contratação, estamos diante de um fator crucial para a utilização da dispensa de licitação. Quando se quer utilizar a dispensa de licitação em função do baixo valor da contratação, do administrador público será exigido uma breve análise em licitações homologadas de idêntico objeto, com fins a obter um valor-base do serviço ou material a serem adquiridos.

Como já foi previamente esclarecido, as hipóteses de dispensa de Licitação abarcadas nos artigos 17 e 24 da Lei n. 8.666/93 compreendem dois Institutos da Contratação Direta, a primeira já esclarecida se trata da Licitação Dispensável e a segunda que será definida neste tópico narra os casos de Licitação Dispensada, portanto a seguir será feita uma avaliação mais completa sobre o tema.

> Nos casos de licitação dispensada, expressa e taxativamente previstos no art. 17 da LGL, ainda que exista a possibilidade prática de competição, a própria lei afasta o dever de realizar licitação. As hipóteses previstas no art. 17 versam sobre os seguintes temas: a)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> alienação de bens imóveis; b) alienação de bens móveis; c) concessão de título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis. Ao contrário do que ocorre na licitação dispensável, não há sequer margem de escolha para o administrador. Incidindo a situação concreta nas hipóteses do art. 17, a licitação não deve ser realizada (AMORIM, 2017, p. 184).

Com esse valor, o agente deve obter ao menos três cotações de preço e conferir se a opção pela dispensa é a mais vantajosa para a Administração. A regra das três cotações é entendimento jurisprudencial da nossa Egrégia Corte de Contas.

A prática administrativa da dispensa de licitação tem diferentes formas de execução nos entes federativos, assim como entre os órgãos do mesmo ente.

Na esfera federal, por exemplo, uma importante ferramenta utilizada é a Cotação Eletrônica, que racionaliza e dá ampla concorrência aos fornecedores interessados em ofertar bens e serviços à administração.

Esse instrumento impede, ainda, o direcionamento da contratação para o "fornecedor amigo", sobrelevando o respeito aos princípios da impessoalidade e moralidade.

Deste modo, acredita-se que o uso da cotação eletrônica em sistema apropriado perfaça a obrigação acima contida, desde que o preço de referência seja obtido a partir de três propostas válidas ou de homologação de licitação cujo objeto seja semelhante.

Ainda sobre as vantagens, necessita-se apreciar também, a oposição do valor-base obtido em licitações homologadas e os valores cotados somados aos custos licitatórios concretos (despesas decorrentes de publicações, materiais empregados, energia etc.) e abstratos (horas-trabalhadas pelos servidores responsáveis).

O cálculo pela opção da contratação direta deve se ater a essas variáveis e, aí sim, concluir pelo seu cabimento, ou pela opção do lançamento de uma licitação.

6 CONCLUSÃO

Durante a confecção do presente projeto, produziu-se uma pesquisa de suma importância para se trazer uma melhor compreensão de como é feita a manutenção das atividades de contratação realizadas pelo Poder Público. Dentre os maiores interessados, estão englobados desde os entes integrantes da Administração Pública, até os acadêmicos e colaboradores da área do direito administrativo, tendo como o objetivo geral o de ampliar os conhecimentos relacionados ao tema "Contratação Direta em razão do valor".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme mencionado acima, a fim de interpretar o artigo 24, inciso I e inciso II da Lei nº 8.666 de 1993, no sentido de que não afeta o denominado rateio ilegal de despesas, diversos critérios foram propostos. No entanto, o critério mais adequado e seguro é investigar se a então contratação pretendida faz (ou deveria fazer) parte do plano geral das contratações desse órgão ou entidade de recrutamento. Se o custo faz (ou deveria fazer) parte desse raio de planejamento geral, ele deve ser adicionado aos demais custos de manutenção da instituição ou entidade para determinar se pertence a estimativa de R$15.000,00 (quinze mil reais).

Concluindo, a partir dos conteúdos explorados durante o desenvolvimento deste trabalho, se espera poder colaborar ainda que de maneira modesta, para a melhor compreensão da questão planteada, indicando observações doutrinárias, letra da lei, posicionamentos e conteúdo de relevância para a uniformização dos critérios objetivos que devem ser aplicados como os mecanismos do estado para possibilitar que o dinheiro público seja melhor investido pela administração pública.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência**. Senado Federal, Brasília-DF, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, 2018.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. – 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, SecretariaGeral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Direito Administrativo Progressista**. 1ª ed. 2020

CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasil, 5 de outubro de 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei de Responsabilidade Fiscal**. 3ª ed. Fórum, 2016.

FILHO, Marçal Justem. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17ª ed. Revista dos Tribunais, 2016.

FILHO, Marçal Justem. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª ed. Saraiva Jur, 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

GALLINGAN, Dennis J. **Discretionary Powers: a legal study of official discretion**, 1986.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. Saraiva, 2012

LEI N. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.**

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo, Saraiva Jur, 2020

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 11ª ed. Saraiva Jur, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43ª ed. São Paulo, Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 35ª ed. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações E Contratos Administrativos - Teoria E Pratica**. 10ª ed. Forense. 2021

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ADOÇÃO INTERRACIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

HEDUARDA RODRIGUES DIAS: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins - UniCatólica

VALDIRENE CÁSSIA DA SILVA[10]

ERIC JOSE MIGANI[11]

(orientadores)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar o processo de adoção no sistema brasileiro. A construção dá-se por meio do método indutivo através de pesquisa bibliográfica, com o fito de conhecer o tema sob a ótica da lei e dos teóricos especialistas no tema. Sustenta-se, portanto, em elucidar o significado do termo adotar, bem como introduzir no decorrer do texto fundamentos constitucionais decorrentes da república federativa do Brasil. Busca-se delinear o procedimento desde o cadastro de pretendentes até a sentença constitutiva. Ademais, o artigo destaca a problematização da escolha dos adotantes no ato do cadastro defronte a quantidade de crianças e adolescentes dispostas à adoção, em razão de características de cor, raça, sexo. Em síntese, particulariza o tema para discorrer sob a perspectiva racial do processo de adoção.

Palavras-chave: sistema de adoção brasileiro; interracial; vulnerabilidade social.

ABSTRACT: This article aims to present the adoption process in the Brazilian system. The construction is based on elucidating the meaning of the term adopt, as well as introducing throughout the text constitutional foundations arising from the federative republic of Brazil. It seeks to outline the procedure from the registration of applicants to the constitutive sentence. Furthermore, the article highlights the problematization of the choice of adopters in the act of registration against the number of children and adolescents willing to adopt, due to characteristics of color, race, sex. In short, it particularizes the theme to discuss the racial perspective of the adoption process.

Key Words: Brazilian adoption system; interracial; social vulnerability.

[10] Doutora e Mestre em Educação pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Comunicação, Estratégias e linguagens. Graduada em Comunicação Social, habilitação em Relações Públicas. Atualmente é professora titular do Centro Universitário Católica do Tocantins - UniCatólica.

[11] Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Doutorando na Universidade Presbiteriana Mackenzie: Programa de Direito Político e Econômico Atualmente é professor do Centro Universitário Católica do Tocantins - UniCatólica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Contextualização do processo de adoção no Brasil; 3.Adoção de crianças e adolescentes; 4. Questões étnicas no processo de adoção; 5. Abordagem jurídica da adoção inter-racial; 6.Adoção inter-racial e tráfico internacional de criança; 7.Fluxograma do procedimento de adoção internacional; 8.Considerações finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A adoção traduz-se pelo surgimento de novas possibilidades tanto ao interessado em adotar quanto ao adotante. É um processo legal em que uma pessoa assume direitos e deveres inerentes aos filhos e pais, isto é, a oportunidade de expandir famílias. No Brasil, o processo adotivo é regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pela Lei de Adoção.

A inserção em uma nova família não representa tão somente a legalidade de um procedimento, mas sim um complexo de emoções que compõem a identidade humana como o afeto, proteção, habitualidade bem como, vulnerabilidade e perigo.

De modo sucinto explica-se, ao iniciar um processo de adoção, os pretendentes a adotar devem preencher dados quanto as suas preferências em relação à criança ou adolescente a ser adotada, como idade, sexo ou cor da pele do seu possível filho(a), informações essas salvas no Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

O cadastro possui o objetivo de direcionar da melhor forma a criança ou adolescente à família adotante. Acontece que, segundo dados extraídos do Sistema Nacional de Adoção em 19 de agosto de 2021, contabilizou-se 32.837 pretendentes habilitados e 4.279 crianças aptas à adoção.

Devido às condições estabelecidas pelos adotantes no ato de cadastro gerou-se uma notória inflação no que diz respeito a quantidade de crianças e adolescentes disponíveis para adoção para a quantidade de pessoas candidatas à adoção.

Não obstante a legislação brasileira seja clara ao garantir o direito à convivência familiar de forma igualitária para todas as crianças e adolescentes, verifica-se que em muitos locais há uma forte discrepância entre os adotados e aqueles que ainda estão na fila para adoção, especialmente entre aqueles que são afrodescendentes.

Dito isso, questiona-se o processo de adoção no que tange a raça escolhida pelos adotantes, assim como cumpre pesquisar o tratamento do tema no legislativo e judiciário brasileiro.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL

Preliminarmente, cumpre apresentar a etimologia do termo adotar, no qual advém do latim *adoptare* que significa aceitar, perfilhar, optar. No sentido jurídico possui o significado de aceitar legalmente alguém e dar o seu nome a este. "Em última análise, corresponde à aquisição de um filho através de ato judicial de nomeação" (RIZZARDO, 2019, p. 806).

O conceito de adoção pode ser percebido como um ato jurídico solene, excepcional e irrevogável em que uma pessoa recebe como filho, outra pessoa com quem possui relação de parentesco consanguíneo ou não, assim está previsto no art. 39, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A adoção é uma medida excepcional e irrevogável, que ocorre somente quando esgotados os recursos da família natural ou extensa, explica-se, família natural refere-se ao fator biológico e família extensa aponta ao parentesco da criança e adolescente, qual seja, tios, tias, pessoas próximas do ponto de vista de afinidade.

A excepcionalidade se refere a que somente será admitida adoção se for beneficiar ao adotado, e quando todas as medidas de manutenção da criança ou adolescente em sua família natural forem esgotadas. A irrevogabilidade quer dizer que, mesmo que os adotantes tenham ou já tenham outros filhos, o filho adotado é equiparado ao demais, com mesmos direitos e deveres, sem discriminação (DINIZ, 2010).

O processo de adoção substitui os laços consanguíneos, de forma que a pessoa adotada perde o vínculo jurídico com os pais biológicos, inclusive no direito sucessório, exceto para fins matrimoniais, para evitar casamentos entre familiares, conforme é possível extrair do artigo 41 do Estatuto da criança e do adolescente.

Diante da importância da matéria, não apenas para os envolvidos no processo, mas para o Estado, o Código Civil de 2002 buscou trazer um controle jurisdicional por meio do princípio da especialidade, ao adotar a regra de que a adoção somente poderá ocorrer mediante o preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 39 a 52 da Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 2002).

Até 2002 a adoção era vista como um contrato, regulada pelo direito privado isto mudou após o Código Civil de 2002, que após verificar o caráter relevante para toda a sociedade, passou a ser prevista como direito público. Complementa-se, nos termos do art. 227, §5º da Constituição Federal de 1988 "a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei [...]" (BRASIL, 1988).

A adoção deve ocorrer em processo judicial próprio. Para isso, conforme o art. 1.618 do Código Civil de 2002 e o art. 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as regras do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

processo de adoção serão aplicadas segundo o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei Federal nº 12.010/09:

Segundo o ECA poderão ser adotadas crianças ou adolescentes com até 18 anos de idade completos até a data do pedido de adoção. Quanto aos adotantes, somente podem se candidatar para adotar pessoas maiores de 18 anos, independentemente do estado civil.

Além disso, há outros requisitos relevantes da adoção, como ter uma diferença de idade mínima de 16 anos entre o adotante e o adotado menor para haver um exercício seguro do poder familiar, conforme dispõe o ECA em seu artigo 42 §3°.

Ressalta-se, segundo o artigo 39 §2 é vedada a adoção por procuração, em atenção ao melhor interesse da criança e humanização do ato. Tendo em vista que se trata de procedimento que constitui nova unidade familiar após a homologação do juízo competente.

Segundo o artigo 46 do Estatuto da Criança e do adolescente é indispensável que haja um estágio de convivência com os adotantes e adotado por um período máximo de 90 dias, se for brasileiro, e no máximo de 45 dias quando estrangeiro, prazo a ser estabelecido pela autoridade judiciária de acordo com a idade e necessidades da criança e do adolescente pelo qual será avaliada a afinidade familiar.

Oportuno, registra-se, há diversas possibilidades no processo de adoção. Como é o caso de famílias que realizam a adoção conjunta, isto é, quando há adoção de grupos de irmãos, neste caso o Estatuto da criança e do adolescente em seu artigo 42 §2° limita os pretendentes ao determinar que a adoção de irmãos somente realiza-se quando os adotantes são casados ou conviventes em união estável, além da necessidade de comprovar a estabilidade familiar.

Parisotto (2018) destaca a importância de considerar a adoção de modo a abranger mais possibilidades, veja-se:

> "...adoção conjunta por pessoas que não estão ligadas pelo vínculo conjugal. Essa temática é de fundamental importância para as famílias que não se constituem mediante a presença da conjugalidade; mas, além disso, este assunto também é relevante para todas aquelas crianças estão à espera de um lar e que, ao mesmo tempo, são tocadas pelo instituo da adoção."

As pessoas divorciadas, separadas e ex-companheiros também podem adotar conjuntamente, desde que haja um consenso sobre a guarda e a visitação, e haver uma afinidade comprovada durante o estágio de convivência com o adotante não possuidor da guarda.

Depreende-se desta breve contextualização do processo de adoção a seriedade e relevância do tema, vez que, após o pronunciamento da sentença judicial, será irrevogável, o que determina a seriedade do procedimento. Sendo, por isso, um tema que acrescenta vigilância e protecionismo.

3. ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O princípio do melhor interesse da criança insculpido na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 compreende que deve ser priorizado o bem-estar da criança ou do adolescente. Considerar a criança como um ser que detém direitos é significativo para que o ambiente familiar esteja adequado a todas as suas necessidades.

Junior (2017) ao discorrer acerca da evolução de direitos das crianças e adolescentes relata que da idade antiga à idade média esses eram tratados como propriedade, tendo em consideração que os pais exerciam poder absoluto sobre os filhos independentemente da idade desde que estivessem em coabitação.

No decorrer dos anos a perspectiva da dignidade da pessoa humana conquistou espaço em todos os ramos do direito. No Brasil, em 1979 foi promulgada a Lei n° 6.697, denominado Código de menores. A terminologia "menor", trazia uma ideia de inferioridade, estigmatizada de submissão às ordens e determinação, escolhas de outrem.

O advento da Lei n° 8.069 de 13 de 1990, qual seja, o estatuto da criança e do adolescente modificou a expressão "menor" para intitular como sujeito de direitos, humanizá-los. Sobretudo, a mudança na terminologia atribuiu a criança a detenção de direitos e capacitação mental defronte à sociedade.

No mesmo sentido, atenta-se a Constituição da república federativa do Brasil de 1988, no artigo 227 dispõe ser dever da família, estado e da sociedade assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem com absoluta prioridade direitos como a vida, dignidade, respeito, liberdade e resguardá-los de qualquer forma de negligência.

Apesar de o respeito ao melhor interesse da criança figurar como um critério subjetivo, faz-se necessário que o adotado esteja envolvido no processo de adoção de forma ativa, vez que, trata-se da futura relação familiar em que estará inserido.

Com o fito de garantir a preparação do ambiente familiar ficou estabelecida a obrigação do adotante comparecer por até 01 ano, após o cadastro, à preparação psicossocial e jurídica a que se referem os §§ 3º e 4º do art. 50 da Lei nº 8.069/90, sob pena de cassação de sua inscrição no cadastro (DINIZ, 2010).

O direito de família brasileiro está comprometido com o princípio da dignidade humana, pelo qual a família é uma das bases do Estado, possuindo papel fundamental na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

formação de caráter dos indivíduos que o formam, e que por isso não podem receber tratamento desigual.

No que tange ao tratamento desigual, complementa-se, há situações em que alguns adotantes já possuem filhos naturais. Fator capaz de gerar um conflito entre os filhos biológicos e adotivos. Contudo, por força do princípio da igualdade presente nos arts. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988 e art. 1.596 do Código Civil de 2002, não pode haver preconceito nem discriminação entre os filhos biológicos e adotados.

Rizzardo (2019), aduz que a intervenção do Ministério Público se torna obrigatória representando o estado diante da composição de questões problematizadas. A fiscalização consiste em resguardar os direitos da criança ou do adolescente, bem como evitar que a criança sofra qualquer forma de preconceito.

Evidencia-se que, por lei, ninguém é obrigado a adotar outra pessoa. No ato de realização do cadastro, o adotante poderá informar suas intenções, possibilidades e até características sobre a criança ou adolescente que pretende adotar.

Isso acontece para que o adotado não seja colocado em uma família que não o queira, de forma a ter o desfrute de uma relação harmoniosa entre pais e filhos. No caso do adotando não se interessar por nenhuma das crianças e adolescentes cadastradas, não será obrigado a adotá-las.

Conforme dados do Sistema nacional de adoção e acolhimento extraídos em 19 de agosto de 2021 há mais pessoas dispostas a adotar do que crianças ou adolescentes disponíveis para adoção. As estatísticas ponderam 5 classificações, são elas, por etnia, por gênero, por doença infectocontagiosa, por pessoa com deficiência e por problema de saúde.

Importa apresentar a classificação de crianças disponíveis à adoção no sistema nacional de adoção. No que diz respeito ao gênero, dentre 4.279 crianças, 16,7% são de cor branca, 41,7% são de cor preta e 41,7% são de cor parda. Notório que a maior parte dos possíveis adotados são pardos ou pretos.

Entremeio depreende-se, o número de adotantes, qual seja, 32.837 é cerca de sete vezes maior que o número de crianças disponíveis à adoção. Conforme visualizado pelo sistema estatístico do SNA é perceptível que está havendo a preterição de crianças em razão do perfil estabelecido pelos adotantes no ato de cadastramento.

4. QUESTÕES ÉTNICAS NO PROCESSO DE ADOÇÃO

A constituição que rege o direito brasileiro em seu artigo quinto declara igualdade a todos perante a lei sem qualquer distinção, leia-se, independe de cor, raça, crenças,

nacionalidade, posição social, nível acadêmico. Trata-se de compreender que ao falar de pessoas, são todos dignos de respeito.

É mister dizer que, além disso, deve haver uma igualdade de oportunidades. A legislação brasileira é clara ao dispor que não distinção entre filhos, sejam eles naturais ou adotivos, não pode haver discriminação no processo de adoção.

Importa destacar que, durante a gravidez, os pais não têm controle algum sobre as características físicas que os seus filhos irão ter ao nascer. A ciência explica haver genes recessivos inativos no DNA de uma pessoa, mas que, de repente, podem se manifestar e alterar as características dominantes dos pais.

Em entrevista promovida pelo jornal Terra em 2009, a professora do Centro de estudos do genoma humano da Universidade de São Paulo, Dra. Célia Koiffmann foi questionada acerca da probabilidade de um casal negro ou mulato gerar filhos brancos, tendo respondido ser uma em dezesseis, cerca de 6,25%.

Diante disso, nota-se, biologicamente, que não é dado aos pais determinar as características físicas dos seus filhos. Sendo a adoção uma das formas de conceber família, é questionável a preterição de crianças e adolescentes dispostos a adoção somente pelos fatores genéticos.

Adoção inter-racial é um termo utilizado para observar o procedimento sobre a perspectiva das diferenças culturais. Flor e Melo (2018) dizem ser aquela que busca quebrar preconceitos e oportunizar crianças e adolescentes a igual tratamento perante a sociedade.

A população de modo geral nega a existência de racismo no Brasil, porém é possível verificar vários casos emblemáticos em matérias jornalísticas. Cita-se entrevista realizada pelo jornal O GLOBO em 2017, pelo qual apresentou-se a história do casal Giovanna Ewbank e Bruno Gagliasso que adotaram uma criança negra. Na entrevista o casal relatou ter sofrido diversos ataques nas redes sociais devido a raça da criança adotada.

O sentido da adoção é simplesmente de constituir uma família, o desejo dos adotantes de serem pais, independentemente de o seu filho possuir o seu sangue ou não. A partir desta prerrogativa, não é equivocado supor, que além do quesito sanguíneo, não importa a cor de sua pele.

> Significa, pura e simplesmente, mais uma forma de se constituir uma entidade familiar, tão relevante quanto qualquer outra. Aliás, pode ser até mais unida, amorosa e afim do que a denominada família natural, instituída por força do destino, por meio dos laços consanguíneos. A adoção é uma busca feita por pessoas interessadas em ser pai ou mãe, prontas a doar amor incomensurável ao próximo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

acolhendo-o, espontaneamente, como filho(a) (NUCCI, 2014, p.124).

Para abdicar do racismo, é necessário que não haja escolha nem designação dos filhos. Acima de tudo, é necessário que os princípios básicos de igualdade e de prioridade pelo bem-estar da criança e do adolescente, estejam presentes em todo o direito de família brasileiro sejam aplicados de forma cogente.

5. ABORDAGEM JURÍDICA DA ADOÇÃO INTER-RACIAL

Percebe-se que a constituição federal brasileira é fonte garantidora de direitos, responsabilizando o estado pelo tratamento com os mais vulneráveis socialmente, leia-se, idosos, pessoas com deficiências e crianças. Trata-se de vulnerabilidade presumida, independente de demonstração.

O estatuto da criança e do adolescente e a lei de adoção possuem normas que por vezes são consideradas burocratizadas, consequência do acautelamento com a vulnerabilidade do adotante, tendo em vista a análise e viabilidade judicial que constitui nova família.

Deda e Wechinewsky (2021) refletem que a morosidade do judiciário não deveria afetar o melhor interesse da criança. Segundo as autoras apesar de este princípio não estar expresso na legislação brasileira direciona a aplicação da lei.

Conforme site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao listar em 2019 passo a passo processo de adoção, constam 9 etapas até a efetivação do procedimento. O interesse dos pretendentes dá início com a procura à Vara da infância e Juventude para habilitação.

No ato da habilitação, além da documentação pessoal, lista-se atestado de sanidade mental e inexistência de antecedentes criminais, essenciais para avaliar condições ao exercício do poder familiar. Após o envio, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o poder judiciário analisa a documentação possibilitando os pretendentes a próxima etapa, qual seja, a avaliação de equipe multiprofissional.

Destaca-se que a Vara da infância e juventude difere de todas as outras. Sousa (2015) explica que a equipe multiprofissional prestará assessoramento psicossocial ao magistrado, tendo função de fornecer ao juiz segurança, liberdade e celeridade na tomada de decisões.

Conforme o artigo 197-E do ECA positivada a habilitação resulta na inserção dos pretendentes no Cadastro Nacional de Adoção. Destaca-se que o prazo máximo à conclusão da habilitação será de 120 dias, prorrogável por igual período, mediante decisão judicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Após a inserção dos pretendentes no cadastro deve-se aguardar. O juízo é a ponte a criança/adolescente aos adotantes. Sendo que, ao verificar que o perfil da criança adequa-se ao que fora pré-estabelecido realizar-se o período denominado, estágio de convivência.

Flor e Melo (2018) explicam ser o estágio de convivência supervisionado pela justiça além de uma equipe técnica. Durante esse período permite-se visitas ao abrigo onde se encontra o possível adotado, ademais permitem-se passeios com o fito de relacionar, de perceber se há identificação entre estes.

Por fim, após o respeito às etapas estabelecidas, foram verificadas as condições para adoção. Formalmente inicia o processo de adoção, processo este que decorrerá a sentença constitutiva. O juízo determinará a lavratura de novo registro de nascimento à criança ou adolescente.

Conforme citado, adoção é um processo consumado pela via judicial. Iniciado no cadastro, direcionado por equipes de assistência, como psicólogos e assistentes sociais, no entanto, consolida-se com a sentença, com efeito, constitutivo, gerando efeitos de natureza familiar e patrimonial.

Nota-se que o judiciário é essencial no processo de adoção. Dito isso, é regulamentado no artigo 87, inciso VII do Estatuto da criança e do adolescente a promoção de campanhas de estímulo à adoção inter-racial. O legislador inseriu a expressão no texto da lei, pois tinham conhecimento da realidade da sociedade brasileira.

6. ADOÇÃO INTER-RACIAL E TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇA

A carta magna brasileira sustenta a normatividade das leis para a proteção das pessoas em situação de vulnerabilidade, sendo a criança elencada nesse rol, dentre eles também estão o idoso e a mulher, conforme o artigo 227 da constituição federal é dever da sociedade, família e estado salvaguardar os direitos da criança.

Diante das características da criança, manifesta a exigência constitucional é possível perceber que a adoção da criança é procedimental, vez que, o Estatuto da criança e do adolescente busca implementar o caráter protecionista a pessoa considerada mais frágil diante da sociedade.

No âmbito internacional cumpre destacar que o Brasil é signatário da Convenção de Haia, ratificada pelo Decreto no 3.087/99, portanto, apesar de o texto original ter sido consolidado em 1993, adentrou o plano de validade no Brasil em 1999. Frisa-se que a referida Convenção traz consigo normas que comportam a cooperação da adoção internacional bem como a proteção dos adotados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Observa-se, no que tange à adoção de crianças ou adolescentes brasileiros por estrangeiros, perpassa por um procedimento diferenciado quando comparado às mesmas condições sendo as crianças residentes no Brasil. Cumpre destacar que o termo adoção internacional não se restringe a estrangeiros, mas estende-se aos brasileiros domiciliados fora do país.

Exemplifica-se pelo estágio de convivência disposto na Lei n° 8.069/1990 em seu artigo 46, que define o prazo de 90 dias prorrogável por igual período ao tratar-se de brasileiro, porém aqueles domiciliados fora do país, permite-se o prazo máximo de 45 dias prorrogáveis por igual período, isto é, metade do tempo concedido aos nacionais.

Araújo (2021) destaca que o processo de adoção possui efeito de ordem pessoal e patrimonial, apesar disso, o adotado também sucederá a mudança de nacionalidade, para a autora é considerado um sofrimento que deriva do procedimento de adoção internacional.

Mister que a criança adotada por estrangeiro em diversas situações para fixar residência, estudar e adquirir direitos no país de moradia, deverá adquirir a nacionalidade do país do adotante. Havendo uma grande mudança tanto na língua falada quanto na cultura vivenciada.

Ao tratar da adoção inter-racial, o termo exsurge que a tradução seja direcionada apenas a cor, no entanto, não delimita-se entre adotante e adotado dissemelhantes apenas pela cor, mas também por grupo social, étnico, apresenta-se por óticas distintas da vivência em sociedade.

Nesse sentido, a previsão legal é protecionista, pois além de ser notória as mudanças para a adoção no mesmo país, acentuam ainda mais quando trata-se de país diverso. Dito isso, importa destacar que apesar de todo o aparato legal ainda ocorre pessoas que agem ilegalmente.

A Convenção de Haia dispõe artigos necessários a serem apontados neste texto, como o artigo 4 que destaca sobretudo o consentimento. Sendo importante que o estado de origem tenha determinado que a criança é adotável, àqueles a quem deve autorizar sejam os pais, instituições ou autoridades estejam cientes da ruptura do vínculo originário quando concluir a adoção.

A previsão legal prima pelo consentimento e respeito ao procedimento traçado, por tratar-se de pessoa em estado de vulnerabilidade social. Todavia, conforme mencionado, há situações de adoção internacional que ocorrem de forma ilegal, dominado como tráfico internacional de crianças.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Silva e Silva (2017) apontam que o tráfico para adoção ilegal acontece quando há venda de crianças, ademais, relatam que ora a venda dá-se sem qualquer consentimento dos pais, tratando-se de crianças roubadas de seus lares ora ocorre por interesse daqueles que tem o poder familiar e expõe os próprios filhos à venda.

A exposição de crianças no mercado de vendas, sejam aqueles que compram ou vendem traduz-se em grave violação dos direitos humanos, ao colocar alguém à venda verifica-se a eliminação da dignidade da pessoa humana. Importa mencionar que a

A Declaração Universal de Direitos Humanos consolidada em 1948 prevê expressamente em seu 1° artigo que todos os seres humanos nascem livres em dignidade e direitos.

Com o fito de evitar o tratamento desumano no procedimento legal para aderência a nova unidade familiar a Convenção de Haia em seu primeiro artigo apresenta como um de seus objetivos a criação de um sistema de cooperação entre os estados para prevenir o sequestro, venda ou tráfico de crianças.

Cumpre destacar que o Estatuto da criança e do adolescente prevê penalidades em artigo 238 sob pena de reclusão de um a quatro anos para aquele que prometer ou efetivar a entrega de criança a terceiro mediante paga ou recompensa, e em seu artigo 239 fixa a pena de reclusão de quatro a seis anos diante da promoção ou auxílio para o envio de criança ao exterior com o fim de obter lucro, ademais se houver emprego de violência ou grave ameaça a pena de reclusão é de seis a oito anos.

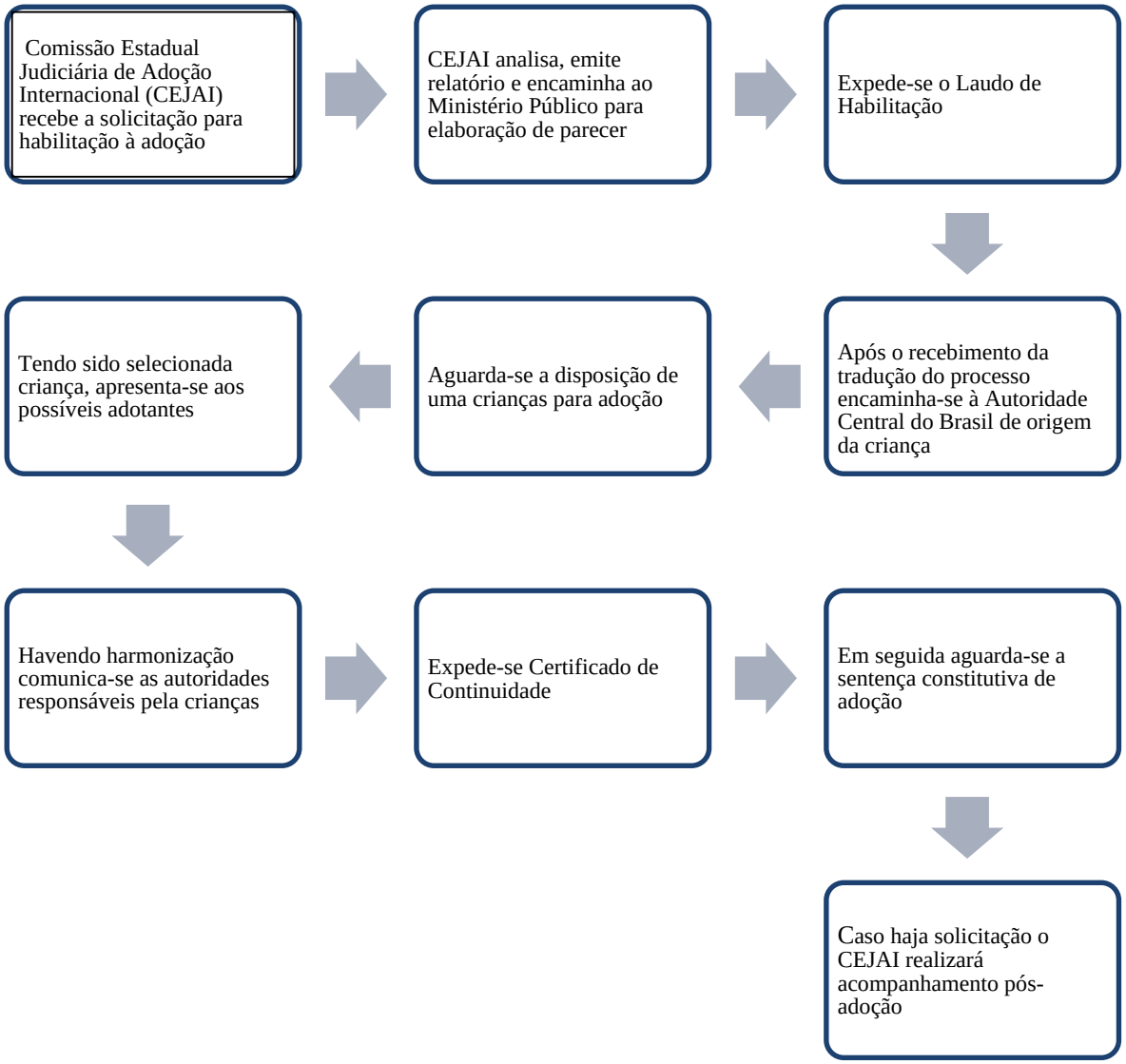
Acerca disso, Silva e Silva (2017) salientam que o governo brasileiro criou campanhas, núcleos e postos avançados para acolhimento das vítimas, todavia, mesmo com o combate ainda há poucas condenações por esse crime. Dessarte, deve-se a conscientização social pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, preza-se sobretudo pela preservação das leis introduzidas no Brasil desde a Carta magna à Convenção de Haia com intenção de assegurar que o processo de adoção seja respeitado e cumpra com eficácia a função social a que se propõe, qual seja, a constituição de nova unidade familiar ao adotante e adotado.

7. FLUXOGRAMA DO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO INTERNACIONAL

O presente capítulo será dedicado para apresentar uma visão mais organizada dos expedientes que foram trabalhados no presente artigo, desse modo, a estruturação em fluxograma irá auxiliar o leitor no caso de aplicação dos procedimentos da adoção internacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454



(fluxograma elaborado pelos autores)

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de adoção no sistema brasileiro apresenta-se resguardado pela função social que cumpre. Baseia-se na relevância constitucional que introduz a proteção da família como um dever. Ademais, decorre da vulnerabilidade da criança e do adolescente.

Após notar que o direito brasileiro no que tange a esse tema é protecionista, é possível perceber o porquê de o Estatuto da Criança e do adolescente e a Lei de adoção inserir vários parâmetros aos pretendentes à adoção. Desde a qualificação ao cadastro até a sentença, perpassam por testes de aptidão quanto à idoneidade moral e condições econômicas mínimas para assumir a função familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Acontece que, apesar de haver leis que tratam com extrema seriedade o processo de adoção, ainda se constata a carência no que tange à harmonização final do procedimento, isto é, a plena satisfação dos direitos completando-se por pretendentes que adotam e crianças que encontram esteio familiar.

Nota-se, o que está legalizado, escrito e intencionado pelo estado depara-se com disparidade defronte à realidade. Destaca-se que o fito do legislador ao permitir a escolha por afinidades no ato cadastral era de aproximar e não de excluir possibilidades à adoção.

Percebe-se que o procedimento surge para proteger, resguardar e estabelecer parâmetros. Porém, no Brasil tem sido utilizado de modo a abrigar a sociedade quanto às preferências raciais. No decorrer do artigo, foi possível compreender como se dá o procedimento, além disso, faz-se necessário buscar a função precípua do processo, qual seja, a constituição de nova unidade familiar.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nikaella Correa de. **Adoção de crianças brasileiras: adoção internacional, convenção de haia e tráfico internacional de crianças**. Dsponível em: https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1708

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto no 3.087, de 21 de junho de 1999**.Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm

BRASIL. **Lei nº 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, DF, 16 de jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 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: 05 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29

de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 ago. 2009. Acesso em: 05 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dia nacional da adoção: famílias driblam a pandemia e realizam sonho de adotar.** 25 de maio de 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/dia-nacional-da-adocao-familias-driblam-a-pandemia-e-realizam-o-sonho-de-adotar/ Acesso em 11 ag. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Passo a passo da adoção**. 07 de junho de 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/passo-a-passo-da-adocao/ Acesso em 19 mai de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS, Hermano. **Chances genéticas de negros terem filho branco são de 1 em 16**. 17 jan. 2009. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/ciencia/chances-geneticas-de-negros-terem-filho branco-sao-de-1-em-16,20081cc7736ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html. Acesso em: 24 abr. 2021.

JUNIOR, José Custódio Da Silva. **Evolução dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 02, Ed. 01, Vol 13, pp. 61-74. Janeiro de 2017 ISSN:2448-0959

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: em busca da constituição federal das crianças e dos adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O GLOBO. **Filha de Giovanna Ewbank e Bruno Gagliasso é vítima de racismo**. 2017. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/filha-de giovannaewbank-bruno-gagliasso-vitima-de-racismo-22117146. Acesso em: 24 abr. 2021.

PARISOTTO, Carolina. **A coparentalidade na adoção: viabilidade da adoção conjunta por pessoas sem vínculo conjugal**. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/174565 Acesso em 15 nov. 2021.

PASSOS, Danielly; CAVALLARI, Marcela; GOMES, Isabel Cristina. **O processo de adoção estrangeira e inter-racial:** uma análise sobre a formação vincular. Pensando fam., Porto Alegre, v. 22, n. 1, p. 118-130, jun. 2018. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2018000100010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 16 abr. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SENADO. **Racismo na adoção é mito nacional.** Disponível em: https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira sobre-adocao/racismo-na-adoao-e-mito-nacional.aspx. Acesso em: 24 abr. 2021.

SILVA, Nelmaura da; SILVA, Carlos. **Tráfico internacional de criança com a finalidade de adoção ilegal**. Revista Brasileira Militar de Ciências. N° 07, pp. 33-37. Novembro de 2017 ISSN:2447-9071

SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO. **Crianças em processo de adoção.** Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=d2a446f2-be58-47ef-b0e6-fb35e768c976&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall Acesso em 18 de agosto de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **As elevadas atribuições das equipes interprofissionais da Justiça Infantojuvenil- Walter Gomes de Sousa.** 17 de maio de 2015. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2015/as-elevadas-atribuicoes-das-equipes-interprofissionais-da-justica-infantojuvenil-walter-gomes-de-sousa

UNICEF**. Declaração Universal de Direitos Humanos.** Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.

www.conteudojuridico.com.br

O ISOLAMENTO SOCIAL E AUMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA PANDEMIA

LYLLIAM LOPES DOS SANTOS:
Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Tocantins
WELLINGTON GOMES MIRANDA[12]
OSNILSON RODRIGUES DA SILVA[13]
(orientadores)

RESUMO: O presente estudo teve como objetivo geral discutir o aumento da violência contra a mulher em Palmas - TO durante o isolamento social e propor formas de prevenção adequadas a este contexto. Para a realização desse trabalho foi utilizado o método dedutivo, tendo como base a revisão bibliográfica. A pesquisa foi no tocante aos objetivos, interpretando base de dados bibliográficos e documentais. A abordagem adotada foi a de natureza qualitativa, do tipo descritiva e exploratória, com abordagem teórica. A violência contra a mulher é um fenômeno que atinge todas as classes sociais e faz parte do cotidiano de muitas mulheres no Brasil e no mundo. Ocorre de várias formas e tem aumentado consideravelmente o número de homicídios femininos. A violência contra a mulher tem demandado especial atenção do poder público, o qual tem implementado políticas para o combate ou prevenção. Um avanço importante para as mulheres brasileiras foi à promulgação da Lei 11340/2006, denominada como Lei Maria da Penha, a qual representa um marco legal para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. No entanto, os casos persistem mesmo diante de legislação para coibir tais atos violentos

Palavras-chave: Violência contra a mulher; isolamento social; Lei Maria da Penha.

ABSTRACT: The present study had as general objective to discuss the increase of violence against women in Palmas - TO during social isolation and to propose forms of prevention appropriate to this context. To carry out this work, the deductive method was used, based on the literature review. The research was in terms of objectives, interpreting bibliographic and documentary databases. The approach adopted was qualitative, descriptive and exploratory, with a theoretical approach. Violence against women is a phenomenon that affects all social classes and is part of the daily lives of many women in Brazil and around the world. It occurs in various forms and the number of female homicides has increased considerably. Violence against women has demanded special attention from the government, which has implemented policies to combat or prevent it. An important advance for Brazilian women was the enactment of Law 11340/2006, known as the Maria

[12] Professor da Unicatólica do Tocantins, mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela Escola da Magistratura Tocantinense/Universidade Federal do Tocantins.

[13] Professor da Unicatólica do Tocantins.

da Penha Law, which represents a legal framework to curb domestic and family violence against women. However, the cases persist even in the face of legislation to curb such violent acts.

Key-words: Violence against women; social isolation; Maria da Penha.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade discutir o aumento da violência contra a mulher na pandemia do coronavírus. A violência contra a mulher é um fenômeno que atinge todas as classes sociais e faz parte do cotidiano de muitas mulheres no Brasil e no mundo. Ocorre de várias formas e tem aumentado consideravelmente o número de homicídios femininos, fato complexo que infringe os direitos humanos de muitas mulheres. Recomendada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como a melhor forma de conter a propagação da COVID-19, a permanência em casa pode potencializar fatores que contribuem para o aumento da violência contra as mulheres.

A violência contra a mulher pode ser compreendida como qualquer ação ou conduta baseada no gênero que ocasione a morte ou inflija dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, nos âmbitos público ou privado. A violência física manifesta-se ao ofender a integridade ou saúde corporal da mulher, com o uso de força física por parte do agressor; a psicológica compreende qualquer conduta que cause dano emocional ou diminuição da autoestima da mulher; a sexual envolve constranger a mulher a presenciar, manter ou participar de qualquer relação sexual não desejada; a violência patrimonial configura retenção, subtração, destruição parcial ou total de pertences da mulher, sendo estes de qualquer natureza; a violência moral configura-se em qualquer conduta que importe em calúnia, difamação ou injúria da mulher.

Segundo a organização, os casos de feminicídio cresceram 22,2% entre março e abril do ano de 2020, em 12 estados do país, comparando ao ano de 2019. Registros públicos ainda confirmam queda na abertura de boletins de ocorrência, evidenciando que, ao mesmo tempo em que as mulheres estão mais vulneráveis durante a pandemia, elas têm maior dificuldade para formalizar queixa contra os agressores.

Entende-se que a violência contra a mulher assume diversas facetas, podendo ser praticada por parceiros, familiares ou mesmo desconhecidos, dos sexos masculino ou feminino. Contudo, devido à alta prevalência da violência praticada por parceiros masculinos no contexto doméstico, o presente estudo analisa prioritariamente o cenário da violência praticada por homens heterossexuais contra suas parceiras.

A violência contra a mulher tem demandado especial atenção do poder público, o qual tem implementado políticas para o combate ou prevenção. Um avanço importante

para as mulheres brasileiras foi à promulgação da Lei 11340/2006, denominada como Lei Maria da Penha, a qual representa um marco legal para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. No entanto, os casos persistem mesmo diante de legislação para coibir tais atos violentos.

Ao longo deste trabalho, buscou-se discutir o aumento da violência contra a mulher durante o isolamento social e propor formas de prevenção adequadas a este contexto. O confinamento proposto para conter a pandemia do novo coronavírus ajudou a evitar a propagação do vírus no Brasil, mas como consequência trouxe o aumento da violência doméstica contra as mulheres. Umas das causas apontadas é a maior permanência das mulheres na convivência com os agressores, conforme publicado recentemente pelo Observatório da Mulher contra a Violência (OMV), vinculado à Secretaria de Transparência do Senado, no boletim "Violência doméstica em tempos de Covid-19" (BOLETIM - SENADO, 2020).

Segundo Da Fonseca, et al. (2006), o estudo acerca deste tema é de grande relevância no cenário atual, já que é evidente o crescente aumento deste fenômeno, evidenciando-se um problema social e de saúde pública, que afeta a integridade física e psíquica da mulher, além de constituir um flagrante violação aos direitos humanos. Tem também relevância social e acadêmica visto que o combate a tal abuso com brevidade se torna imprescindível, pois os danos causados às mulheres em situação de violência podem se tornar definitivos e irreversíveis, objetivando que os resultados alcançados possam oferecer reflexões, e que possam ser compartilhados e difundidos.

O enfrentamento dessa pandemia que tanto transtorna e afeta a vida das mulheres não é simples e exige “muita força, determinação, dedicação e amor pela causa. Provavelmente, esses serão os principais ingredientes na formulação do antídoto correto para erradicar este quadro triste em que a sociedade atual se encontra” (MEDEIROS, 2005, p. 100 101). Levando em consideração o que foi citado, esta é uma causa grande e desafiadora, mas que deve ser vista com seriedade na perspectiva de construir uma a sociedade mais justa e mais igualitária, e que traga a liberdade e o reconhecimento digno que todas as mulheres merecem. Por fim, o tema é importante para fins de conscientizar a população quanto à existência da prática em si, a fim de, minimizar ou solucionar este problema. Despertando assim o interesse pelo assunto que já é tão recorrente. Logo, a busca por evidências científicas para a explicação do aumento destes episódios de violência faz-se necessária para a construção de alternativas em busca de tratamento e prevenção deste fenômeno social causador de prejuízos físicos, psicológicos e sociais.

1. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

O patriarcado está presente na sociedade e fundamenta-se na desigualdade social entre os sexos biológicos e manifesta-se na forma de inferiorizar a mulher em relação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ao homem. Entende-se que o patriarcado influência na vida das mulheres em diversos contextos que vão desde o mercado de trabalho, ao convívio doméstico, como o controle do corpo e da sexualidade (ALMEIDA, 2010).

As relações de poder e manifestação do patriarcado que mais atinge as mulheres e agride a sua integridade física, psicológica e moral é a violência. A violência está presente na sociedade atual e não é um fenômeno novo. De acordo com Saffioti (2004, p.17), violência é "a ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral".

O conceito de violência doméstica segundo o artigo 5º da Lei 11.340/2006:

> Para os efeitos dessa 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.

No Brasil, o conceito de violência doméstica contra a mulher vem sendo desenvolvido como violência de gênero, que é exatamente a violência que tem como alvo a pessoa do sexo feminino, social e culturalmente mais fragilizado. As relações desiguais de gênero são produzidas pela influência e domínio patriarcal que justifica a violência praticada contra as mulheres. O patriarcado significa uma construção social na qual os homens possuem o poder. Conforme Delphy (2009), "É, sinônimo de "dominação masculina" ou de opressão das mulheres". Por esse motivo inúmeros documentos internacionais procuram assegurar a paridade entre homens e mulheres, visto que se refere a uma problemática mundial.

A violência doméstica contra as mulheres tem sido um tema progressivamente em pauta nos debates e preocupações na comunidade brasileira. Embora, esse tipo de violência não seja um fenômeno moderno, o que se verifica é que a notoriedade social e política desta situação complexa possuem caráter recente, visto que somente últimos 50 anos é que tem sido apontada a importância e a proporção dos episódios de violência experimentados pelas mulheres nos relacionamentos afetivos. Os caminhos históricos dos grupos feministas e de mulheres asseveram uma variedade de pautas debatidas e de combates realizado por elas, especialmente a partir do século XVIII (GUIMARÃES; PEDROZA, 2020).

A última instância das mais diversas formas de violência contra a mulher é o feminicídio, que é a morte de uma mulher pelo simples fato de ser mulher. O Brasil é o 5º país

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que mais mata mulher no mundo, segundo o Mapa da Violência (WAISELFISZ, 2015), o que justifica uma preocupação em torno da temática por parte da sociedade acadêmica e civil. De acordo com Vieira, Garcia e Maciel (2020, p. 2):

> Dos 3.739 homicídios de mulheres em 2019 no Brasil, 1.314 (35%) foram categorizados como feminicídio. Isso equivale a dizer que, a cada sete horas, uma mulher é morta pelo fato de ser mulher. Ao analisar o aspecto vínculo com o autor, revela-se que 88,8% dos feminicídio foram praticados por companheiros ou ex-companheiros.

Os dados apresentam que o número de feminicídio no país no ano de 2019 é alto e o principal autor ainda é uma pessoa próxima à vítima. Ressalte-se que durante muitos anos a violência contra a mulher não era reconhecida pelo Estado e o agressor não era punido (LIRA; BARROS, 2015). A problemática no Brasil só ganhou a visibilidade nos anos de 1990 a partir das lutas do Movimento de Mulheres e do Movimento Feminista, mas o avanço na agenda política só acontece nos anos 2000, portanto, mesmo com as legislações, a aceitação sociocultural da violência na sociedade patriarcal ainda está muito enraizada (JOHAS, 2020).

Galvão e Andrade (2004), buscando explicar porque é no espaço doméstico que a maior parte das agressões contra mulheres ocorre, afirmam que isto acontece graças à cumplicidade e indiferença da sociedade para com a violência que ocorre no interior da família, que, muitas vezes, acaba por se constituir em um espaço de arbítrio e de violência.

Essa realidade é constatada quando se observa que os homens como categoria social têm liberdade quase absoluta, desfrutam de autonomia, conceito político, coletivo, cujo significado é não precisar pedir licença à outra categoria de sexo para realizar seus projetos, seus desejos. Já as mulheres como categoria social precisam solicitar autorização à primeira categoria. Isso reforça o argumento de que a independência pessoal, ainda que importante, não é suficiente para transformar a ordem patriarcal de gênero em uma ordem igualitária de gênero. Se a autonomia é privilégio de apenas uma categoria social de sexo, fica patente a hierarquia e, portanto, a desigualdade. A igualdade só pode ser obtida por meio de conquista da autonomia por parte das mulheres (VENTURI, 2004).

Pesquisas demonstram que a violência praticada contra as mulheres não tem época nem fronteiras, sempre existiu em todos os lugares, em todas as culturas. Ela está inscrita em todas as leis, em todas as mentalidades, basta pensar nos pés bandados das chinesas, nas viúvas indianas imoladas sobre os túmulos de seus maridos, nas mulheres do Afeganistão que não podem estudar, trabalhar ou passear sem serem escoltadas por seus maridos ou por outros familiares (BANDEIRA, 2000).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1.1. Tipos de violência doméstica

A violência contra a mulher pode se manifestar de várias formas e com diferentes graus de severidade. Estas formas de violência não se produzem isoladamente, mas fazem parte de uma sequência crescente de episódios, do qual o homicídio é a manifestação mais extrema. Em termos sintéticos, a seguir são apresentadas definições dos tipos de violência que geram sofrimento à mulher, principalmente no âmbito da família ou em qualquer relação intima de afeto, de acordo com o artigo sétimo da Lei 11.340 de agosto de 2006 (BRASIL, LEI MARIA DA PENHA, 2006):

Violência física: Ocorre quando uma pessoa, que está em relação de poder em relação à outra, causa ou tenta causar dano não acidental, por meio do uso da força física ou de algum tipo de arma que pode provocar ou não lesões externas, internas ou ambas. Segundo concepções mais recentes, o castigo repetido, não severo, também se considera violência física. Esta violência pode se manifestar de várias formas como: tapas, empurrões socos, mordidas, chutes, queimaduras, cortes, lesões por armas ou objetos, estrangulamento entre outros.

Violência psicológica: Qualquer ação que tenha a intenção de provocar dano emocional e diminuição da autoestima, controlar comportamentos e decisões da vítima por meio de ameaça, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, insulto, chantagem, ridicularizarão, ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Violência sexual: É qualquer conduta que force a vítima a presenciar, manter ou a participar de relação sexual não desejada, que impeça a vítima de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao casamento, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante ameaça, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. Dentre eles podemos citar: estupro dentro do casamento ou namoro, estupro cometido por estranhos, abuso sexual de pessoas mental ou fisicamente incapazes, entre outros.

Violência patrimonial: É quando o agressor toma ou destrói os objetos da vítima, seus instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Violência moral: Caluniar, difamar ou cometer injúria.

2. ABORDAGEM SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

No dia 07 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei Maria da Penha, sendo legitimada pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva. Esta lei surge como resultado de esforço coletivo dos movimentos de mulheres no enfrentamento à violência doméstica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

familiar e a um alto índice de mortalidade de mulheres no Brasil. A Lei nº 11.340/2006, denominada "Lei Maria da Penha", tipifica e pune os atos de violência contra a mulher; trata da criação de mecanismos que tem por objetivo conter e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A lei leva este nome "Maria da Penha", em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, pois segundo o Presidente Luís Inácio Lula da Silva "esta mulher renasceu das cinzas para se transformar em um símbolo da luta contra a violência doméstica no nosso país" (DIAS, 2007, p. 14), tendo em vista que esta era vítima de violência pelo seu próprio companheiro.

Maria da Penha era casada com Marco Antônio Heredia Viveiros, professor universitário e economista, o qual tentou matá-la duas vezes. A primeira vez ocorreu no dia 29 de maio de 1983, quando este simulou um assalto fazendo uso, inclusive, de uma espingarda. Maria levou um tiro nas costas e, em decorrência disso, ficou paraplégica. Já a segunda tentativa ocorreu no mesmo ano, alguns dias após a primeira. Porém nesta, Marco, através de uma descarga elétrica, tentou eletrocutá-la durante o seu banho (FERNANDES, 2010).

A história gerou uma grande repercussão, fazendo com que o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL formalizassem uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. E ainda, nesta mesma linha, afirma Porto:

> A corajosa atitude de haver recorrido a uma Corte Internacional de Justiça transformou o caso da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes em acontecimento emblemático, pelo que se configurou baluarte do movimento feminista na luta por uma legislação penal mais rigorosa na repressão os delitos que envolvessem as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher (PORTO 2012, p. 09).

Por fim, no dia 07 de agosto de 2006, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 11.340/06, a qual está em vigor desde 22 de setembro de 2006. A Lei Maria da Penha veio com o intuito de resguardar e amparar as mulheres de todos os tipos de violência, buscando ações e mecanismos que visam coibir a violência de gênero. Desta forma, a partir da necessidade de cessar os delitos dessa natureza, tornando-a realmente eficaz, implantaram-se políticas públicas no combate à violência doméstica contra a mulher, as quais ampliaram e introduziram serviços especializados, bem como articularam serviços em prol das mulheres vítimas de violência.

O processo de criação da Lei 11.340 de 2006 foi resultado da articulação entre o governo e os movimentos feministas que, no que lhes concerne, tiveram praticamente a totalidade de suas propostas absorvidas pelo novo instrumento legal. Porém é imperioso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

reconhecer que especialmente o caso Maria da Penha e toda a pressão internacional que sucedeu sua apreciação pela CIDH foram essenciais para que o Estado brasileiro se movimentasse de maneira precisa, buscando a prevenção e erradicação da violência contra a mulher (SANTOS, 2008).

3. O ISOLAMENTO SOCIAL E O AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O isolamento social foi o meio escolhido pelos governantes e cientistas para tentar conter ou diminuir o aumento dos casos do novo coronavírus, mais conhecido como Covid 19. Em março de 2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS), decretou a pandemia. A definição de pandemia não depende de um número específico de casos, considera-se que uma doença infecciosa atingiu esse patamar quando afeta um grande número de pessoas espalhadas pelo mundo. Com isso, o cotidiano das famílias muda radicalmente e logo nos primeiros meses em todos os países contatou-se um aumento dos casos de violência contra a mulher. (FBSP, 2020).

Ainda segundo dados do (FBSP, 2020), o que se sabe é que desde o início do isolamento os registros de feminicídio cresceram. De março a maio de 2020 houve uma alta de 2,2%, se comparado ao mesmo período do ano passado. As informações são do último relatório do FBSP, Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19, que antes havia apontado aumento maior ainda, de 22,2%, do feminicídio na pandemia entre março e abril. "Ainda assim, não podemos dizer que a violência letal diminuiu porque essa informação pode significar uma piora nos registros policiais", pondera Juliana Martins Coordenadora do FBSP. A violência contra a mulher é comparada a uma pandemia por envolver um grande número de casos e está espalhada por todo o mundo há muitos anos (ONU, 2018).

Esse crescimento acelerado se dá em função do isolamento de mulheres que se veem confinadas com parceiros agressivos, que exercem sobre elas maior controle diante da sensação de maior impunidade provocada pelo isolamento. Outros fatores agravam comportamentos de parceiros já violentos, como a situação econômica desfavorável e o uso de álcool, que abala a masculinidade a partir da diminuição de renda ou do desemprego.

Esses graves problemas para a saúde e para a vida das mulheres, novamente, não são novos: em 2018, a frase proferida pelo secretário-geral da ONU, António Guterres:

> "Violência contra as mulheres é pandemia global. Mais do que isso, pois essa violência não é um fenômeno agudo, que ocorre em intervalos de tempo restritos, mas um problema crônico, de caráter histórico e estrutural, que antecede em muito o surgimento da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> pandemia. Estamos assistindo novamente a um novo episódio desse fenômeno social e problema de saúde pública" (ONU, 2018).

No Tocantins, as centrais de denúncias de Direitos Humanos, vinculadas ao ministério da mulher, registraram um aumento considerável de violência contra a mulher, somente no primeiro semestre de 2020, foram registradas 400 denúncias. Os tipos de violações contra a mulher mais registradas pelos canais de denúncias foram à violência psicológica, seguida pela violência física, agressões, agressões que violam o direito a liberdade de ir e vir e agressões à vida. E o cenário onde mais ocorrem essas violações foram na casa da vítima, seguido pela casa onde a vítima reside com o suspeito. O aumento das denúncias feitas no primeiro semestre tiveram um crescimento em consequência da pandemia, como o isolamento e o distanciamento social. De todas as cidades do estado, Palmas tem o maior número de denúncias (CONEXÃO TOCANTINS, 2020).

Considerando o aumento significativo da violência doméstica contra a mulher, os governantes possuem a importante responsabilidade de garantir a proteção das mulheres na época de isolamento social para evitar a transmissão do vírus da Covid-19. As espécies de solução para o crescimento da violência doméstica em contexto de isolamento social por meio de políticas públicas possuem uma variação entre os governos. No Brasil, os governos locais, da mesma forma que fizeram com as medidas sanitárias, agiram antecipadamente ao governo federal e iniciaram ações para prevenir e mitigar o aumento da violência doméstica (IPEA, 2020).

Segundo dados do jornal Conexão Tocantins (2020), em Palmas, a Secretária de Estado da Cidadania e Justiça segue promovendo ações de prevenção e combate, por meio da Gerência de Políticas e Proteção às mulheres, como palestras, oficinas, campanhas de conscientização e orientação vítimas e à sociedade em geral, algumas das ações presenciais foram comprometidas em virtude da pandemia, mas foram adequadas e estão sendo executadas dentro das possibilidades.

4. **FORMAS** DE PREVENIR O AUMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA PANDEMIA

A definição de enfrentamento admitido pela Política Nacional de enfrentamento à Violência contra as Mulheres corresponde à implementação de políticas amplas e articuladas, que procurem dar conta complexidade da violência contra as mulheres em todas as suas expressões. Conforme afirma a política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres:

> O enfrentamento requer a ação conjunta dos diversos setores envolvidos com a questão (saúde, segurança pública, justiça, educação, assistência social, entre outros), no sentido de propor ações que: desconstruam as desigualdades e combatam as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> discriminações de gênero e a violência contra as mulheres; interfiram nos padrões sexistas/machistas ainda presentes na sociedade brasileira; promovam o empoderamento das mulheres; e garantam um atendimento qualificado e humanizado às mulheres em situação de violência (POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO Á VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES, 2003, p.11).

Para o enfrentamento da violência contra a mulher agravadas na pandemia da Covid-19, exige-se do Estado políticas públicas para contenção do aumento da pandemia da violência doméstica no mundo. No entanto, a pandemia escancara a "fragilidade da política para as mulheres no Brasil, em que o Estado não tem investido na implementação das principais ações de enfrentamento da violência contra a mulher, previstas na Lei Maria da Penha, como a Casa da Mulher Brasileira" (ALENCAR et al., 2020, p. 20).

O combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e com deficiência durante a pandemia foi fortalecido pela Lei nº 14.022/20. O texto foi sancionado pelo presidente Jair Bolsonaro e publicado no Diário Oficial da União. A lei prevê que o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher poderá ser feito por meio eletrônico ou por telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública. Nos casos de violência doméstica e familiar, a agredida poderá solicitar quaisquer medidas protetivas de urgência à autoridade competente por meio dos dispositivos de comunicação de atendimento online. É imprescindível que o governo declare serviços de combate à violência doméstica e acolhimento às vítimas como essenciais, para impedir interrupções totais ou parciais de atendimento (GOVERNO BRASIL, 2020).

O combate à violência doméstica neste cenário exige do Estado políticas públicas eficazes. No enquanto, o que se observa, é a fragilidade das políticas públicas para as mulheres em âmbito regional ou nacional que dificultam o enfrentamento da violência em tempos de pandemia. O desafio de implementar políticas públicas para mulheres deve ser prioridade nos governos, não somente em tempos atípicos, para que de fato ocorra um rompimento do ciclo de violência. Deve se elaborar políticas públicas que permitam que às mulheres tornem-se protagonistas de suas vidas e que contribuíam para a mudança estrutural na desigualdade entre os sexos.

4.1 Medidas protetivas de urgência no período de pandemia

Percebe-se que em decorrência da pandemia e o consequente isolamento social, houve um significativo aumento dos índices de violência doméstica. Um dos fatores que demonstram esse agigantamento é a demanda de ligações feitas para o "ligue 180" – central de atendimento à mulher, que aumentou cerca de 17% durante o período do distanciamento social (GALVANI, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Diante da situação, foi sancionada a Lei nº 14.022/20, com medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar durante a pandemia. Publicada no Diário Oficial da União em 8 de julho de 2020, tal dispositivo legal determina a alteração da Lei nº 13.979/20, no sentido de que, enquanto perdurar o estado de emergência de saúde decorrente do coronavírus, os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência serão mantidos, sem suspensão. Ademais, o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher e de crimes cometidos contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública.

> Art. 2º A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> [...]
>
> Art. 5º-A Enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019: I - os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência serão mantidos, sem suspensão; II - o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher e de crimes cometidos contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública; Parágrafo único. Os processos de que trata o inciso I do caput deste artigo serão considerados de natureza urgente (BRASIL, 2020).

Dentre outras disposições, os §2º e 3º do art. 4º da referida Lei trás, ainda, que as vítimas poderão solicitar quaisquer medidas protetivas de urgência à autoridade competente por meio dos dispositivos de comunicação de atendimento online, além de que, se as circunstâncias justificarem, a autoridade competente poderá conceder qualquer uma das medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 12-B, 12-C, 22, 23 e 24 da Lei nº 11.340/06 de forma eletrônica, e poderá considerar provas coletadas eletronicamente ou por audiovisual, em momento anterior à lavratura do boletim de ocorrência e a colheita de provas que exija a presença física da ofendida.

> Art. 4º Os órgãos de segurança pública deverão disponibilizar canais de comunicação que garantam interação simultânea, inclusive com possibilidade de compartilhamento de documentos, desde que gratuitos e passíveis de utilização em dispositivos eletrônicos, como celulares e computadores, para atendimento virtual de situações que envolvam violência contra a mulher, o idoso, a criança ou o adolescente, facultado aos órgãos integrantes do Sistema de Justiça – Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, e aos demais órgãos do Poder Executivo, a adoção dessa medida. § 2º Nos casos de violência doméstica e familiar, a ofendida poderá solicitar quaisquer medidas protetivas de urgência à autoridade competente por meio dos dispositivos de comunicação de atendimento on-line. § 3º § 3º Na hipótese em que as circunstâncias do fato justifiquem a medida prevista neste artigo, a autoridade competente poderá conceder qualquer uma das medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 12-B, 12-C, 22, 23 e 24 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), de forma eletrônica, e poderá considerar provas coletadas eletronicamente ou por audiovisual, em momento anterior à lavratura do boletim de ocorrência e a colheita de provas que exija a presença física da ofendida, facultado ao Poder Judiciário intimar a ofendida e o ofensor da decisão judicial por meio eletrônico (BRASIL, 2006).

Percebe-se, portanto, um esforço legislativo a fim de combater a violência contra a mulher, na medida que o referido dispositivo legal traz medidas importantes e interessantes. A de maior destaque é a renovação automática da medida protetiva de urgência, sem que as vítimas devam se deslocar até uma Delegacia para isso. A intenção é que elas continuem protegidas mesmo após o encerramento do prazo da medida em época de pandemia. Outras medidas merecem ressalva, como o atendimento online, já feito pela unidade, à solicitação das medidas protetivas online e o registro de boletim online. Através da facilitação ao acesso às autoridades, busca-se proteger as vítimas, leia-se abaixo:

> Destaque-se que tal situação visa permitir que as vítimas que tinham anteriormente obtido judicialmente a concessão de medidas protetivas de urgência em face de seus agressores não venham a sofrer com descumprimento destas ao longo da pandemia, bem como não sejam surpreendidas com o término da vigência de suas medidas e não possuam mecanismos capazes de obter a prorrogação ou renovação destas (ANDRADE, 2020, s.p.).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ademais, alguns estados, implantaram outras medidas. É o caso do Tocantins, no qual, dentro do Plano de Atuação, está a execução de um projeto do TJTO que permite que a mulher vítima de violência doméstica possa protocolar a solicitação de Medida Protetiva de Urgência (MPU) diretamente pelo sistema eletrônico Eproc.

A Polícia Militar do Tocantins aderiu à Operação Nacional Maria da Penha, uma ação integrada, proposta pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, voltada à proteção de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Por meio dos indicadores coletados, serão propostas e adotadas políticas públicas direcionadas às ações preventivas a fim de ter resultado ainda mais eficiente e eficaz.

Uma das ações é a melhoria, qualificação e padronização do atendimento às vítimas via ligação para o telefone 190. Além de intensificar o acompanhamento das medidas protetivas de urgência das mulheres assistidas pela patrulha Maria da Penha. A operação Maria da Penha também prevê a realização de uma força tarefa para auxiliar Oficiais de Justiça no cumprimento de notificações de agressores, cujas vítimas estejam amparadas por medidas protetivas de urgência (CONEXÃO TOCANTINS, 2021).

É importante destacar, que tais medidas foram empregadas em meados da metade do ano de 2020. No entanto, os dados apresentados anteriormente dizem respeito ao ano de 2020 como um todo, o que mostra que, mesmo com a promulgação da Lei nº 14.022/20 e com demais medidas, tais quais a presente no estado do Tocantins, ainda há sérios problemas relacionados às medidas protetivas de urgência e a pandemia.

Percebe-se, portanto, que ainda há grandes problemas a serem resolvidos para coibir a violência contra a mulher no Brasil. Em verdade, tais problemas sempre existiram, mas a pandemia aliada ao isolamento social que faz a vítima permanecer por mais tempo junto ao agressor, não apenas agravou a situação como também gerou novos desafios que ainda estão por ser superados.

Em síntese, percebemos que medidas devem ser tomadas para o combate à violência contra mulher no contexto de COVID-19. Desta forma, entendemos que o poder público tem a obrigação de incentivar e intensificar meios de divulgação e canais de denúncia contra esse tipo de violência.

Por fim, se faz importante à divulgação de canais de denúncias em locais de grande circulação, em virtude de não causar nenhuma desconfiança ao agressor e assim não ensejar mais violência. Entretanto, não basta que sejam intensificadas as divulgações de meios de denúncias, mas tudo isto necessita que após tais denúncias haja uma rápida apuração destas, para que assim, as situações vivenciadas por estas mulheres acabe o mais breve possível (MARQUES et al., 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo contexto social da pandemia do coronavírus revelou ainda mais a pandemia silenciada da violência doméstica na qual as mulheres estão submetidas há muitos anos. O aumento nos casos de violência doméstica ocorre pelo convívio forçado da vítima com seu agressor, dentre outros aspectos que fomentam a violência, como a dificuldade da mulher de realizar a denúncia ou chegar até o serviço da rede de enfrentamento.

Observa-se que o aumento da violência doméstica neste cenário de pandemia é traduzido por meio das inúmeras reportagens em diversos países, mas, especialmente, no contexto brasileiro, que também apresentou variações significativas nos índices de denúncias e feminicídio, que já eram alarmantes antes da pandemia de Covid-19.

Certas discussões e comentários podem ser levantados neste curto período de incidência da pandemia para justificativas iniciais de suas motivações; e levantar dados acerca das prováveis soluções sugeridas e os efeitos dessas diante das emergências e novos desafios ou circunstâncias criadas pela ocorrência do vírus.

A violência contra mulher é consequência direta do aspecto cultural de nossa sociedade machista e patriarcal, onde a desigualdade de gênero juntamente com essa cultura patriarcal, fez com que a mulher se sentisse inferior ao homem. Essa violência acaba se repetindo em um círculo vicioso. O medo de denunciar o agressor tornou-se uma barreira para muitas mulheres, independentemente de seu nível social. Essa situação é comprometedora da autonomia da mulher, pois vivem com medo e à iminência da violência, sentindo-se frágeis e vulneráveis ao agressor, pois a fragilidade emocional dificulta a denúncia.

Observa-se que muitas mulheres, quando denunciam o agressor, não levam em frente suas denúncias, seja por vínculo afetivo, medo de represálias, descrença na mudança do comportamento do parceiro, atribuição do comportamento do companheiro a fatores externos (álcool e drogas) ou por dependerem financeiramente do agressor. Fato é que quando a mulher retira a denúncia ou até mesmo deixa de fazer, acaba dificultando o programa de proteção, onde na maioria dos casos a retirada da denúncia é feita sob pressão psicológica e carregada de ameaças, o que leva ao agravamento da situação da mulher.

A violência contra a mulher é um problema grave que precisa ser enfrentado pelos órgãos públicos, que devem ampliar as políticas públicas e programas sociais de combate e prevenção da violência, assim como fortalecer a rede de apoio à vítima, que servem como pontos de partidas para a mulher que busca um auxílio quando se encontra em situação de violência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, foi criada diante da falta de reconhecimento da violência contra a mulher como uma violação do próprio direito à vida. Essa legislação é considerada como um avanço no enfrentamento da problemática, por prescrever medidas protetivas de urgência, que visam resguardar a integridade física e psíquica das mulheres em situação de violência.

Hoje, com a lei, as mulheres procuram as delegacias com mais confiança e coragem para denunciar seus agressores. Entretanto, apesar de haver uma legislação que ampare a mulher, percebe-se que não alcança sua total eficácia. Existem falhas na execução da lei, uma vez que as medidas protetivas são difíceis de serem aplicadas na prática, e o atendimento à mulher deve ser especializado e voltado para os termos previsto na lei.

Sendo assim, não se visualiza os instrumentos necessários a fim de concretizar a lei eficazmente. Falta um acompanhamento efetivo que realmente impeça o acusado de aproximar da vítima e de cometer novos atos infracionais. Existe uma ausência no empenho da aplicabilidade da lei, que acaba desestruturando a rede de atendimento e apoio, onde apesar do esforço e empenho individual de alguns profissionais envolvidos, acaba comprometendo os demais caminhos de defesa e proteção da mulher.

Assim, podemos destacar que a violência contra a mulher constitui um grave problema e deve ser visto como um ponto fundamental da política do Estado em todos os níveis, com políticas públicas e recursos compatíveis para prevenção e combate, além de criar mais programas de apoio e incentivo às mulheres em situação de violência e fomentar a capacitação dos profissionais.

Os municípios também devem buscar ampliar as políticas e serviços que servem como caminhos para a mulher que busca auxílio quando se encontra em situação de violência. Oferecer para as vítimas da violência o apoio necessário e assistencial, a fim de materializar a autoestima e o poder de decisão da mulher para o enfrentamento da violência, criando um papel importante para encorajar a mulher a enfrentar e sair da relação de violência.

Por fim, visando o combate da violência doméstica e familiar contra a mulher no contexto da pandemia, todas as estratégias mencionadas são válidas e complementares, sendo necessário que o Estado e a sociedade atuem conjuntamente para garantir segurança às mulheres. Contudo, tais medidas não devem ser excludentes, mas sim facilitar o acesso das vítimas aos órgãos de apoio, indo além do acolhimento das denúncias. Além disso, é indispensável o fortalecimento de tais órgãos, por meio de investimentos financeiros e em capacitação de seus colaboradores, tornando-os mais eficientes em sua indispensável função.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thiago M. de. A Lei Maria da Penha e a pandemia do COVID-19. **OAB-SJP**, 2020. Disponível em: http://oabsjp.org.br/a-lei-maria-da-penha-e-a-pandemia-do-covid-19/. Acesso em: 05 nov. 2021.

ALENCAR, Joana Luiza Oliveira et al. **Políticas públicas e violência baseada no gênero durante a pandemia da Covid-19**: ações presentes, ausentes e recomendadas. 2020.

ALMEIDA, Janaiky Pereira de. **As multifaces do patriarcado: uma análise das relações de gênero nas famílias homoafetivas**. 2010. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco.

BANDEIRA, L. Violência contra mulher no Brasil e as ações do feminismo. **ENCONTRO NACIONAL FEMINISTA**, v. 13, 2000.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 07 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. **Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, 07 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 07 nov. 2021.

CONEXÃO TOCANTINS. **Tocantins registrou 400 denúncias de violência contra a mulher**, 2020. Disponível em: https://conexaoto.com.br/2021/04/06/tocantins-registrou-400-denuncias-de-violencias-contra-a-mulher-so-no-1o-semestre-de-2020. Acesso em 25 de maiode 2021.

DA FONSECA, PAULA MARTINEZ; LUCAS, TAIANE NASCIMENTO SOUZA. **Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas**. 2006.

DATASENADO. Boletim Mulheres e seus Temas Emergentes: violência doméstica em tempos de Covid-19, 2020. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19. Acesso em 26 set 2021.

DELPHY, C. **O principal inimigo. 2: Pense no gênero.** Paris: Syllepse, 2009. 389p.

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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi posso contar**. 1. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**, ed. 2, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2020/06/violencia-domesticacovid-19-ed02-v5.pdf Acesso em: 24 maio 2021.

GALVÃO, Elaine Ferreira; ANDRADE, Selma Maffei de. Violência contra a mulher: análise de casos atendidos em serviço de atenção à mulher em município do Sul do Brasil. **Saúde e sociedade**, v. 13, n. 2, p. 89-99, 2004.

GALVANI, Giovana. **Violência doméstica na quarenta**: como se proteger de um abusador? Carta Capital. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/saude/violencia-domestica-na-quarentena-como-seproteger-de-um-abusador/. Acesso em: 08 set. 2020. https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domesticacovid-19-v3.pdf

GOVERNO BRASIL. **Lei Fortalece Combate à violência doméstica durante pandemia**, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/07/lei fortalece-combate-a-violência-domestica-durante-pandemia. Acesso em 26 de maio de 2021.

GUIMARÃES, Maísa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. **Violência contra a mulher problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas**. Psicologia & Sociedade, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 256-266, maio/ago. 2015. Disponível em: Acesso em: 17 maio 2021.

IPEA **– Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Políticas Públicas e Violência Baseada no Gênero Durante a Pandemia Dacovid-19: Ações presentes, Ausentes e Recomendadas.** Brasília: Ipea, 2020.

JOHAS, Barbara. **A vida das mulheres importa? Violência de gênero e justiça social no Brasil**. In:JOHAS, Bárbara; AMARAL, Marcela; MARINHO, Rossana (Org.). Violências e resistências: estudos de gênero, raça e sexualidade. Teresina: EDUFPI, 2020.

LIRA, Kalline Flávia S.; BARROS, Ana Maria de. **Violência contra as mulheres e o patriarcado: um estudo sobre o sertão de Pernambuco.** Revista Agora, n. 22, p. 275-297, 2015.

MARQUES, E. S. et al**. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19**: panorama, motivações e formas de enfrentamento. SCIELO Saúde Pública. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n4/e00074420/. Acesso em: 08 nov. 2021.

MEDEIROS, Mércia Carréra de**. Unidos contra a violência**. In: BRASIL. Marcadas a Ferro: violência contra a mulher uma visão multidisciplinar. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.

ONU. **Violência contra as mulheres pandemia-global**, 2018. Disponível em: https://nacoesunidas.org/violencia-contra-as-mulheres-pandemia-global-diz-chefe-da-onu/Acesso em 24 maio de 2021.

Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as mulheres. Brasília,SPM, 2011.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher.** 2. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTOS, Cecília MacDowell. **Da Delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil**. Oficina do Centro de Estudos Sociais, Coimbra, n. 301, março de 2008.

VENTURI G, RECAMÁN M, OLIVEIRA S. (orgs). **A mulher brasileira nos espaços público e privado**. Fundação Perseu Abramo. São Paulo, 2004.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 23, 2020.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil.** Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

https://www.mapadaviolencia.net.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em 21 out 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INTERPRETAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO

ARQUIMEDES TORRES DE MELO REVOREDO: advogado, assessor e consultor jurídico previdenciarista com foco em empresas e beneficiários da seguridade social, sócio administrador da ARSIA, articulista, pós-graduado (lato sensu) em direito processual, direito da seguridade social, advocacia previdenciária, direito do consumidor, direito público, direito constitucional aplicado, mestrando em direito processual constitucional.

AMANDA CABRAL FIDALGO 14

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho discorre acerca da Interpretação e sua Importância no Âmbito do Direito buscando a relação existente entre interpretação e hermenêutica envolvendo sua aplicação e integração. Perpassou-se por silogismos jurídicos e as funções da atividade jurisdicional apresentando tipos de interpretação, métodos clássicos e distinções entre hermenêuticas, bem como, o método de interpretação mediante a lógica do razoável. Para tanto utilizou-se de materiais bibliográficos de especialistas da área e longe de esgotar a temática, mas sim em incentivar o aprofundamento, debate e pesquisa objetivando a criação de normas úteis que consigam resolver questões jurídicas.

Palavras-chave: Interpretação. Direito. Hermenêutica. Métodos.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E A HERMENÊUTICA JURÍDICA. 3. INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E INTEGRAÇÃO NO DIREITO: PROCESSOS MUTUAMENTE IMPLICADOS. 4. O SILOGISMO JURÍDICO E AS FUNÇÕES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL. 5. TIPOS DE INTERPRETAÇÃO SEGUNDO A FIGURA DO INTÉRPRETE. 6. OS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO (HERMENÊUTICA TRADICIONAL). 6.1. O Método Exegético, Literal ou Gramatical. 6.2. O Método Lógico-Sistemático. 6.3. O Método Teleológico. 6.4. O Método Histórico-Evolutivo (Histórico + Sociológico). 7. DISTINÇÕES ENTRE HERMENÊUTICA JURÍDICA, CIENTÍFICA (OU GERAL, OU TEORIA GERAL DA INTERPRETAÇÃO) E FILOSÓFICA (OU ONTOLOGIA FUNDAMENTAL). 7.1. A Reviravolta Hermenêutica. 7.2. Hermenêutica Tradicional e Hermenêutica Moderna. 8. O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO MEDIANTE A LÓGICA DO RAZOÁVEL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

14 Mestre em Direito Processual Constitucional orientadora do presente artigo, e diretora de minha Tese de Mestrado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

Interpretar, de acordo com Ferreira15 (2014), assume o sentido de "Atribuir valor, sentido, significação", podendo ser, também, "Explicar o que é obscuro", e, da mesma forma, "Ajuizar bem ou mal da intenção de", que são formas complementares de entender o que seja interpretar.

Reforçando esse entendimento, refere-se afirmação de Heidegger16 (2012, p.19), de que "A tarefa da interpretação deverá ser tornar algo que é pouco familiar, distante e obscuro em algo real, próximo e inteligível".

Mas, em termos jurídicos, segundo Plácido e Silva17 (2016), a interpretação integra a hermenêutica, que por sua vez, é considerada a "Arte da Interpretação", tendo como significado "anunciar, interpretar, esclarecer, traduzir e declarar", não sendo, portanto, muito diferentes os dois entendimentos aqui veiculados.

Registrando a interrelação existente entre interpretação e hermenêutica, refere-se que, etimologicamente, hermenêutica tem origem no verbo grego *hermenêuein*, cujo sentido é "interpretar", considerado um derivado do nome do deus Hermes, divindade da fala e da eloquência (CUNHA18, 2012).

Esse entendimento é corroborado por Palmer (2018, p. 24-25), na assertiva de que "*hermenéuein* é esse "descobrir de algo, de qualquer coisa que traz uma mensagem, na medida em que o que se pode tornar-se mensagem".

O deus Hermes, mensageiro dos deuses gregos, era responsável por levar aos humanos as afirmações divinas, sendo, por isso, um mediador entre a linguagem humana e a linguagem divina.

Dessa forma, a hermenêutica, muito provavelmente, está relacionada ao trabalho de Hermes, que transmutava o incompreensível em algo inteligível. Hermenêutica Jurídica é usada com frequência como sinônimo de "interpretação da norma jurídica" (BETIOLI19, 2011, p. 375).

---

15 FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. Dicionário Eletrônico Aurélio. 5ª ed. Curitiba: Editora Positivo, 2014.

16 HEIDEGGER, Martin. Ontologia – Hermenêutica da Faticidade. 2ª ed. Tradução: Renato Kirchner. Petrópolis(RJ): Vozes, 2013. 134p.

17 PLÁCIDO e SILVA, Oscar José de. Vocabulário Jurídico. Volume 1, 32 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

18 CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico da língua portuguesa. [recurso eletrônico]. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2012.

19 BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito*. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

Os romanos tinham como equivalente ao termo 'hermenêutica', a palavra *interpretatio*, cuja origem, também advém do âmbito religioso. Existiam os *áugures*, intérpretes que tinham como função revelar a vontade divina. Eles aconselhavam os militares, governantes, e até mesmo os civis, tendo presságios como base de suas interpretações: o apetite das galinhas sagradas, o voo dos pássaros, a disposição das vísceras de algum animal – qualquer evento natural observável poderia ser alvo de interpretações. Desses presságios, o que se destaca é a observação das partes internas de um animal – interpartes –, daí surge *interpretatio* (MAXIMILIANO20, 2018).

A interpretação é, portanto, a extração do significado de algo através de indução, determinando e entendendo o significado preciso daquilo que está sendo interpretado. Tem como finalidade a obtenção da intelecção de algo já arquitetado por outra pessoa, cujas abstrações e exteriorizações serão fundamentadas pela formação cultural e intelectual do intérprete, tendo deferência pelos limites impostos do enunciador daquilo que será interpretado (MAXIMILIANO, 2018).

A interpretação jurídica, contudo, vai além disso: ela visa a uma interpretação completa sobre a norma, determinando seu sentido, o correto entendimento do seu significado, sua intenção e seu alcance (BETIOLI, 2011, p. 376).

Portanto, a interpretação jurídica corresponde a uma dogmática hermenêutica, ou dogmática da interpretação, que objetiva a criação de normas úteis que consigam resolver questões trazidas ao Direito.

2. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E A HERMENÊUTICA JURÍDICA

Interpretar demanda tempo e grande esforço do jurista, daí que surge a disciplina teórica da Hermenêutica Jurídica, uma disciplina metodológica que oferece ao jurista as ferramentas e os métodos para se interpretar, eis que "*só aplica bem o direito quem o interpreta bem*" (BETIOLI, 2011, p. 376).

A Hermenêutica é uma ciência metodológica porque determina os critérios de um sistema interpretativo cujos elementos baseiam-se na observação, identificação, pesquisa e explicação de determinadas categorias de fenômenos e fatos, cujas interpretações são formuladas metódica e racionalmente para a melhor compreensão dos textos normativos. Caracteriza-se por sua natureza empírica e lógica, baseada em provas, princípios, argumentações ou demonstrações que garantam ou legitimem a sua validade.

20 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 21 ed., 3ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 367p.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, o conhecimento acumulado pela Hermenêutica Jurídica se opõe à doxa (senso comum, opinião) e deve se coadunar com textos e contextos de natureza jurídica.

As interpretações referentes aos textos jurídicos devem ser crivadas de seriedade e rigidez já que versam sobre o sentido, o alcance, e as possibilidades de compreensão das leis, das normas jurídicas e das sentenças.

No passado, contudo, as interpretações nem sempre eram feitas pelos intérpretes. O Imperador Justiniano determinara que aquele que tivesse a ousadia de aditar qualquer comentário à coleção de leis seria considerado réu de um crime de falso. Sendo exclusividade do Imperador a interpretação das leis, pois somente o autor delas é que tinha competência para interpretá-las (BETIOLI, 2011, p. 378).

Os romanos consideravam três elementos constitutivos das leis: *corpus, ratio* e *mens*. O corpo é o símbolo pelo qual a lei se explicita, o seu significante, ou seja, a letra, a linguagem, a escrita – sua interpretação é objetivada pela interpretação literal (GUSMÃO21, 2018). A *ratio* de uma lei é a sua finalidade, seu objetivo, seu propósito – o *telos* –, que deverá ser perscrutada e explicitada pelo aplicador/intérprete da lei – sua interpretação é buscada pelo método lógico e pelo método teleológico (GUSMÃO, 2018). E por último, a *mens*, que é o sentido atribuído à lei, a sua interpretação – para fixar o sentido da *mens legis*, o intérprete deve, muitas vezes, verificar suas razões históricas (GUSMÃO, 2018).

Cada caso é irrepetível e único, por isso a lei deverá ser interpretada, adaptada, adequada, temperada a cada situação para que haja equidade e justiça, podendo até ser ultrapassada ou restringida. Daí, pode-se dizer que o resultado da interpretação foi declarativo, extensivo ou restritivo.

Por resultado, entende-se todas as possibilidades de significação que um texto comporta, sejam elas restritas ou amplas, com maior ou menor significado e maior ou menor compreensão; sendo compreensão as possibilidades que estão inseridas nos símbolos e que podem ser abarcadas pelo significante.

O intérprete, ainda, para melhor desenvolver o sentido do texto, pode se utilizar do método de interpretação teleológico, perguntando-se qual é a finalidade da lei, qual a sua *ratio*, qual sua razão de ser.

3. INTERPRETAÇÃO, APLICAÇÃO E INTEGRAÇÃO NO DIREITO: PROCESSOS MUTUAMENTE IMPLICADOS

21 GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito***.** 49. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2018. 489p.

A lei apresenta vários sentidos, mas só um deles poderá ser utilizado em cada caso. Esse é o primeiro e principal problema que a Hermenêutica terá de resolver: saber qual deve ser o sentido da lei para que ela possa ser aplicada, tendo o intérprete que precisar o aspecto legal preponderante (REALE22, 2017).

A Hermenêutica Jurídica e a aplicação23 são interrelacionadas. A aplicação consiste na subordinação (ou subsunção) de fatos jurídicos relevantes às disposições normativas. A interpretação fundamentará a conclusão através de argumentos logicamente concatenados; a aplicação, por sua vez, incluirá o momento de escolha à decisão (REALE, 2017).

Ao vocábulo hermenêutica dá-se um amplo sentido, que é o de interpretação, aplicação e integração do Direito (preenchimento das lacunas existentes no ordenamento jurídico); não podendo se separar a aplicação da interpretação (BETIOLI, 2011, p. 375).

A teoria da interpretação apresenta dois sentidos: um amplo e outro estrito. Neste, a hipótese de, no Direito existir lacunas, não é abordada, enquanto naquele a doutrina das lacunas é bastante discutida, formulando princípios de como se deve preencher as lacunas das quais as leis não normatizam (REALE, 2017).

Para o Direito, as lacunas nas leis não podem existir, circunstância que as torna inaceitáveis. As lacunas são incompletudes, e algo incompleto é algo inacabado, é algo insatisfatório.

A Ciência do Direito, assim como as outras ciências, aspira à completude e estende essa característica ao seu ordenamento jurídico. A lacuna será preenchida seguindo critérios normativo-jurídicos, como a analogia e o costume.

4. O SILOGISMO JURÍDICO E AS FUNÇÕES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Correntes doutrinárias há que afirmam que o ato decisional se desenvolve a partir de um silogismo. O silogismo é uma operação lógica, um raciocínio dedutivo estruturado formalmente por duas preposições e uma conclusão (que é a inferência correta das premissas anteriores). Ele se estrutura na Lógica Formal, tendo uma premissa maior – consistindo em tríplice investigação –, uma menor e uma conclusão.

Para o silogismo jurídico, então, a premissa maior seria a norma geral e abstrata que deve ser determinada de uma forma que seja aplicável a um caso concreto – o que implica na verificação da existência da norma, na fixação de seu alcance e sentido, e na sua

22 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* 27. ed., 20. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2017. 391p.

23 Aplicação provém de *applicare*, que significa juntar, enroscar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aplicabilidade; a premissa menor seria o fato jurídico e sua averiguação (que deve ser feita pelas partes e orientada pelo juiz); e a conclusão seria a sentença, o resultado jurídico (a atribuição da consequência jurídica); não podendo o juiz se escusar de emitir a sentença, menos ainda alegando desconhecimento da lei. Sendo assim, o juiz passa a ter três funções: determinar a norma, aplicar a norma ao caso jurídico e emitir a sentença.

A premissa maior, por ser uma lei, uma norma abstrata e geral, deverá ser restrita pela premissa menor para que se adapte ao caso real, que seria o fato jurídico. A conclusão também deverá ser restrita pela premissa menor para que a sentença não seja arbitrária, por exemplo: aplicar a pena de homicídio a um caso de latrocínio. Contudo, não se deve reduzir a atividade judicial a um mero cálculo lógico; deve-se levar em conta os interesses e fatores psíquicos que levam o juiz a dar certa sentença.

A estrutura silogística não limita a atuação do julgador, ao contrário, ela é uma das ferramentas para se chegar ao resultado da interpretação. O que limita a atuação do julgador é a forma como ele se utiliza da estrutura silogística: ele pode se utilizar do silogismo dogmático (racional *stricto sensu*) ou pode se utilizar do silogismo extralógico (que extrapola o campo judicial e dialoga com fatores axiológicos, psicológicos etc.).

Existem, ainda, os silogismos teóricos e práticos, cujas diferenças são apontadas pela Filosofia e pela Ciência da Lógica. Para elas, o silogismo teórico parte de perspectivas ontológicas, ou seja, seu enunciado leva a uma conclusão que apenas afirma algo, mas não regula essa coisa que se afirma; enquanto o silogismo prático é deontológico, ou seja, inicia-se com um comando geral para o agir e conclui-se com um comando específico para o agir, sendo sua premissa maior um *dever-ser.* O silogismo jurídico é um tipo de silogismo prático.

Um exemplo simples de silogismo teórico é: se todos os homens são mortais e os gregos são homens, então os gregos são mortais. A conclusão, no silogismo teórico, é uma afirmação. Um exemplo de silogismo prático-jurídico seria: matar alguém, pena X; sendo exposta a conduta ilícita, fica pressuposto o dever de não fazê-la, e se alguém a fizer, então receberá a pena X. A conclusão nesse caso é um comando.

5. TIPOS DE INTERPRETAÇÃO SEGUNDO A FIGURA DO INTÉRPRETE

A interpretação jurídica não é restrita ao juiz, sendo função exclusiva dele somente o poder de decisão/aplicação da sentença. Outros órgãos têm competência para interpretar. A classificação da interpretação jurídica se dá de acordo com o seu intérprete: existe a interpretação autêntica, a judicial e a doutrinária (pode-se falar também de interpretação administrativa, feita pelo Poder Executivo).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Interpretação Autêntica é aquela que é feita pelo Legislador, que é feita na mesma lei ou em lei sucessiva. É um ato do Poder Legislativo e por isso tem força de lei e vale por seu caráter absoluto (BATISTA e COSTA24, 2006, p. 272). É importante ressaltar que Kelsen considera autêntica também a interpretação judicial porque esta é criadora de uma norma jurídica mesmo que seja individualizada. Para ele, a interpretação autêntica é toda aquela que cria direito (KELSEN25, 2011).

A Interpretação Judicial ou Jurisdicional é aquela que é feita pelo juiz, que deve aplicar a norma ao caso concreto, essa interpretação só tem força de lei para o caso em julgamento - excetua-se o sistema anglo-americano para o qual a interpretação dispõe de obrigatoriedade geral, pois nele prevalece a força do precedente (BATISTA e COSTA, 2006).

A Interpretação Doutrinária, por sua vez, é a interpretação feita por um advogado, ou jurista, que ao interpretar preceitos legislativos é influenciado por doutrinas. Esta interpretação não tem caráter oficial nem público e tem suas origens nas obras dos jurisconsultos e cientistas do Direito (BATISTA e COSTA, 2006).

A Interpretação Administrativa é aquela que é feita pelos próprios órgãos administrativos do governo mediante pareceres, portarias, circulares, despachos etc. (BETIOLI, 2011).

6. OS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO (HERMENÊUTICA TRADICIONAL)

Direito, como disciplina deontológica (que dispõe sobre o dever-se), possui a função social de solucionar conflitos. E os métodos de interpretação são instrumentos utilizados pelo Direito para viabilizar a decibilidade desses problemas.

Algumas questões, no entanto, surgem dentro da Hermenêutica. Uma delas é sobre a incompletude/lacunosidade dos textos normativos. Um texto que permite várias interpretações não é um problema para a Hermenêutica. O que se torna um problema é a norma jurídica lacunosa, tendo o juiz que completar a lacuna através do costume e da analogia.

Outro problema é sobre a (pseudo) cientificidade da Hermenêutica Jurídica. A interpretação jurídica é a manifestação da vontade da autoridade competente, que tenta convencer de que aquela é a melhor interpretação para que se possa executar a lei. A interpretação, então, é subjetiva e o objeto de estudo traz sentidos diversos, sendo de incumbência da Ciência Hermenêutica descrever as possibilidades de significação.

24 BATISTA, Rosangela de Fátima Jacó e COSTA, José Pereira da. *Introdução à Ciência do Direito.* Juazeiro: Editora e Gráfica Franciscana, 2006.

25 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 8ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Logo, as resoluções são deturpadas e os limites da ciência são ultrapassados por se querer achar um sentido unívoco que não existe. Para Kelsen, o ato de julgar não está relacionado ao conhecimento ("eu sei"), mas sim a um ato de vontade, um ato decisional ("eu quero").

6.1 O Método Exegético, Literal ou Gramatical

Esse método surgiu no séc. XIX, na França, com a Escola da Exegese. Para essa escola, não existe a interpretação do "direito", mas sim a interpretação das leis, tendo como prioridade o método gramatical que se baseia no estudo do significado e alcance de cada uma das palavras da norma jurídica (BETIOLI, 2011).

Criada com a Revolução Francesa, esse método prega o extremo apego ao prisma literal, ou gramatical, da interpretação, cuja figura do juiz era reduzida ao de "*boca da lei*". A função do juiz passou a ser a de somente aplicar a lei, se interpretá-la, pois se tentava desvincular a ideia de soberania que permeava a figura dos juízes.

Para a Escola da Exegese, todas as possíveis ações futuras já estavam contempladas e normatizadas pelos códigos e pelas leis. Ainda segundo essa escola, as diferentes sentenças dadas pelos juízes ao mesmo caso, se dava por dois motivos: ou por falta de ética, ou por incompetência (REALE, 2017).

A equidade, os costumes e os princípios de um direito ideal eram excluídos da interpretação exegética, sendo levada ao limite a desenvolução da interpretação de fórmulas legais e a inquirição do interesse do legislador.

A interpretação gramatical fundamenta-se na ocupação, em primeiro lugar, da lexemática da norma, ou seja, do conjunto de morfemas, palavras ou locuções que constituem um idioma, o qual a norma é expressa de forma escrita. O intérprete não pode acrescentar informações ao texto, tendo de ser fiel ao seu conteúdo e tendo de se limitar ao que o autor diz.

O direito enfrenta o problema da plurissignificação das palavras, o que permite que ocorra uma dispersão semântica. Essa dispersão pode ser amenizada fixando-se mais rigorosamente os sentidos técnicos dos termos visando à precisão conceitual, o que torna as palavras menos ambíguas e menos vagas (o correto uso das regras gramaticais, ou a ausência do uso, e sua clareza e precisão, geram ainda assim, equívocos quanto às interpretações das normas). Essa ambiguidade e vagueza podem ser constatadas, por exemplo, quando se diz que "todos são iguais perante a lei", cria-se aí uma dificuldade em se definir igualdade e lei.

No direito, as palavras devem ser usadas em seu sentido comum, em razão da dificuldade de se obter um código linguístico técnico. A Lei Complementar nº 95/98 versa

sobre a redação e elaboração das leis, dizendo que os termos nela empregados devem ser usados em seu sentido comum, a menos quando se tratar de assuntos técnicos, usando-se a nomenclatura própria da área que a norma legisla.

Existe ainda a crítica ao brocardo *in claris cessat interpretativo* (a lei clara não precisa ser interpretada). Essa crítica diz que a clareza existente na lei apenas enfraquece a atuação do intérprete, não o obrigando a uma interpretação literal. À interpretação literal levada ao extremo (*interpretativo in fraudem legis*) também existe uma crítica, qual seja: a interpretação literal levada ao extremo deturpa o real sentido da lei, deturpa o seu *telos*, o seu objetivo, a sua razão de ser.

6.2 O Método Lógico-Sistemático

Esse método busca situar a norma dentro do conjunto do sistema jurídico, busca compreender seu sentido levando-se em conta que ela é parte de um todo (BETIOLI, 2011).

O método lógico, ao contrário do método exegético, não examina as palavras do texto normativo separadamente, ele examina o contexto e as proposições expressas por elas, tendo-se em foco os preceitos expostos de acordo com o todo da lei.

Toma-se como um exemplo de problema lógico o uso da palavra "privativo" em "competência privativa"; em um contexto significando "delegável", em outro significando "exclusivo", ou seja, "indelegável". O problema lógico aparece quando se emprega uma palavra ambígua, dissolvendo-se esse obstáculo linguístico com a análise da organização textual na qual está inserta o significante.

Os intérpretes, para tentarem se desvincular das interpretações estritamente ligadas a relações gramaticais e semânticas, utilizam-se de outros métodos para a análise de textos.

O método sistemático leva em consideração o sistema jurídico global, introduzindo na interpretação elementos estranhos, pois se utiliza de outros textos para o estudo em questão. É realizado um confronto entre o texto principal estudado e outro texto da mesma lei (exame de contexto da lei), ou com os textos de outros sistemas jurídicos positivos (direito comparado), desde que todos versem sobre a mesma relação. Esse método é utilizado levando-se em conta que as normas são mutuamente influenciadas, que uma interfere na outra, ampliando ou restringindo seus princípios e significados.

6.3 O Método Teleológico

Telos quer dizer fim, finalidade, dessa forma, o método teleológico atribui um propósito a norma e busca sua finalidade. Esse método é o mais flexível dentre todos, pois dá ênfase à participação do intérprete na representação do sentido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O direito tem a tarefa de promover a sociabilidade humana, e a norma, que é uma das expressões do direito, busca esse fim (de acordo com o método teleológico), sendo a realização concreta da justiça o fim maior do direito.

Esse ponto de vista é confirmado pelo art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que diz que o juiz deverá, na aplicação da lei, atender aos fins sociais propostos por elas.

O direito, contudo, não tem o condão de poder alcançar todos os fins postulados pelas normas, pois alguns deles são mais e menos tangíveis, mais e menos abstratos do que outros.

6.4 O Método Histórico-Evolutivo (Histórico + Sociológico)

Esse método tem inspiração na Escola Histórica de Savigny e foi criado devido aos desajustes do método *exegético*, pois começaram a aparecer várias situações não contempladas pelas normas (REALE, 2017).

Faz parte desse método a investigação das condições do surgimento da norma com o objetivo de encontrar a vontade por trás de sua criação, sendo a lei um pré-juízo psicológico. O método histórico-evolutivo cria um legislador fictício – um artifício retórico – e atribui-se a ele um querer.

Esse método contém duas falhas. A primeira delas é que não existe ninguém a se consultar para saber a sua vontade, criando-se uma conjectura de qual seria o seu interesse no momento de criação da norma; além disso, as normas são criadas por um grupo de legisladores e sua criação é um procedimento complexo, havendo abstenções, vetos, opiniões divergentes etc. A segunda falha é que, se esse legislador existisse e fosse indagado sobre sua real intenção ao criar a norma, ele teria de adaptar a sua vontade do momento de criação ao momento atual, por conseguinte, a norma criada por ele no momento atual seria diferente.

O método histórico-evolutivo de interpretação compara as normas antigas às normas que as sucederam para que se possa compreender o contexto e as condições em que foram criadas, pois é impossível separar o momento de elaboração de uma norma do momento de aplicação da mesma, essas duas circunstâncias são inextrincáveis. É por isso que se faz mister o estudo sobre a História do Direito, sobre os institutos jurídicos e sobre o Direito Romano.

Savigny diz que os métodos de interpretação não são excludentes entre si, nem existe hierarquia entre eles; eles fazem parte da interpretação jurídica em si. Contudo, Engisch afirma que Savigny quis apenas ser prático. Engisch assevera que na prática cada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

método de interpretação pode levar a resultados distintos – e que o melhor método depende do arbítrio do intérprete.

7. DISTINÇÕES ENTRE HERMENÊUTICA JURÍDICA, CIENTÍFICA (OU GERAL, OU TEORIA GERAL DA INTERPRETAÇÃO) E FILOSÓFICA (OU ONTOLOGIA FUNDAMENTAL)

A Hermenêutica, primeiramente, surgiu como uma disciplina auxiliar cujo objetivo era o estudo de textos (Hermenêutica Bíblica e Jurídica). Depois, no séc. XIX, passa a ser um instrumento das Ciências Históricas (ciências que tem por objeto de estudo a cultura e não a natureza) para justificar seus pressupostos, seus métodos e seus fundamentos, criando-se assim a Hermenêutica Científica (ou *Geral*) – passando a ser uma espécie de "metaciência" e perdendo seu caráter de disciplina isolada cujo único objetivo era o de se interpretar textos (BETIOLI, 2011).

A Hermenêutica ganha destaque, ficando ao lado das outras ciências da enciclopédia ocidental. Ernst *Schleiermacher* e Wilhelm Dilthey a colocam como uma "epistemologia da história". A Hermenêutica, então, desvincula-se das metodologias das outras ciências históricas e passa a ter uma metodologia própria destinada a compreensão das ciências da cultura (história, filologia, direito, teologia etc.). O objetivo das ciências da cultura não é a explicação ou o domínio da natureza, mas sim a apreensão do seu sentido para que se possa entender a cultura.

A Hermenêutica, no séc. XX, desenvolve uma acepção radical, passando a se chamar Hermenêutica Filosófica ou Ontologia Fundamental da existência humana. Ela afirma que não se pode cientificizar a capacidade/liberdade de compreensão, pois o homem já se compreende no mundo através da linguagem com o decorrer de sua vida.

O pensador alemão Martin Heidegger é o principal filósofo a discorrer sobre esse assunto, assim como seu discípulo Hans Gadamer. Para eles, a possibilidade de separar o sujeito do conhecimento do seu objeto de estudo é uma falácia, pois os dois estão ligados *por* um contexto inicial, não se podendo iniciar o estudo desse objeto com neutralidade.

No plano da cultura, existe o autor, que já tem sua obra construída e o intérprete, que busca o sentido do texto; os dois, no entanto, estão inseridos, envolvidos, em um contexto histórico que influencia em suas experiências e em suas interpretações.

Gadamer dizia que ou você busca um método para se obter a verdade, ou você vive a própria verdade. Esse *método* cria a falsa impressão no intérprete de que ele pode se colocar como alheio ao se estudar um texto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A *Hermenêutica* Jurídica cria essa mesma falsa impressão. O juiz, antes mesmo de se utilizar dos métodos para interpretar um texto jurídico, já está envolvido com ele, já o está interpretando. Os textos jurídicos foram criados por pares, pessoas semelhantes aos juízes que compartilham com eles o mesmo universo simbólico, o mesmo contexto, o mesmo momento. Por isso não há como se emitir uma decisão jurídica com neutralidade.

7.1 A Reviravolta Hermenêutica

A Hermenêutica Jurídica é uma disciplina onde se pode encontrar o direito sendo aplicado. E essa aplicação é a aplicação de uma norma feita no passado com uma ação juridicamente relevante feita no presente. O juiz põe a Hermenêutica em prática a partir do momento em que interpreta um texto e se sabe legitimado para a complementação do direito de acordo com o sentido original do texto legal.

Quando um juiz emite uma sentença, exige-se que ele apresente as razões que o levaram a decidir daquela maneira, mesmo que ela não derive do texto legal, mesmo que seja uma razão diferente da *razão* da lei.

O juiz, ao decidir, deve se colocar no lugar do legislador, como se estivesse aplicando o imperativo categórico kantiano à norma, como se estivesse estatuindo um comportamento universal para toda a sociedade.

É fundamental que se separe o momento de justificação do momento de aplicação da norma. Esses momentos apresentam procedimentos éticos diferentes. A justificação da norma está relacionada ao plano da validade, enquanto a aplicação da norma está relacionada ao plano da efetividade, sendo que a coerência da justificação da norma deve ser reelaborada no momento de sua aplicação; isso se deve porque, no mundo jurídico, a declaração legal é o ponto de partida para que ocorra a realização de um direito.

Essa declaração pode, contudo, impossibilitar a coerência normativa, pois, no ato de se decidir quais serão os direitos de uma pessoa, os julgamentos éticos são feitos dentro de um curto período e com um conhecimento limitado sobre as questões morais. Assim, o que foi colocado como uma norma válida para todas as pessoas, o foi limitado pelo tempo e pelo conhecimento, o que gerará mais problemas, pois, no momento de aplicação da norma, outras variáveis surgirão para modificar o resultado.

A equidade encontra-se no direito como um dos fatores que guiam um jurista à justiça e o ajudam a superar as lacunas existentes nas leis (BETIOLI, 2011, p. 298), sendo mal-entendida no direito contemporâneo devido a várias outras concepções e termos que permeiam o mundo jurídico.

Aristóteles, em "Ética a Nicômaco", nos mostra dois tipos de equidade: a equidade que corrige a lei, pois às vezes ela se desvia do seu objetivo por ser universal; e a equidade

realizada pelo homem equitativo que busca, através de suas ações, exercer a justiça, ele faz isso quando toma para si menos do que lhe é devido, mesmo quando a lei permite que ele tome mais.

A lei é universal, mas não é possível se fazer afirmações universais já que certos casos particulares não se encaixaram no paradigma normatizado por aquela lei (a lei levará em consideração o caso mais frequente).

A lei (justiça universal) e a equidade, juntas, formam a justiça absoluta, sendo esta última uma justiça que corrige a primeira. A instituição jurídica contemporânea impõe a equidade à decisão do aplicador do direito, sendo reformulada pelo princípio da proporcionalidade.

7.2 Hermenêutica Tradicional e Hermenêutica Moderna

A Hermenêutica Cientifica tentava anular o trabalho do intérprete para se chegar a um resultado objetivo, então ela estabeleceu condições para que isso ocorresse. A hermenêutica jurídica não se afastou disso.

Com as críticas feitas pela Hermenêutica Filosófica, os teóricos do direito tiveram que se afastar das metodologias empregadas pela hermenêutica jurídica. Começa-se a falar em uma nova hermenêutica e uma velha hermenêutica jurídica. Essa nova hermenêutica jurídica utiliza as bases da hermenêutica velha para se estabelecer. Surge, assim, uma "nova hermenêutica" cujos intérpretes têm maior liberdade para interpretar, podendo emitir interpretações menos técnicas.

Os antigos métodos de interpretação (sem nenhum detrimento aos métodos de interpretação tradicionais) continuam sendo usados, principalmente pelas Cortes Constitucionais para uma interpretação mais consistente sobre a Constituição.

8. O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO MEDIANTE A LÓGICA DO RAZOÁVEL

A Lógica é uma parte da Filosofia que trata das formas do pensamento em geral e das operações intelectuais que visam à determinação do que é verdadeiro ou não, sendo a ciência das leis que regem o raciocínio correto.

A Lógica Formal, também conhecida como Lógica Aristotélica, estuda os conceitos, julgamentos e raciocínios abstraídos dos objetos que designam e das leis do pensamento. Essa lógica tem como base os princípios da identidade, do terceiro excluído, da não contradição e da razão suficiente. Contudo, a Lógica Formal pode chegar a conclusões não corroboradas pelo plano dos fatos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Direito, contudo, por ser uma disciplina deontológica, ou seja, por levar em consideração os valores dos atos, não absorve muito bem os juízos formais da lógica. As aplicações das normas jurídicas levam em conta a vida humana e seu valor intrínseco, não se podendo tratá-la como um simples objeto de uma atividade intelectiva.

O jusfilósofo espanhol Luis Recaséns Siches, contesta a superação dos métodos de interpretação pelo raciocínio lógico-dedutivo com a sua tese da Lógica do Razoável. Ele propõe que o silogismo jurídico seja guiado não pela lógica tradicional, mas pela lógica do razoável, que oferece outra perspectiva ao valor da vida e das relações humanas. Siches afirmava que o julgador se sentia na obrigação de legitimar suas decisões através dos mais variados métodos (analógico, literal, histórico etc).

Um juiz imputa juízos de valor aos atos humanos, não imputa somente valores cognitivos. É disso que a lógica do razoável trata: da impregnação de pontos de vistas estimativos e critérios valorativos às experiências humanas.

Dessa forma, o juiz formula normas concretas e singulares que possam se adequar ao caso em questão. Ao tratar a situação dessa maneira e produzir essa norma, o juiz adquire um papel legítimo. A sentença não é uma simples descrição da realidade e dos fatos, ela é antes uma suposição de juízo de valor.

Siches contribuiu substancialmente com a sua tese da Lógica do Razoável, pois graças ao seu trabalho, surgiram movimentos como o construtivismo judicial e o ativismo judicial, e sem o seu trabalho os julgadores continuariam a defender a tese do silogismo dogmático – para o qual o silogismo jurídico consistiria em inferências de normas abstratas para o plano concreto, o que para Siches seria um falseamento da realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou registrar nesta etapa do estudo, a interpretação e sua importância no âmbito do direito, particularizando o estudo para a seguridade social, referindo os tipos e métodos jurídicos existentes na atualidade, que possibilitam a efetivação da interpretação das normas jurídicas, em especial as normas do Direito Previdenciário.

Ao longo do desenvolvimento do estudo, pôde-se adentrar o universo da interpretação e da hermenêutica jurídica, de tal sorte que se familiarizou com os métodos e técnicas que integram esses dois institutos.

O estudo da interpretação e da hermenêutica jurídica, envolve conhecimentos inerentes à sociologia e à filosofia, requerendo atenção e concentração, para se assimilar os sentidos dos termos que são utilizados nessas atividades, de modo usufruir ao máximo dos conhecimentos, que consolidam a formação e podem ser utilizados posteriormente, quando da prática jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Não se tem dúvida quanto a pertinência e propriedade da aquisição desses conhecimentos, da qualidade que eles introduzem na experiência pessoal e social, além de agregarem valor ao exercício profissional.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Rosangela de Fátima Jacó e COSTA, José Pereira da. **Introdução à Ciência do Direito.** Juazeiro: Editora e Gráfica Franciscana, 2006.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito.** 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. [recurso eletrônico]. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. **Dicionário Eletrônico Aurélio**. 5ª ed. Curitiba: Editora Positivo, 2014.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** 49. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2018. 489p.

HEIDEGGER, Martin. Ontologia – **Hermenêutica da Faticidade**. 2ª ed. Tradução: Renato Kirchner. Petrópolis(RJ): Vozes, 2013. 134p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21 ed., 3ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 367p.

PLÁCIDO e SILVA, Oscar José de. **Vocabulário Jurídico**. Volume 1, 32 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed., 20. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2017. 391p.

Sobre o autor:

[1] advogado, assessor e consultor jurídico, sócio administrador da ARSIA, especialista em direito processual, especialista em direito previdenciário, especialista em advocacia previdenciária, especialista em direito do consumidor, especialista em direito público, especialista em direito constitucional aplicado, mestrando em direito processual constitucional.

Sobre a orientadora:

[2] Orientadora, formação acadêmica: Bacharelado em Direito. FACI- Faculdade Ideal, conclusão em 2010, Especialista em Processo Civil, Trabalhista, Penal, Administrativo e Constitucional- Uninassau, concluído em Junho de 2013., Mestra em Direito Processual Constitucional- Universidade Nacional Lomas de Zamora concluído em Dezembro de 2014, Defesa realizada em 12/07/2017, e Revalidado pela UFRN PPG Nº 000471, Assessora Fazendária da SEFA/ PARÁ Até 08/01/19, Organizadora de Eventos, Palestras, Seminários, Workshop, Congressos, Simpósios e afins. EXPERIÊNCIAS PROFISSIONAIS: 2005 até 2016 - A Grello Advocacia e Imobiliário / Cargo: Assessora Jurídica. Principais atividades: Analise e realização de processos, acompanhamento de processos on line e no fórum, nas áreas comercial, cível, tributária, trabalhista. Em 2006 á 2008- Trabalhou no Fundo Ver-o-Sol como Estágiária no Jurídico, desenvolvia o acompanhamento de Contratos e Convênios, Trâmites Administrativos, feitura de documentos oficias, estudos de casos de munícipes. Em 2008 á 2009- Trabalhou ao Politica Partido PTB, no cargo de Assessora Jurídica, onde desenvolvia analise de processos, acompanhamento de julgamentos, atualização processual, protocolo e feitura de ações. Em 2009-2011,trabalhou na PMB BELÉM - Gabinete do Prefeito- Janeiro de 2009 á Dezembro de 2009 Setor: contratos e Convênios Principais e de 2009-2013 a PMB/SEHAB Setor: NAJ- Núcleo Jurídico, desenvolvendo emissão de pareceres singulares ou relato de pareceres coletivos, solicitados nos processos que lhe forem encaminhados. Em 2013 a Junho de 2014 Atuou como Docente ma UNIP - Universidade Paulista, ministrando aulas para os cursos de bacharelado em Administração, Ciências Contábeis e os Cursos Tecnológicos de Gestão Empresarial, Pedagogia, Processos Gerenciais. Em 2013 a 2017, atuou como Docente da Escola de Governança do Estado do Pará como Prestadora de Serviços, na capacitação de funcionários públicos municipais e estaduais, mediante mini cursos, com disciplinas da área jurídica, com duração de 60h. Em 2014 a 2018, atuou como Docente na Faculdade Mauricio de Nassau - Belém, onde ministrava aula para os Cursos de Gestão de Recursos Humanos, Gestão Comercial, Ciências Contábeis, Administração, Serviço Social e Direito, com carga horária de 20h semanais, nas disciplinas de Direito Previdenciário, Direito Trabalhista, Direito e Legislação Tributária, Direito Empresarial , Direito Empresarial III,Direito Empresarial I e III. Direito do Consumidor, Hermenêutica Jurídica, Empreendedorismo, Introdução ao Estudo de Direito, Filosofia, ética e Cidadania,Direito e Legislação Social,bem como atuou ao Cursos de Pós Graduação na UNINASSAU nas disciplinas: Metodologia Científica e Mediação e Arbitragem. Atualmente é Advogada OAB/PA 28.158, atuante nas Áreas do Consumidor, Civil, D.Público, Trabalhista, Empresarial, Eleitoral, Administrativo, e Coaching Profissional e para Exame de Ordem, bem como orientadora de mestrado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR DE HOMICÍDIOS

PAULO GUSTAVO COELHO DIAS:
Pós graduação Segurança Pública com ênfase em atividades policiais. Delegado de Polícia Civil PCPE.

Resumo: o presente artigo visa demonstrar o necessário processo investigativo preliminar diante de uma cena de crime na qual foi cometido um homicídio. O trabalho policial investigativo iniciado desde o acionamento da Equipe Policial até a liberação do palco do delito sob o comando do delegado de polícia vem a ser o objeto principal deste artigo. Demonstrando e valorizando o trabalho da Polícia Judiciária em seu mister de apuração de crimes mediante a presidência do Inquérito Policial pela Autoridade competente, perfazendo a construção de uma investigação preliminar de forma eficaz para que forneça material suficiente e importante para a investigação de seguimento obter a consolidação das respostas que envolvem o crime contra a vida.

Palavras-chave: Segurança Pública. Delegado de Polícia. Crimes contra a vida. Investigação Preliminar. Técnicas e Métodos Investigativos.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Princípios Constitucionais e Dispositivos Legais. 3 – Do Delegado de Polícia. 4 – Investigação Preliminar: 4.1 – Do acionamento; 4.2 – Primeira Equipe na Cena do Crime; 4.3 – Isolamento e Preservação; 4.4 – Atos Investigativos; 4.5 – Atos Periciais; 4.6 – Liberação da Cena do Crime. 5 – Formalização da Investigação Preliminar. 5 – Conclusão. 6 – Referências.

1 - INTRODUÇÃO

A complexidade que abrange o crime de homicídio nos traz a dificuldade com a qual a investigação policial se torna difícil de conseguir êxito nas questões que envolvem a ação delituosa contra a vida. Notamos que muitas das vezes o procedimento inicial de um processo investigativo vem a não ser adequado ou não ser elaborado da forma como deveria, pois, citamos como exemplo, o caso do isolamento e preservação do local de crime, em concreto e diante da realidade da necessidade de finalizar um trabalho de forma célere, se atropela etapas ou atos necessários para que haja um bom desenvolvimento da persecução investigativa. Valorizamos que a forma esmiuçada e detalhada com a qual o investigador conduz o trabalho policial investigativo reflete diretamente nas oportunidades e condições favoráveis para que se vislumbre um resultado positivo diante da infração penal. Um eficaz planejamento diante do fato criminoso aliado às ações realizadas em etapas faz com que o quebra cabeça investigativo venha a construir o mosaico da arquitetura criminosa, desvendo suas nuances mais importantes, tais como, motivo, dinâmica e autoria. Dito isso, o presente artigo tem o intuito de apresentar os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

métodos e as técnicas utilizadas nas investigações policiais dos delitos de homicídios presididas pelo delegado de polícia. O objetivo é a explanação do tema proposto para uma fundamentação nas investigações policiais, tornando-as ainda mais técnicas e precisas, detalhando e demonstrando as oportunidades únicas na fase preliminar do trabalho de desvendar o ato criminoso mortal, dessa forma, colaborando para a conclusão e elucidação dos crimes com apresentação de forma adequada da verdade possível dos fatos delituosos.

Se preza a observação à valorização da importância que o tema requer, a investigação preliminar de homicídio é de suma grandeza para a construção do alicerce no qual a linha investigativa poderá caminhar de forma eficiente com condições de êxito no trabalho da Polícia Judiciária. O intuito é a apresentação de uma opção de rumo para que o investigador se aprofunde e desenvolva o processo investigativo utilizando critérios e métodos apresentados que sirvam de base para toda a construção da investigação preliminar de forma planejada e arquiteta para o sucesso, qual seja, o esclarecimento das questões primordiais do crime: motivo, circunstâncias e autoria do crime.

2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DISPOSITIVOS LEGAIS

Como focamos a obra em investigação de homicídios não podemos dissociar a figura mais importante desse caminho a ser traçado, o investigador. Usamos o termo investigador para amparar qualquer função a ser exercida nos quadros policiais, seja Delegado, Comissário, Agente, Escrivão (termos utilizados na PCPE), e outros termos utilizados nas instituições que exercem e desenvolvem o mister investigativo na apuração de crimes.

Ratificando, ainda, que a visão de todos formula e constrói um melhor pensamento investigativo. De suma importância, há necessidade da quebra de barreiras quanto às funções a serem exercidas por cada componente da equipe investigativa. Não há que se falar em exclusividade de desenvolvimento das ideias formuladas nas etapas do procedimento em questão. Temos que abrir os horizontes e colher de todos os envolvidos da equipe as conclusões diante do problema imposto, pois, todas as nuances e detalhes das informações podem ser interpretados de várias formas por cada componente e, dentre elas, insurgir o debate para a causa mais provável de qualquer dos quesitos inerentes a investigação de um fato, servindo como mediador o delegado de polícia que conduz o debate de forma igualitária e aberto aos membros da equipe. A equipe é formada de cabeças pensantes que adentram num jogo em que cada pensamento forma uma peça que vem a ser encaixada no quebra cabeça formando a figura que estava escondida nos detalhes e fatos encobertos.

Diante de tal parágrafo, partimos da ideia que tais Investigadores são servidores públicos regidos pela legislação pátria e que tem a obrigação de seguir os ditames constitucionais que vem da nossa Carta Magna, condensados e demonstrados a partir dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

princípios constitucionais, expressos ou implícitos, que representam de forma digna a tutela dos direitos, a defesa do nosso estado democrático e importante defesa da cidadania.

A defesa da cidadania representa, dentre outros aspectos, a investigação criminal como sendo uma das possibilidades, um dos instrumentos utilizados pelo próprio Estado para defender e proteger todos os cidadãos abraçados e protegidos pelos preceitos constitucionais. Preceitos esses que vem apresentados nos princípios constitucionais.

E não apenas os princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal, mas, especificamente, na investigação de homicídios temos os existentes no Código Penal, Código de Processo Penal e nas legislações especiais.

A investigação criminal é um caderno formado por atos administrativos públicos, onde a figura do investigador é um agente público que tem a obrigação e o dever se seguir os ditames do ordenamento jurídico nacional.

Vemos os princípios basilares da Constituição Federal descritos no artigo 37 – LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE e EFICIÊNCIA – que são apresentados na Administração Pública.

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.

Princípio da Legalidade – todos os atos públicos administrativos realizados pelo investigador devem estar de acordo com os preceitos da Lei. Sendo demonstrado no próprio artigo 5º da CF/88, inciso II – "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" – neste aspecto sendo observado em primeiro plano o cidadão quanto a sua condição e seu arbítrio de execução ou não de atos e condutas. Em outro plano, se destaca o próprio Estado, em sua atuação, representado pelos seus agentes públicos, que só poderão realizar aquilo que é permitido por lei.

Na investigação criminal conseguimos pautar o preceito do princípio da legalidade quando da execução das diligências realizadas no trabalho investigativo a ser desenvolvido na investigação, pois, todo e qualquer ato executado e formalizado pelo investigador deve, e tem obrigação de fazê-lo, ser construído nos ditames da lei. A investigação tem que, necessariamente e obrigatoriamente, estar de acordo com as leis do nosso ordenamento jurídico.

Princípio da Impessoalidade – os atos promovidos e realizados pelos investigadores têm a finalidade de atender o interesse público. Esse que está acima de qualquer desejo, benefício ou promoção pessoal, de qualquer maneira, ao agente público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Acrescentando que tais atos, que representam a própria administração pública, não podem ter o intento de prejudicar ou beneficiar pessoas, de forma geral, determinadas. Em verdade, o investigador ao executar seu ofício vem a representar a instituição a qual exerce seu mister, levando em consideração que o ato praticado pelo agente público também é representação da instituição.

Princípio da Moralidade – os atos públicos administrativos devem estar em consonância com os possíveis conceitos que envolvem a ideia da moralidade utilizada em um contexto societário. Tais atos devem seguir aquilo que vem sendo aceito no pensamento moral de uma sociedade. Após tal observação, vemos um conceito de moralidade na Lei nº 9.784 de janeiro de 1999, em seu artigo 2º, inciso IV: "*atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa fé*".

Princípio da Publicidade – é o princípio que envolve a demonstração da transparência dos atos envoltos em legalidade com possibilidade de serem colocados em pauta por controles que visam a não ocorrência de abusos promovidos pelos agentes públicos. Logicamente, que como estamos falando de investigação criminal, temos que observar as peculiaridades que existem nos procedimentos investigativos que, via de regra, são sigilosos. Tendo no Código de Processo Penal, em seu artigo 20: "*a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade*". Na CF/88 – artigo 5º - LX: "*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*".

O STF editou a Súmula Vinculante nº 14, que diz: "*é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*".

Princípio da Eficiência – esse é um procedimento importante ao trabalho a ser desenvolvido pelo agente público, investigador, pois, através do seu mister vemos a boa administração dos atos públicos vinculadores e arraigados do profissionalismo do agente, da produtividade em razão do excelente trabalho empenhado nas investigações e da própria eficácia do serviço público prestado à população, por vezes, tal serviço serve de alento às famílias traumatizadas pela perda cruel de um ente querido pela ação criminosa contra a vida. Partindo sempre da ideia que deve existir uma investigação criminal planejada para que seja efetiva e concluída com êxito.

Além dos princípios constitucionais relativos a Administração Pública, temos os princípios relacionados aos direitos e garantias individuais do cidadão estabelecidos no artigo 5º da CF/88. O investigador, quando do desenvolvimento do seu trabalho investigativo, deve observar tais princípios citados ao executar as ações policiais que visam responder as questões dos fatos criminosos. Há um equilíbrio proposto entre a

investigação criminal, vista como invasiva, e os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Sem dúvida, um trabalho protegido e amparado pelos princípios vem a enaltecer a qualidade do serviço público e garantir um desfecho exitoso.

Exemplificamos alguns incisos do artigo 5º da CF/88 relevantes ao tema proposto neste livro.

> *Artigo 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:*
>
> *II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*
>
> *III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;*
>
> *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;*
>
> *XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*
>
> *XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*
>
> *XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:*
>
> *a) a plenitude de defesa;*
>
> *b) o sigilo das votações;*
>
> *c) a soberania dos veredictos;*
>
> *d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Dessa forma, os princípios constitucionais foram apresentados de maneira breve e sucinta, tendo o objetivo de demonstrar e fomentar um pensamento investigativo de acordo com os preceitos estabelecidos na Carta Magna, sem questionamentos, o investigador tem que levar em conta os ditames constitucionais no desenvolvimento do seu trabalho.

Após a CF/88, focamos no Código de Processo Penal que vem com maior especificidade em relação as diligências investigativas produzidas pelos investigadores em função do Inquérito Policial.

O artigo 6º do CPP traz procedimentos a serem adotados em locais de crimes, abrangidos pela investigação preliminar, assim como ações que também podem ser utilizadas na investigação de seguimento. Abaixo segue o artigo na integra para demonstrar as ações que podem ser tomadas.

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;*
>
> *IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.*
>
> *X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)*

O artigo 7º traz uma diligência policial a ser executada quando da investigação policial de seguimento, qual seja, a reprodução simulada dos fatos.

> *Art. 7º. Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.*

Importante, contudo, não obrigatória, pois, não se pode contrariar a moralidade ou mesmo a ordem pública. E, como estamos trabalhando no crime de homicídio, tem-se que levar em consideração os sentimentos das pessoas envolvidas com a perda do ente querido.

Sobre a condução da investigação criminal pelo delegado de polícia temos a citação da Lei Federal 12.830 de 20 de junho de 2013 que dispõe sobre o assunto que é escopo deste artigo, a investigação preliminar de homicídio. Abaixo segue o artigo 2º da referida legislação que apresenta de forma clara o trabalho orquestrado pelo delegado de polícia na presidência do inquérito policial.

> *Artigo 2º - As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.*
>
> *§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

3 - DO DELEGADO DE POLÍCIA

O delegado de polícia, na formação da equipe policial investigativa na cena do crime, estará diante da condução da investigação preliminar voltada para a formação do inquérito policial sobre o crime de homicídio. Neste processo investigatório, o delegado de polícia realizará atos planejados para desenvolver a linha investigativa que visará a apuração do fato criminoso contra a vida.

A priori, sabemos que o delegado de polícia tem a função de presidir o inquérito policial e garantir que todos os atos do procedimento investigatório sejam realizados com zelo e dentro da maior legalidade possível, iniciando o trabalho desde o local de homicídio, investigação preliminar, e finalizando com o término da investigação de seguimento concretizado com o relatório final.

No artigo 6º do Código de Processo Penal são apresentadas as ações que o delegado de polícia pode e deve adotar quando tiver a ciência da ocorrência de um crime. Tais ações vem são praticadas durante toda a investigação policial, tanto na fase preliminar como na de seguimento, e compõem a estrutura do inquérito policial.

Seguimos com a citação de alguns incisos do artigo 6º do CPP e o trabalho a ser executado quando da investigação policial preliminar a ser desenvolvida e articulada pelo delegado de polícia no comando da equipe policial que foi acionada através do recebimento da ocorrência de um crime de homicídio.

No artigo 6º:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

Na prática, já houve o acionamento da equipe policial que terá a responsabilidade de prestar o isolamento e a preservação do local. A equipe policial, costumeiramente, a equipe da Polícia Militar, tem a obrigação de executar o isolamento e respectiva preservação do local do delito. Quando da chegada do delegado de polícia e sua respectiva equipe policial, se torna possível a análise do isolamento, inserindo o local no contexto de imediato, mediato ou relacionado, para que seja adequada, ou não, nova área no quesito do isolamento. Além da checagem se a preservação do local está sendo bem realizada, é de extrema importância observar se não estão se perdendo vestígios cruciais para a investigação por causa de um trabalho preservativo com falhas e/ou desatento. Se tem um única oportunidade de executar o bom trabalho policial, lembrar disso é de alta relevância.

É de suma importância a participação e interação entre as equipes envolvidas na cena do crime, não só as de investigação e periciais, mas, a que realizou o isolamento, com no exemplo que foi a equipe policial militar que foi a primeira a estar no local e que pode já ter colhido algumas informações a serem repassadas através de um contato verbal.

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

As equipes investigativas e as periciais na cena do crime de homicídio desenvolvem o trabalho pericial com a respectiva apreensão de objetos que venham a ser essenciais para a investigação policial. De fato, inicialmente, num local de crime, temos a apreensão de objetos realizada pelas equipes periciais para que se possa elaborar o laudo pericial e, posteriormente, serem remetidos, os laudos periciais, para a delegacia de polícia de homicídios para juntada aos inquéritos policiais. Não sendo o caso de apreensão pelos peritos para elaboração do laudo naquele momento do local do crime, e, após a análise e debate entre o delegado de polícia e o perito, há a apresentação e apreensão por parte dos integrantes das respectivas equipes investigativas mediante a formalização do documento de apresentação e apreensão do objeto, incluídos no inquérito policial a ser instaurado. E o objeto a ser apreendido poderá ser enviado, posteriormente, aos Peritos para ser submetido a uma perícia criminal.

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

Esse inciso visa, sem sombra de dúvidas, a importância da colheita das provas que podem estar presentes na cena do crime. Citamos NUCCI (2020) em relação ao sentido da prova: "há fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato".

E como preceitua o professor Márcio Alberto Gomes da Silva (2020): "trata-se de permissão genérica que autoriza a coleta de qualquer meio de prova, ainda que não originário do local do crime (decorrente de buscas representadas e deferidas pela autoridade judiciária, objetos ou documentos fornecidos por pessoas físicas ou jurídicas atendendo a solicitação/requisição da autoridade policial, dentre outros)".

Como focamos nessa parte da obra na investigação preliminar, podemos imaginar uma situação de local de crime de homicídio e inserir todas as ações descritas no artigo 6º no trabalho policial a ser desenvolvido pelo delegado de polícia, ratificando, ainda, que há

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

uma equipe policial formada para combater o crime e executar a investigação. Do desfecho das diligências do local do crime, se retorna à unidade policial e, preliminarmente, se inicia a formalização do procedimento com o máximo de informações e dados colhidos.

Relembramos que os comentários expostos nos incisos do artigo 6º do CPP são baseados na ocasião da investigação preliminar, quando estaremos atendendo a ocorrência do local de crime de homicídio e desenvolvendo o trabalho investigativo em razão do crime contra a vida.

O delegado de polícia é o responsável por liderar a equipe de investigação com o intuito de coordenar o desenvolvimento do trabalho apuratório desde a sua chegada no local até a sua liberação.

O delegado torna-se um articulador entre as equipes que estão presentes, sendo proativo e se dirigindo a todos que possam colaborar com informações para construir um ou mais de um caminho para descobrir a verdade possível dos fatos. É uma figura importante no palco do delito e tem o dever de se comunicar para poder colher todas as informações presentes diante na cena do crime.

É comum na cena do crime, que as testemunhas fiquem com receio de declarar alguma coisa sobre a execução do delito. Na entrevista inicial, a equipe deve analisar a situação e o estado de ânimo da testemunha para escolher um melhor momento para colher suas declarações sobre o fato criminoso. Saber esperar a melhor oportunidade também faz parte do processo investigativo, pois, por vezes, as oportunidades serão únicas.

Além de estimular a comunicação entre os envolvidos e estar atento a tudo que acontece no local do crime, servindo de filtro para a grande remessa de notícias, cumpre ao delegado de polícia a requisição das equipes periciais no local do crime de homicídio consumado.

E de extrema importância que o delegado de polícia esteja em contato com os peritos durante a realização das perícias. O delegado, atento as delimitações dos locais imediato, mediato e relacionado, pode, normalmente, sugerir e indicar uma amplitude maior da área já isolada, devendo-se atentar para o fato de que a equipe investigativa só poderá entrar na cena do crime na companhia dos peritos. É importante que os integrantes da equipe investigativa estejam atentos e acompanhem a perícia criminal, formando assim um conjunto de ideias que serão compilados nas descrições do relatório preliminar que será elaborado pelo delegado de polícia descrevendo tudo e todas as medidas tomadas no atendimento do local de homicídio.

4 - INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conceituamos a investigação policial como sendo o desenvolvimento de todas as diligências realizadas pelas equipes policiais e/ou periciais que participaram efetivamente do processo apuratório das questões que envolvem o crime: motivo, circunstâncias e autoria. As diligências encetadas objetivam a coleta de informações para a construção de atos investigativos que possam colaborar no trabalho policial e de colheita de provas que serão formalizadas e juntadas no bojo do inquérito policial.

A investigação do crime de homicídio é única e permanente visando o desfecho conclusivo do caso em questão de forma exitosa, contudo, dividimos a investigação para fins didáticos em duas: preliminar e de seguimento. Concordamos com a doutrina ensinada pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, vinculada ao Ministério da Justiça, que a divide nessas duas etapas.

A investigação preliminar é descrita como sendo a investigação que se inicia logo após a notícia, a ciência, do crime de homicídio executado, no nosso caso na forma consumada, e vai até o momento da liberação do local onde ocorreu o delito contra a vida.

Ainda, no início do tópico, comentamos, de forma breve, sobre a sigla CVLI – crimes violentos letais e intencionais – essa que foi estabelecida pela SENASP, no ano de 2006, com intuito de abranger os delitos com maior relevância social para contabilizar e condensar os dados nas estatísticas referentes à mortes. Ficando estabelecido que a sigla CVLI abrangeria os seguintes crimes: homicídio, lesão corporal seguida de morte e o roubo seguido de morte, latrocínio.

A investigação preliminar vem a fomentar a investigação policial através da coleta de dados e informações que estão explanadas na cena do delito do crime de homicídio. É de extrema importância a realização de um trabalho de excelência na fase preliminar no local do crime. Temos a visão que no palco do delito pode existir a confluência de elementos, subjetivos ou objetivos, que possam apresentar a dinâmica do crime, a determinação da materialidade e, até mesmo, a apresentação da autoria.

Partimos da ideia de que a cena do crime é vista como uma grande oportunidade de se iniciar o desenvolvimento da linha investigativa, temos o palco do delito exposto aos olhos dos investigadores, que, diante das suas ações, vem a desenvolver a investigação. E, ainda, se destaca que a cena do crime é um momento único da colheita de vestígios presentes.

Em comento sobre os citados vestígios, citamos os artigos 158 e 158-A, § 3º, do Código de Processo Penal que relata a existência dos vestígios e seu conceito:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.*
>
> *Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.*
>
> *§ 3º **Vestígio** é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.*

Acrescentando um conceito de NUCCI (2020) de vestígio: "é o rastro, a pista ou o indício deixado por algo ou alguém".

4.1 - DO ACIONAMENTO

Partimos de quando ocorre a execução de um homicídio. Do crime consumado, teremos o **acionamento policial** para que uma equipe policial proceda e atenda a ocorrência de violência contra a vida e siga até à cena do crime. Esse que é propriamente dito como sendo o chamado pelo qual a Polícia, utilizando o termo da forma mais ampla possível, toma ciência da execução de um crime, consumado ou tentado. No nosso caso, toma conhecimento de um crime de homicídio. Na prática tal acionamento é realizado por algum popular que telefona para os números de emergência (em Pernambuco é o número 190) e comunica o crime para que os órgãos de segurança pública procedam ao atendimento da ocorrência relacionada ao fato delituoso contra a vida.

Citamos a importância do recebimento e do tratamento dispensado pelo atendente ao acionador. Suma importância, antes de tudo, tranquilizar o acionador para que se possa coletar todas e quaisquer informações sobre o crime que aconteceu, podendo, realmente, ser apenas um transeunte que telefona para informar o encontro de um cadáver que pode ter vindo a óbito por causas naturais ou mesmo para relatar um homicídio, mas, também, pode ser uma testemunha ocular que pode informar todas as questões relativas ao crime recém praticado.

Vale salientar que o atendente pode e deve coletar a maior quantidade de informações relativas ao caso, contribuindo assim desde a chegada mais rápida ao local da execução do crime até a sua autoria.

A colheita deve ser exaustiva e proporcionada pelo atendente de modo eficaz, porém, o mais importante é a segurança do acionador. O objetivo principal é garantir que o acionador esteja seguro, para que possa contribuir com a investigação preliminar. Sem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

esquecer que o acionador, que venha a contribuir com a investigação policial, estará abalado emocionalmente pelo choque de assistir a morte violenta.

4.2 - PRIMEIRA EQUIPE NA CENA DO CRIME

Naquela estrutura do acionamento policial supracitada, corriqueiramente, temos o atendimento e deslocamento de uma Equipe da Polícia Militar do Batalhão que abrange o local de crime como sendo a primeira representatividade policial no atendimento e chegada à cena. Nessa chegada é extremamente importante que, primeiro, a equipe analise as condições de procedibilidade para o desenvolvimento das diligências policiais no terreno em questão, priorizando a segurança do efetivo policial. Ou seja, a segurança da equipe policial está em primeiro lugar para que possa prestar um bom atendimento e cumprir com suas obrigações legais. De fato, há locais que é necessário um procedimento de progressão com primor na atenção ao deslocamento e atendimento por mais de uma equipe policial, como por exemplo, ambientes envoltos em guerra de gangues pelo domínio e controle do tráfico de drogas.

Após essa primeira análise da questão de segurança quanto ao atendimento e consequente chegada ao local do crime de homicídio, a partir daqui, a Equipe Policial, em segurança, salvaguardando a própria vida do efetivo, já está de pronto atendimento ao isolamento da cena do crime. Contudo, é necessário destacar a importância da preservação da vida humana nesse contexto. Sem dúvidas, estamos exemplificando no caso, exclusivamente, no crime de homicídio consumado, mas, se faz importante a citação da valorização da vida, pois, caso seja uma ocorrência de tentativa de homicídio com vítima sobrevivente, a Equipe Policial Militar tem a obrigação de prestar socorro à vítima que ainda resta com vida. Isso é o dever a ser cumprido. Porém, nesse contexto de salvamento, apesar de ser extremamente difícil na prática, se deve observar a preservação do local que fora isolado, caso tenha sido isolado, pois, a urgência da ação policial da equipe que se encontra com a vítima agonizando no palco do delito pode desaperceber algo que poderia ter sido preservado. Mas, o treinamento e a instrução seguem as ações de forma concomitante, salvamento e preservação.

4.3 - ISOLAMENTO E PRESERVAÇÃO

O isolamento vem a ser a delimitação do local do fato onde aconteceu o crime, realizado pela equipe policial que atendeu a ocorrência em questão. Começando pelo processo de delimitação da área a ser isolada, a equipe policial analisa toda a cena envolvida na ação criminosa de forma ampla o bastante para se ter condições de proceder com todos os atos importantes para o bom desenvolvimento investigativo.

No Código de Processo Penal, atualmente, vemos a definição do termo isolamento no contexto da cadeia de custódia que pode ser aplicado ao trabalho iniciado na cena do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

crime pela equipe responsável pelo isolamento e preservação. O artigo 158-B e seu inciso II:

> *Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:*
>
> *II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;*

Essa primeira delimitação vem formada pelo isolamento da cena do crime. Acrescentando que tal isolamento tem caráter preliminar, pois, de acordo com a análise das posteriores Equipes Policiais e Periciais que virão ao palco do delito, tal delimitação inicial poderá ser ampliada para uma melhor desenvoltura dos trabalhos investigativos.

Ressaltando a importância daquele primeiro contato de um popular que telefonou para o número 190 e, em conversa com o atendente, descreveu, pormenorizadamente, todas as informações que possa atestar diante da ação criminosa ou da cena do crime. Ratificando a importância do bom atendimento quando do acionamento policial. A equipe policial que chegar ao local do crime deve ter tais informações que ajudarão a construir uma excelente investigação, seja preliminar ou de seguimento. O trabalho investigativo já se inicia, sem qualquer dúvida, desde o acionamento policial, pois, os detalhes repassados poderão construir uma linha investigativa de sucesso.

No isolamento, temos três tipos de locais de crimes. Sendo o primeiro denominado como **IMEDIATO** – considerado o espaço físico que envolve o corpo de delito e o seu respectivo entorno, costumeiramente e em regra, é a área que apresenta a grande quantidade de vestígios materiais que servirão para a maior parte do desenvolvimento do trabalho pericial. Tal área, local imediato, com sua maior concentração de vestígios, proporcionará aos Peritos uma maior riqueza para o auxílio do esclarecimento do crime se baseando na perícia criminal.

O outro tipo de local de crime é o **MEDIATO** – sendo visto como a área subsequente ao local imediato, sendo ligada a ele, imediato, em decorrência da continuidade do plano físico. Os dois tipos de locais estão ligados geograficamente. O local mediato tem grande importância para a investigação porque é bem provável que ali existiam vestígios ligados a prática criminosa a ser apurada. A definição do local mediato depende da própria ação criminosa executada pelo autor. As circunstâncias da execução é que darão a oportunidade ao investigador atentar a cena e definir qual será o local mediato. De praxe, tal definição é feita pelo profissional da segurança pública que primeiro chegou ao local, contudo, como já dito, há possibilidade da extensão do limite preestabelecido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O terceiro tipo de local de crime é o **RELACIONADO** – sendo considerado qualquer área que mantenha vestígios relacionados à ação criminosa e não tenha com os locais imediato e mediato uma continuidade espacial. Como o próprio nome já indica, há uma relação com os outros dois tipos com possíveis vestígios relacionados.

O delegado de polícia, quando da análise de forma ampla de todo o cenário criminoso, define ou modifica qual seria no espaço físico os três tipos de local de crime. Determinado assim, a delimitação do local imediato, mediato e relacionado, procedendo ao isolamento propriamente dito.

Para tal isolamento, as equipes utilizam materiais, geralmente, o uso de fitas sinalizadoras e/ou cones, ou objetos já presentes ao local, podendo ser cercas, portas, etc, que sirvam de barreiras e que não permitam o acesso de pessoas que podem danificar ou atrapalhar de qualquer forma a manutenção dos vestígios existentes.

Aproveitando o contexto da escolha dos materiais ou objetos na cena do crime, destacamos a importância da proatividade do investigador envolvido. O termo utilizado, investigador, é considerado da forma mais ampla possível com intuito de valorar a pessoa inserida no contexto geral do procedimento investigativo, a engrenagem composta por várias fases e vários componentes que objetiva a elucidação do caso afeto. Voltando, tal investigador tem que estar sempre com a visão aberta, sempre ser proativo e estar apto e em condições de resolver problemas que venham a aparecer diante do seu trabalho sendo executado. Como dito no parágrafo acima, caso não tenha fita sinalizadora para realizar o isolamento, a solução seria a busca por objetos na via pública, dos mais diversos possíveis, contudo, aqueles que possam representar uma delimitação territorial para que a população curiosa não invada a área foco do trabalho preliminar, por exemplo, cercas, galhos, cadeiras, etc., vale a desenvoltura e o encontro de soluções do investigador diante das condições reais.

Isolamento esse que muitas vezes, apesar de se parecer apenas um procedimento padrão a ser realizado, mas, em verdade, é difícil de ser conduzido de forma simples, pois, até mesmo pela boa vontade de alguns presentes em ajudar, como por exemplo, o recolhimento de estojos de projeteis deflagrados pelos atiradores na cena do crime com intuito de salvaguardar os vestígios e que não se percam com a chegada da população desatenta que desalinha tudo que está pela frente, é uma demonstração da boa vontade de um cidadão que pensa que estava ajudando, mas, de fato, não está, pois, os vestígios tem que estar devidamente no seu lugar original. Outro ponto já iniciado pela frase anterior, vem a ser a chegada da população à cena do crime, geralmente existe uma grande aglomeração de pessoas nas cenas do crime, principalmente, nas vias públicas, com intuito, simplesmente, de acompanhar e ver o cadáver até a sua colocação na viatura do Instituto de Medicina Legal. O isolamento eficaz se torna muito importante, pois, em regra, as pessoas querem se aproximar ao máximo do corpo, chegando ao ponto de estarem ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

lado das equipes no local imediato. Tal "invasão", como se apresenta, pode vir a danificar um vestígio que antes era íntegro em algo contaminado que tenha que ser descartado na investigação. Eis que se apresenta a importância do isolamento e preservação.

Tanto em locais abertos, vias públicas, como em locais fechados, imóveis, é necessário o isolamento de forma qualificada e, principalmente, a sua preservação. Em locais fechados tal procedimento é mais viável a sua realização, pois, a própria estrutura física já comporta obstáculos ou delimitadores, como portas e janelas. Porém, pela limitação espacial é de extrema importância a observação na trajetória de entrada e saída, assim como o toque em superfícies de objetos que dão acesso ao recinto ou passagem dentro do imóvel, para que não haja perda ou contaminação de qualquer fragmento digital.

A preservação é necessária desde a delimitação do isolamento, pois, o agente de segurança pública ou investigador tem que ter um autocontrole preservativo nos seus próprios passos para que consiga definir os três tipos de local de crime, imediato, mediato e relacionado, os delimitando com utilização de materiais ou objetos para que não haja interferência de terceiros, perfazendo o isolamento, e, que ainda seja mantida a preservação do local isolado para a chegada das outras equipes que darão continuidade ao plano investigativo.

4.4 - ATOS INVESTIGATIVOS

Desse ponto vislumbramos os procedimentos investigativos que podem ser realizados na cena do crime, a investigação preliminar propriamente dita, demonstrando os meios utilizados pelas equipes policiais e periciais na cena do crime.

As opções investigativas que serão apresentadas demonstrarão o que é possível fazer para durante a investigação preliminar, visando fomentar uma investigação de seguimento que consiga concluir o inquérito policial com êxito em todas as questões que o envolvem.

Não custa lembrar que na cena do crime as oportunidades serão únicas e todo o empenho dos policiais se faz necessário visando o sucesso do trabalho investigativo. Cabendo a figura do delegado de polícia a observação de todas as nuances e oportunidades presentes que construam o trabalho investigativo preliminar.

Colheita de Vestígios – para conceituar o que são vestígios, utilizamos a definição presente no § 3º do artigo 158 – A do CPP: *"**vestígio** é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal"*.

Ao chegar ao local do crime, a equipe policial que inicia o trabalho de investigação preliminar analisará a cena em busca de todos os possíveis vestígios existentes ali,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aproveitando a oportunidade para conversar com as equipes que já estejam presentes e que tiveram acesso a algumas informações sobre o fato de maneira antecipada. Na sequência, os membros da equipe iniciarão as entrevistas com as pessoas presentes e alheias à ação criminosa, tais como, familiares, parentes, testemunhas, residentes na localidade e nos imóveis próximos ao ponto de execução do crime.

Já mencionamos antes o quão importante para a investigação preliminar é o isolamento adequado do local do crime. Caso seja necessário, por ordem do perito criminal, o limite previamente estabelecido pela equipe pode ser redimensionado para que abranja ou restrinja uma determinada área. O olhar dos investigadores ou peritos que trabalham especificamente com a investigação desse tipo de crime contra a vida é mais aprimorado, sendo capaz de captar algo que fora despercebido.

Após a checagem e redimensionamento do isolamento, se for o caso, ocorrerá a continuidade dos trabalhos, ficando a cargo do perito criminal analisar toda a cena do crime para elaboração da perícia.

Desse primeiro ponto, que é a definição ou permanência do isolamento realizado previamente, partimos para a busca dos vestígios existentes no palco do delito. É de suma importância que todos os presentes prestem a devida atenção na trajetória que irão percorrer na cena do crime. Já citamos aqui quais são as consequências negativas da aproximação de curiosos do corpo e daqueles que recolhem os estojos deflagrados pensando que iriam ajudar a investigação, apenas para nos posicionar no trânsito dentro da cena.

A partir de agora, apresentaremos os métodos utilizados para realização da busca por vestígios. Em cada um dos citados, faremos breves comentários sobre a prática policial.

Para o autor Erich Anuschat (1933), vestígio "[...] é tudo que possa ser percebido como matéria, corpo, objeto, etc., que tenha ou possa ter ligação com o crime ou criminoso e que sirva à elucidação do crime e determinação da autoria". (Investigação de Homicídios 1. SENASP/MJ)

O primeiro método de busca por vestígios é denominado como **movimento de apoio ponto a ponto ou método de grade**. É um método em que o investigador define um ponto de entrada e um ponto de saída, percorrendo um caminho em forma de serpentina nas áreas de busca dos vestígios. Ao final desse primeiro processo, pode ser realizado um caminho perpendicular ao que já fora executado. Pode ser realizado por mais de um investigador e é considerado o melhor tipo de método para realização de buscas em grandes áreas externas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O segundo método é o **movimento em espiral**. O investigador parte de um ponto fixo inicial, o que tem mais vestígios, no nosso caso, o homicídio, o investigador parte do corpo da vítima. Desse ponto, o investigador vai caminhando em forma de espiral em volta do ponto fixo inicial até o limite do isolamento. É um método muito utilizado para busca de vestígios em áreas de pequena extensão terrestre.

O terceiro é o **método de busca por setor ou busca por zona**. A área da cena do crime é partida em setores específicos que deverão ser trabalhados de forma isolada. Cada setor deverá ser submetido a busca de forma particular. É mais usado, corriqueiramente, em ambientes internos, imóveis fechados, porque a divisão de cada setor já vem delimitada em decorrência da própria estrutura física do local. Como há uma particularidade de setores, a equipe pode ser dividida para que um membro realize a busca em cada quadrante.

O quarto a ser descrito é o **método em linha**. Esse método, com certeza, é bastante conhecido por conta de filmes de investigação em que são realizadas buscas de vestígios em grandes áreas territoriais, como pântanos, florestas, e, mangues. Na área em que serão realizadas as buscas, fica estabelecido que investigadores, lado a lado, percorram uma certa extensão territorial em linha reta, ou seja, cada investigador segue a sua linha em busca de vestígios.

Esses são os métodos mais utilizados e a depender do caso concreto, o investigador poderá promover o uso de um ou mais métodos expostos. Cabe ao investigador analisar e tomar a atitude que acredite ser a mais usual e que se adeque ao local do crime investigado. O uso dos métodos acima indicados não é algo isolado, eles podem ser utilizados de forma conjunta, como por exemplo, após determinação dos quadrantes, método por zonas, se pode utilizar o método espiral. Não há fixação na maneira de pensar para utilizar os recursos e os conhecimentos existentes, a criatividade deve sempre ser uma possibilidade para o investigador.

Após as buscas pelos vestígios com o consequente encontro deles, temos a necessária observação para a cadeia de custódia.

Dentre os objetos que podem ser encontrados e catalogados nos palcos dos delitos, há alguns que possuem grande importância para a investigação criminal do crime de homicídio, não podendo descartar qualquer outra informação ou mesmo vestígios ligados ao crime. Exemplificamos alguns, pois, na prática vemos a importância deles nas investigações de homicídios. Não se deve esquecer ou desprezar qualquer vestígio, todos tem sua importância do trabalho a ser executado.

Os primeiros a serem exemplificados são os **documentos identificadores.** Eles têm sua relevância na busca, pois, pode-se desde já, na investigação preliminar, identificar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a vítima e possibilitar o estudo da sua vida pregressa, algo que venha a relacionar com o motivo da execução do homicídio. A partir de pesquisa nos bancos de dados, pode-se confirmar se o corpo que está no local do crime é a vítima, se a vítima é ou foi presidiária, quais crimes possa ter cometido, o endereço que ela reside ou residiu em comparação ao local onde fora encontrada assassinada, apenas para citar alguns exemplos que contribuem com a inicial apuração.

Outra possibilidade em relação ao documento identificador é se durante um embate entre vítima e autor, o documento do autor pode ter caído na própria cena, possibilitando a sua identificação desde o primeiro momento. Por isso a importância do isolamento do local do crime, pois na situação referida, existe a possibilidade de um documento identificador do autor ter caído em um local mais afastado do cadáver, local mediato, e caso não tenha sido efetivado uma análise da área de forma minuciosa, se perderá uma ótima oportunidade de até mesmo prender em flagrante o autor do crime.

Outro objeto encontrado em locais de crime são as **armas,** que são de fundamental importância para o esclarecimento das circunstâncias do crime. Aqui, consideramos arma da forma mais ampla possível, fazendo referência a qualquer objeto que pode ter sido utilizado pelo autor para a prática do delito contra a vida: armas de fogo, armas brancas, venenos, qualquer material que venha a tirar a vida de outrem. Em alguns locais de crime, a arma poderá estar próxima ou mesmo cravada na própria vítima, ou em algum ponto no perímetro da cena do crime. A arma pode conter material genético ou fragmentos digitais do autor que venham a contribuir com a investigação ou mesmo elucidar algum caso em aberto, que não tenha relação com o ora investigado, através de periciais específicas.

No caso das armas de fogo, elas, geralmente, têm a numeração de identificação rasurada ou danificada, mas, após a realização de uma perícia, a numeração descoberta pode contribuir para identificar o histórico da arma e sua possível origem. Também há ocasiões em que a própria vítima porta uma arma de fogo e da mesma maneira se faz necessária a realização do trabalho pericial, pois, esta arma, pode ter sido implantada na cena do crime, com intento de prejudicar ou mesmo esconder a verdade sobre fato criminoso.

Os **aparelhos celulares**, atualmente, trazem, cada vez mais, informações sobre a vítima ou mesmo sobre autor. É frequente as relações pessoais estarem inseridas em aplicativos de comunicação ou redes sociais e dados de GPS serem apresentados em aplicativos ou no sistema do próprio aparelho celular. Há uma grande fonte de informações a ser utilizada nos aparelhos celulares como supedâneo para a investigação criminal. Em destaque, apenas lembrando que há rigores para o manuseio e extração de informações realizadas pelo perito criminal. Sabe-se que tal trabalho a ser desenvolvido no aparelho celular ficará a cargo da investigação de seguimento, pois, na cena do crime, por exemplo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

não se tem tempo hábil para qualquer análise do telefone celular pelo perito criminal. Na cena do crime, é mais comum a realização da apreensão do aparelho com as observações de como tal procedimento veio a ser realizado, garantindo a lisura do trabalho a ser produzido.

O **sangue** presente na cena do crime também é um vestígio importante que pode auxiliar a visão do investigador quanto à dinâmica do crime. Destacamos que tanto o sangue da vítima como do autor são vestígios importantes para a investigação. É fundamental que a análise e coleta do sangue encontrado na cena do crime seja feita pelo perito criminal. A posterior checagem do sangue coletado na cena, mediante procedimento pericial, poderá confirmar se o sangue pertence ou não à vítima, podendo também ser do autor do crime, que na execução do delito saiu ferido do local.

Assim como o sangue, outros materiais contêm **dados genéticos**, que após serem submetidos a um procedimento específico, são capazes de coletar o DNA das pessoas que estiveram presentes no local do crime. O contato com algum objeto ou superfície que, porventura, podem estar ligadas ao crime, como exemplos, copos, latas, garrafas, cigarros, podem deixar resquícios de saliva, sangue e outros materiais biológicos na cena do crime. Assim também a pele fixada embaixo das unhas da vítima quando houve um embate físico entre ela e o autor e as armas (identificadas como qualquer objeto utilizado para executar a vítima e que pela superfície de contato possa ter sido impregnada por material genético) podem conter material genético importante.

Além da coleta de material biológico, também podemos citar a coleta de fragmentos digitais realizados pelos peritos papiloscopistas nos locais de crimes. Na maioria dos casos, o trabalho realizado por esta equipe pericial é produzido em locais fechados, devido a maior possibilidade de encontrar vestígios digitais latentes. Nos locais fechados, como uma residência, desde o primeiro ponto de acesso ao recinto, existem superfícies de contato obrigatórias que podem ter registrado fragmentos papiloscópicos do autor do crime. As análises periciais, indicarão, sem sombra de dúvida, se alguém esteve presente na cena do crime. Também se destaca a coleta de fragmentos nas armas, identificada da forma mais ampla possível, para confirmar o contato de uma pessoa que pode ser apontada como autor do crime através da investigação.

Vídeos e Fotografias – a importância do registro da cena do crime através da realização de fotos e vídeos feitos pela equipe de investigação na sua chegada e durante o desenvolvimento do trabalho investigativo.

Sabemos que o perito, na elaboração da perícia criminal, também irá fazer diversas fotos da cena do crime e de tudo que foi desenvolvido. Contudo, temos que destacar que a visão do perito é direcionada ao trabalho pericial que ele desenvolve, enquanto a visão do policial investigador que compõe uma equipe da delegacia de homicídios pode ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

diferente. Sem jamais entrar na seara de quem deverá tirar as melhores fotos, e muito longe disso, a junção dos trabalhos fotográficos do perito e do policial civil irão contribuir para a equipe futura que receberá o inquérito policial para dar continuidade à investigação, sem nem mesmo ter ido ao local do crime.

As fotos tiradas na a cena do crime servirão como velhas lembranças que podemos reviver a qualquer momento, como as nossas fotos de viagens ou familiares. A cena do crime fica registrada e isso faz com que, além de podermos rever os detalhes, possamos analisar o fato por outros ângulos, tirar dúvidas e até mesmo descobrir algo que estava encoberto no primeiro momento. Eis sua importância. O registro fotográfico realizado na investigação preliminar é fundamental para o trabalho que vai ser desenvolvido pela equipe que cuidará da investigação de seguimento, que será construída pela mesma equipe da preliminar ou por outra equipe policial.

As fotografias são obrigatórias e são capazes de captar determinadas nuances nos vestígios colhidos, mas, o vídeo mostra a cena do crime de forma dinâmica, *on line* (utilizando a expressão para se referir a algo que acontece ao vivo), de forma presente e nas condições reais em que foi trabalhada.

O vídeo é a vivência de um terceiro alheio ao fato criminoso que se insere na cena do crime como espectador e pode viver de forma fictícia aquele momento, pois, imagens, emoções e sons serão registrados e poderão ser assistidos e escutados por diversas vezes, ajudando na ambientação do policial que investigará o crime. É possível registrar desde a chegada à cena do crime, o desenvolver dos trabalhos investigativos e até mesmo entrevistas rápidas com testemunhas ou familiares. É um recurso de extrema utilidade que pode ser muito útil para a investigação de seguimento. Temos a celeridade como algo inserido no contexto investigativo preliminar, pois, há uma gama de ações que devem ser desenvolvidas de forma correta em um tempo curto, apesar de que não se deve apressar, de forma alguma, para poder finalizar o trabalho, mas, quando se depende do estado emocional de pessoas, que, naquela ocasião da investigação preliminar, pode fornecer informações importantes.

Outro ponto importante que podemos destacara sobre vídeos, é a presença dos sistemas de câmeras de segurança nos imóveis existentes no perímetro do crime ou em possíveis rotas de fuga dos autores. A análise das imagens captadas por circuito interno de segurança é uma opção investigativa que não pode deixar de ser observada pela equipe. Na hora do atendimento de uma ocorrência de homicídio consumado, a equipe policial investigativa ao desenvolver seu trabalho, deve estar atenta e deve procurar a presença de câmeras nos imóveis do perímetro em questão. Sendo constatada a existência de câmeras, o mínimo aceitável é que se registre o imóvel com todos os dados de localização e qualificação e entre em contato com um responsável, qualificando-o, informando que uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

equipe policial irá comparecer, posteriormente, para entrega do ofício de requisição das imagens.

As imagens dos sistemas de câmeras de segurança dos imóveis no perímetro ou não do crime, podem ter captado a execução da ação criminosa, demonstrando claramente a dinâmica do delito e colaborando com a identificação do autor. Não sendo as imagens do perímetro do crime, mas da sua vizinhança, temos a oportunidade de trabalhar a rota de fuga dos autores, contribuindo também para identificação da autoria, se houve veículos utilizados, a rota propriamente dita, se o criminoso adentrou em algum imóvel, sem titubear. Para isto, todas as câmeras de segurança devem ser amplamente catalogadas.

Ainda, sobre vídeos e fotografias, não podemos deixar de citar a questão dos radares eletrônicos nas vias públicas e as câmeras de segurança que pertencem aos órgãos municipais, estatais e federais. Importante também observá-las e registrar os seus dados para solicitação das imagens captadas, tanto no perímetro do crime ou mesmo da rota de fuga do autor.

Dados GPS – o significado da sigla GPS, em tradução para o português, é sistema de posicionamento global. O porquê de ele estar sendo citado aqui na investigação preliminar é pelo fato da definição da responsabilidade investigativa das delegacias de homicídios que possuem fronteiras muito próximas umas das outras. A plotagem do local de homicídio através do GPS é importante para que não haja qualquer dúvida em relação a qual delegacia de homicídios deverá investigar o crime.

O registro de GPS auxilia na definição das estratégias e políticas voltadas para o combate ao crime. A marcação do ponto do delito por algum aplicativo ou aparelho que tenha capacidade de registrar as coordenadas de latitude e longitude serve para a definição da área e consequentemente define qual será a delegacia de homicídios responsável.

Entrevistas – as entrevistas realizadas pela equipe policial na cena do crime são de extrema importância, pois, a partir do momento que se começa uma entrevista com uma testemunha, familiar, parente, amigos, transeuntes, temos a necessidade de colher as informações de forma detalhada, sabemos que na cena do crime, os ânimos estão bem exaltados, o que é bem normal em decorrência do estresse ao qual foram submetidos. Houve o crime diante dos olhos das testemunhas e esse registro visual e auditivo deve ser explorado e colhido em todas as suas nuances de forma cautelosa e cuidadosa.

Como já dito, o policial tem que ser hábil e compreender o momento difícil no qual está inserida a testemunha e entrevistá-la para que possa ter informações fidedignas da real ação criminosa que foi realizada. Lembrando que estamos no contexto da cena do crime e a equipe policial investigativa diligenciará no local. Interessante o policial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

entrevistador estar acompanhado de outro policial que pode lhe dar suporte caso seja necessário pesquisar dados qualificativos no sistema integrado de pesquisa. Vendo que o grande articulador desse momento seria o delegado de polícia no comando da equipe investigadora.

Se for possível, diante do contexto da cena e do estado emocional das testemunhas, com objetivo de colher com a maior riqueza de detalhes o que foi visualizado, elas podem ser conduzidas até a unidade policial para serem ouvidas no procedimento policial a ser instaurado. Contudo, temos que analisar o momento para tal oitiva da testemunha diante da realidade do caso. Caso não se possa realizar a oitiva, temos a colheita dos dados qualificadores e até mesmo um registro em vídeo para que, naquela ocasião, se aproveite as oportunidades investigativas.

Recognição Visuográfica do Local do Crime – é um documento elaborado que versa sobre todos os detalhes que foram colhidos através do desenvolvimento das ações policiais na cena do crime durante a investigação preliminar. Tal tática investigativa dá margem ao policial para inserir dados objetivos e até mesmo subjetivos.

4.5 - ATOS PERICIAIS

Exame do Cadáver – o exame do cadáver realizado pelo perito criminal quando na cena do crime de homicídio. O exame perinecroscópico indicará o contexto das lesões, que podem determinar os instrumentos que foram utilizados para o cometimento do delito, podem apontar se as lesões no cadáver apresentam nuances de defesa ou mesmo de ataque em vida, podem descobrir vestígios capazes de identificar o autor do crime, como fluídos corporais ou material biológico para coleta dados genéticos, etc.

Os peritos também farão um estudo sobre a posição do cadáver quanto à sua localização e particularidades do terreno, as peculiaridades do cadáver em relação ao tempo em que está exposto, como as manchas hipostáticas, e, mesmo os pertences das vítimas que podem dar margem a desenvolvimento de raciocínio investigativo. Todas essas citações são meramente exemplificativas, pois, o trabalho pericial é bem amplo.

Nesse exame tanatoscópico o perito médico legista fará a descrição das lesões do ponto de vista médico legal. O laudo da perícia tanatoscópica será remetido para a delegacia competente durante a investigação de seguimento.

Balística – temos uma quantidade grande de ocorrências mortais nas quais foram utilizadas armas de fogo como instrumento letal. Na cena do crime, em plena investigação preliminar, torna-se de grande importância a utilização dos conhecimentos de balística pelos peritos para trazer mais informações para procedimento investigativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na obra de BLANCHET (2017), ele apresenta uma excelente definição sobre a balística: "a balística, resumidamente, é a ciência que estuda os aspectos da trajetória dos projéteis disparados por armas de fogo, portanto, além de fornecer diversos dados quanto às lesões provocadas ainda podem fornecer dados quanto a outras superfícies atingidas, visto que nem sempre um projétil atinge diretamente o corpo da vítima, e nem sempre neste corpo o projétil para".

Poderemos ter projéteis dentro do cadáver, que poderão ser recuperados durante a elaboração da perícia tanatoscópica, e submetidos a perícia balística em determinado ponto da investigação de seguimento, contribuindo para definição do instrumento letal utilizado e podendo definir a autoria do crime contra a vida. Para tanto, o perito realizará o trabalho pericial específico após a demanda da autoridade policial. Mais uma vez, temos que valorizar o contato entre as equipes envolvidas na mesma investigação, isso faz uma grande diferença. O debate é algo primordial entre os envolvidos que estarão na condição de responsáveis para se concluir um procedimento com êxito total em suas questões.

Também é comum encontramos nas cenas de crime projéteis deflagrados e estojos expelidos por armas de fogo durante ação criminosa. Nessa ocasião, os peritos realizarão a coleta dos vestígios balísticos e os submeterão à perícia criminal, detalhando e especificando suas características e tudo mais que for importante no laudo da cena do crime.

Os projéteis ou estojos encontrados poderão ser submetidos a perícias de confronto balístico. Caso haja a apreensão de uma arma de fogo pode-se submeter à comparação os projéteis deflagrados encontrados na cena do crime com projéteis deflagrados pela arma de fogo apreendida, de modo a identificar se há compatibilidade com a mesma arma em decorrência das características e peculiaridades específicas que a arma de fogo promoverá quando da efetuação de um tiro.

Na balística temos ainda a parte que estuda o contato e/ou impacto dos projéteis com as diferentes superfícies que estão presentes nos locais de crimes. Cada superfície dessa terá uma relação específica em função do impacto e contato de um projétil que foi deflagrado por uma arma de fogo em determinada condição em que o atirador ou a arma está posicionada. Por exemplo, há especificações quanto ao efeito de tiros em vidros, em objetos plásticos, em objetos metálicos, em objetos de madeira e em objetos construídos com cimento ou concreto, ou seja, em superfícies rígidas ou maleáveis.

Impressões Digitais – em cenas de crime de homicídio consumado podem existir diversos objetos que possam ter sido tocados pelo autor, vítima ou testemunhas fundamentais. Através desse contato das pessoas com os objetos restam as impressões digitais que as identificam.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Diante dessa situação, temos a equipe de peritos papiloscopistas. Na cena do crime em que há tal condição, geralmente, ambientes internos que tenham estrutura física delimitada que os cerquem e que tenham objetos no seu recinto, além de portas e janelas que possam dar acesso ao mundo externo, há o acionamento da equipe Rastro para a elaboração da perícia papiloscópica.

4.6 - LIBERAÇÃO DA CENA DO CRIME

Depois de realizados os trabalhos investigativos e periciais iniciais e encetadas todas as diligências necessárias para fundamentação da investigação preliminar do crime de homicídio, será feita a liberação do local.

A liberação da cena do crime será feita pelos peritos criminais e papiloscópicos e após a certeza por parte do delegado de polícia da realização do trabalho promovido de forma extensa, aproveitando todas as oportunidades investigativas.

5 - FORMALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Boletim de Ocorrência - após a liberação da cena do crime, as equipes retornam para a unidade policial com intuito de proceder a instauração do inquérito policial. É realizado o procedimento de instauração do inquérito policial, esse que receberá um número específico de acordo com a delegacia responsável pela área onde ocorreu o fato criminoso. Daí, por exemplo, temos a importância da marcação das coordenadas pelo GPS visando que não haja dúvidas, pelo menos inicialmente, de onde o cadáver foi encontrado.

O boletim de ocorrência é formado por etapas que são complementadas até o seu desfecho final com a descrição do histórico da ocorrência que foi atendida pela equipe. As etapas são identificadores do delito ocorrido e buscam prover dados, como por exemplo, motivação, a data, a hora do fato, as pessoas envolvidas, o local do fato, os instrumentos utilizados, algum objeto relacionado ou mesmo da apreensão de algum objeto pela equipe investigativa, do histórico relatando o fato criminoso de forma sucinta.

Relatório de Diligências Preliminares - trata-se do relatório que contém a compilação de todas as diligências realizadas durante o trabalho que foi desenvolvido pela equipe de investigação na cena do crime, durante a investigação preliminar, e será elaborado pelo delegado de polícia responsável pela equipe na condução dos trabalhos investigativos iniciais.

É bem importante ter em tal relatório a descrição das ações que foram realizadas na fase investigativa preliminar de forma mais detalhada que o preenchimento do boletim de ocorrência. O boletim é um documento sucinto, que composto apenas de dados superficiais do crime enquanto o relatório das diligências preliminares é um documento mais completo, contendo todas as informações possíveis sobre o crime executado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No corpo do relatório se objetiva descrever e detalhar o trabalho que foi desenvolvido, registrando os dados da ocorrência que foi gerada e repassada pela policial preliminar, das primeiras impressões da chegada no local do crime de homicídio consumado, da descrição da cena do crime com a maior quantidade possível de informação, como coordenadas de localização, GPS, endereço do local do crime e do perímetro, sobre o encontro do cadáver e detalhamento sobre como foi encontrado e suas lesões aparentes, sobre sistemas de câmeras de segurança, condições climáticas, das unidades policiais e periciais presentes, de familiares, parentes e/ou testemunhas presentes, da imprensa presente, da identificação da equipe que realizou o isolamento e preservação e as observações e informações que foram colhidas pelos policiais que, geralmente, foram os primeiros a chegarem na cena do crime, citações de dados apenas exemplificativos.

As observações e informações sobre o trabalho que foi realizado pela equipe pericial, nesse ponto, também são inseridas nesse relatório como, por exemplo, as lesões, os instrumentos mortais, as apreensões que farão parte do corpo do laudo pericial.

Também devem constar as qualificações de pessoas, sejam parentes, familiares, amigos ou testemunhas, com os respectivos dados cadastrais e números telefônicos para serem ouvidas na investigação de seguimento e contribuírem com o trabalho apuratório. Além disto, devem estar presentes detalhes sobre a vida pregressa da vítima com informações colhidas pelas pessoas supracitadas ou mesmo pelos bancos de dados existentes.

O delegado de polícia deverá tecer comentários sobre as questões do crime: circunstâncias, motivação e autoria. A autoridade policial irá descrever, após a colheita no local de crime, como o crime ocorreu tentando detalhar todas as etapas de execução diante do local do fato criminoso, descrevendo a ação mortal praticada que culminou no homicídio consumado, tentará identificar a motivação do delito, mesmo que de forma inicial, podendo no decorrer da investigação de seguimento ser modificada, e, nesse ponto, descreverá sobre a autoria do crime com a identificação do autor do delito. Caso não tenha sido o autor do crime identificado, informações que possam qualificá-lo e identificá-lo podem ser mencionadas em tal parte com intuito de fomentar a investigação de seguimento, assim como pessoas na condição de suspeitos.

Em desfecho do relatório, vem a conclusão de todas as informações que foram descritas no corpo do documento referido e a consequente instauração do procedimento policial: inquérito policial. Podendo nesse ponto apresentar sugestões para a próxima etapa da investigação em relação ao crime de homicídio consumado, visando assim contribuir para o desfecho exitoso do procedimento investigativo a ser repassado a equipe policial que desenvolverá a investigação policial de seguimento. Em certos Estados a mesma equipe que realizou a investigação preliminar continuará com a de seguimento e

em outros Estados, como Pernambuco, a equipe da Delegacia de Homicídio responsável pela área de execução do crime receberá o inquérito policial e continuará com a investigação policial de seguimento visando a conclusão exitosa.

6 - CONCLUSÃO

Em conclusão, o artigo visa a apresentação e a demonstração da importância quanto ao procedimento inicial investigativo da cena do crime de homicídio, destacando as ações possíveis diante do contexto da investigação preliminar do delito contra a vida.

É extremamente importante a constituição de um excelente caderno investigativo formado e construído com procedimentos e métodos voltados para a observação de todas as possibilidades e oportunidades manifestadas na cena do homicídio. A preliminar investigação e instauração do inquérito policial deve ser observado com a suprema qualidade técnica jurídica voltada para a exitosa conclusão do caderno investigatório do crime de homicídio.

Destacando que, sem sombra de dúvida, a importância da qualidade na condução dos trabalhos pelo delegado de polícia visa a realização da investigação preliminar de forma exemplar e construtiva para a investigação de seguimento, o próximo passo para o êxito da conclusão das questões relativas à ação criminosa contra a vida: homicídio.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jamil Chaim. Manuel de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial / Jamil Chaim Alves – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012. p. 724.

BLANCHET, Luiz Renato. Manual prático de Investigação de homicídios. Curitiba: Íthala, 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro.

BRASIL. Decreto-lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal Brasileiro.

BRASIL. Lei nº8.072, de 25 de julho de 1990. Lei de Crimes Hediondos.

BRASIL. Lei nº9.784, de 29 de janeiro de 1999. Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Lei de Identificação Criminal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei nº12.654, de 28 de maio de 2012. Lei que altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

BRASIL. Lei nº13.869, de 5 de setembro de 2019. Lei de Abuso de Autoridade.

BRASIL. Lei nº13.964, de 24 de dezembro de 2019. Pacote Anticrime.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (SENASP). Rede de Educação a Distância para Segurança Pública. Curso Investigação de Homicídios 1. Disponível em: https://prd.ead.senasp.gov.br. Acesso em: 20/04/2020. Acesso ao conteúdo com login e senha.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações do CP, CPP, e LEP. Salvador: Editora JusPodivum, 2020.

FERRARESI, José Meneghini. Investigação Policial de Homicídios: análise de métodos técnicas e do procedimento policial. Disponível em: https://www.justocantins.com.br/files/publicacao/Investigacao_Policial_de_Homicidios.pdf . Acesso em: 10/07/2020.

Investigação criminal de homicídios/colaboração, Ademárcio de Moraes ... [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014.

Investigação criminal pela Polícia Judiciária / Henrique Hoffmann Monteiro de Castro ... [et al.] (orgs.) – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MINGARDI, Guaracy. A Investigação de Homicídios - Construção de Um Modelo. Disponível em: http://www.periciaoficial.al.gov.br/legislacao/artigos-pesquisas-cientificas-e-livros/invest_homic_guaracy.pdf. Acesso em: 09/10/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado / Guilherme de Souza Nucci – 19. Ed. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIBEIRO, Luiz Julião. Investigação Criminal: homicídio. Brasília: Fábrica do Livro, 2006.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. Inquérito Policial – uma análise jurídica e prática da fase pré-processual/ Márcio Alberto Gomes Silva – Salvador: JusPodivm, 5.ed, revista, ampl.e atualiz. 2020

ZANOTTI, Bruno Taufner e Santos, Cleopas Isaias. Delegado de Polícia em Ação. 4ª Ed. Bahia: Juspodivm, 2016, p203

www.conteudojuridico.com.br

CRIME ORGANIZADO E O PODER DE PUNIR DO ESTADO: COMANDO VERMELHO (CV) E O PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL (PCC) X ESTADO

CAIKE BRUNO NERES NOIA.
Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg.

SARA RESENDE DE OLIVEIRA[26]

(orientadora)

RESUMO: A ação das facções criminosas está inserida no cotidiano dos brasileiros. Por trás de sequestros, roubos, furtos, tráfico de pessoas e diversos outros crimes, estão os criminosos organizados que atuam no sistema penitenciário e, portanto, fora dele, usando a violência como principal arma para desestabilizar órgãos de segurança e aterrorizar a sociedade. Dessa forma, presente pesquisa traz um estudo bibliográfico do Primeiro Comando da Capital e do Comando Vermelho para elucidar as temáticas acerca da do crime organizado.

Palavras-chave: Comando Vermelho; Primeiro Comando da Capital; Estado.

ABSTRACT: The action of criminal factions is part of the daily lives of the brazilians. Behind kidnappings, robberies, thefts, human trafficking and several other crimes, there are organized criminals who work in the penitentiary system and, therefore, outside it, using violence as their main weapon to destabilize security bodies and terrorize society. Thus, this research brings a bibliographical study of the *Primeiro Comando da Capital* and the *Comando Vermelho* to elucidate the themes about organized crime.

Keywords: *Comando Vermelho*; *Primeiro Comando da Capital*, State.

Sumário: Introdução. 2. O Primeiro Comando Da Capital (Pcc) E O Comando Vermelho (Cv) 3.Exposição Do Indivíduo Ao Mundo Do Crime: A Desigualdade Social Como Fator Contributivo Para Introdução No Crime Organizado. 4. Estado E O Poder De Punir. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Desde algumas décadas, as organizações criminosas tem sido um dos maiores desafios para a efetiva aplicação do poder Estatal. Quando a esta temática, é importante ainda falar de várias lacunas que são deixadas pelo legislador no ordenamento jurídico.

26 professora universitária, especialista em direito penal e processual penal, e-mail sara_resende_32@hotmail.com.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Quando se discorre sobre os problemas advindos das organizações criminosas, pode-se afirmar que vai desde suas condições sociais a suas condições culturais: a exposição a extrema pobreza, a falta de serviços mínimos do Estado, inclina-se o indivíduo a práticas delitosas como meio de melhoria de vida.

Uma das maiores fontes do comando de organizações criminosas, hoje, está dentro do sistema penitenciário, onde desde meados das décadas de 70, existem indícios de organizações criminosas advindas de união de presos, os mais conhecidos atualmente são: Comando Vermelho (CV), e do Primeiro Comando da Capital (PCC).

Devido a toda essa situação, as organizações criminosas ganharam mais força ao longo dos anos na sociedade brasileira, com um grande poder de persuasão por conseguirem estar em todos os locais, seja público, seja privado e até internacional, tendo abrangência em várias áreas como o tráfico de drogas, o tráfico de influência, o comércio ilegal de armas, tráfico humano, a corrupção e outros meios.

Justifica-se o presente estudo, na sua influir sobre a realidade da população que ao ser abordado embasa-se diretamente nos índices de violência, dessa forma sendo de extrema relevância social. Assim, busca analisar ambos lados: tanto das organizações criminosas que buscam aplicar seu conceito de Justiça, quanto a população, que é protegida pelo Estado.

Através desse ressalto, evidencia-se a ausência do controle da criminalidade associado à extrema pobreza, desigualdade de distribuição de renda e o acesso limitado a educação, diante também da falta do Estado em garantir o mínimo de uma condição de vida estável.

Existem alterações e criações legislativas recentes que tentam conter o "caos" de várias décadas. Portanto, pesquisa tem por fim discorrer sobre os principais impactos das organizações criminosas e sua influência no meio social.

2. O PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL (PCC) E O COMANDO VERMELHO (CV)

Hoje, um dos principais problemas da sociedade brasileira é o alto índice de violência, e esses números inevitavelmente afetam diretamente a população carcerária do país, que está submetida a prisões superlotadas e sem condições mínimas de higiene e saúde, com total desrespeito ao Estado e aos direitos humanos. A pena, que deveria ter como objetivo a reabilitação, acaba tendo um efeito destrutivo na vida dos reclusos que não conseguem cumpri-la com o mínimo de dignidade. Na ausência de condições decentes de encarceramento, os presos começaram a se organizar para se relacionar melhor uns com os outros e a pressionar o governo para que lhes proporcionasse o mínimo de melhorias carcerárias.(OLIVEIRA, 2016)

Como pode ver, o chamado "Primeiro Comando da Capital" não surgiu "do nada". O Brasil tem uma longa história de incompetência na administração penitenciária, que ao longo dos anos levou ao domínio da violência carcerária e às humilhantes condições de sobrevivência. Após a criação do PCC, iniciou-se um processo de expansão para fortalecer a facção. O desenvolvimento ocorreu rapidamente devido a diversos fatores, entre os quais aqueles considerados fundamentais. (BIGOLI; BEZERRO, 2014)

> O PCC, no início, também era conhecido como Partido do Crime, e tinham como objetivo combater a opressão dentro do sistema prisional paulista e vingar a morte dos cento e onze presos no massacre do Carandiru, ocorrido 02 de outubro de 1992, quando a Polícia Militar matou presidiários no pavilhão 9 da extinta Casa de Detenção de São Paulo. O grupo se utilizava do símbolo chinês do equilíbrio yin-yang em preto e branco, propagando a ideia de que era "uma maneira de equilibrar o bem e o mal com sabedoria. (OLIVEIRA, 2016, p.15-16)

Dessa forma, ao longo dos anos, o Primeiro Comando da Capital tornou-se a maior facção criminosa do Brasil, com ramificações em vários Estados do país, sua expansão se deu de maneira gradativa em um curto período de tempo, em uma resposta igualmente violenta ao tratamento pelos presos recebido.

> O Primeiro Comando da Capital age dentro das penitenciárias como um verdadeiro "Sindicato do Crime", há toda uma estrutura "ética" imposta aos "irmãos", como são chamados os integrantes da facção. Nos presídios dominados pelo PCC, tudo é submetido às decisões do Partido e nada ocorre sem a devida ciência e autorização dos líderes. Os filiados ao Comando são chamados de "irmãos", quem não é irmão, mas tem uma boa convivência com o estatuto do PCC, é o primo. (DIAS, 2013, p. 325)

Destarte, o PCC, nascido de uma necessidade de "melhora" para as omissões do poder estatal, tornou-se uma das facções com maior poder criminoso do Brasil, deixando a mercê o real intuito da problemática dos crimes no país.

Ainda assim, sobre o PCC, não se sabe dizer o lado certo ou errado de uma história nascida de uma prisão. Colocando-nos na pele de um prisioneiro na década de 1990: estuprado e abandonado pelo Estado - que, ao invés de reabilitar criminosos na prisão, os deixou por conta própria e ainda mais marginalizados, permitindo que as prisões recebessem mais do que o dobro de pessoas para sustentar os detidos, submetendo a condições desumanas e degradantes, além de recorrer a castigos cruéis - foi surpreendido por uma organização que se dispôs a ajudar e a garantir a paz nas prisões, vê-se que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

provável causa da "festa" acabou por se justificar, pois evidenciado por um vídeo divulgado pela Rede Globo em agosto de 2006, em que um representante da facção afirma: "não somos contra o governo, mas somos contra a injustiça, abuso de poder, abuso, espancamento e violência". (BIGOLI; BEZERRO, 2014)

Sobre o Comando Vermelho, é importante ressaltar que, presos políticos pregavam o socialismo e ensinavam técnicas de guerrilha a presos comuns. Nesse momento, nascia o Comando Vermelho (CV), que veio para impedir as atrocidades cometidas na prisão e conceder alguns direitos aos presos. Não demorou muito para que eles assumissem os presídios. (AMORIM, 2005 Apud. CECCATTO, 2006)

> A influência dos líderes do CV sobre os presidiários era muito forte. Eram pessoas com alta capacidade intelectual, como o Padre Alípio Cristiano de Freitas, "convencido de ter uma missão entre os homens: fazer a revolução socialista no Brasil. Muito envolvido com a formação de líderes sociais, fez parte do Secretariado das Ligas Camponesas. Sua influência dentro do presídio era incomum, todos o adoravam e respeitavam não só pela sua inteligência, mas também por ter dado um tapa na cara de um torturador do DOI-CODI em pleno interrogatório.28 As idéias do padre eram aceitas pelos presidiários tornando-o um líder ou, em uma visão gramsciana, um intelectual orgânico, já que suas idéias poderiam ser de significado intersubjetivo, por ter o monopólio ideológico dentro do instituto e de imagens coletivas, por divergir das idéias governamentais. (CECCATTO, 2006)

Pode-se dizer, portanto, que o CV foi fruto da forma de atuação do Estado brasileiro nesse período, que por sua vez foi modificado pela atual ordem mundial. Essa força social foi modificada, porém os movimentos continuam e as tendências de crescimento só aumentam (CECCATTO, 2006)

> Todavia, diante de todos os fatos supracitados, é possível a analise de que embora existam muitas outras facções no Brasil, nenhuma delas tem a magnitude e a grandeza como a do comando vermelho. O comando vermelho diante de tanto anos de existência continua no topo do poder, servindo ate de expiração para outras facções. (CRUZ, et. Al. , 2020, p. 190)

Desta forma, podemos concluir que as organizações criminosas é o principal problema dos Estados, uma entidade capaz de mudar tanto as forças sociais quanto a ordem mundial. Embora os fatores sociais sejam importantes para a compreensão do crime organizado, um fator ainda é o mais importante, o dinheiro que conduz à criação de novas organizações criminosas, à entrada de novas pessoas e ao enriquecimento de muitas

outras. O tráfico ilegal é o que gera mais lucros hoje, já que não há impostos a serem pagos e os preços são fixados pelos próprios criminosos. (CECCATTO, 2006)

3.EXPOSIÇÃO DO INDIVÍDUO AO MUNDO DO CRIME: A Desigualdade social como fator contributivo para introdução no crime organizado.

Não é novidade que a sociedade dispõe de classes sociais e de enormes desigualdades que inibem acessos iguais para todo cidadão, apesar de um robusto rol protetivo na constituição federal de 1988, ainda assim existe claramente dificuldade de acesso, seja a educação, saúde dentre outros.

A premissa da equidade, que dispõe de "tratar os desiguais nas medidas de suas desigualdades, muitas vezes não é abarcada no meio de favelas, estigmatizando todos que ali estão e os envolvendo em uma holística de "criminosos", ora, nem todos buscam o caminho mais fácil, então não há de dizer que os mesmos tem culpa nisso.

> A Constituição Federal Brasileira de 1988 oferece proteção em caso de discriminação à pobreza no Artigo 3, que apela a uma sociedade mais livre, justa e solidária (inciso I), a erradicação da pobreza e da marginalização, juntamente com a redução das desigualdades sociais (inciso III), e a promoção do bem-estar de todos sem preconceito de origem, idade, sexo, cor, idade ou outras formas de discriminação (inciso IV). Felizmente, essa mesma lei também exige a contratação de serviços e organizações que servem para prevenir o uso de drogas e promover a inclusão social e melhoria da qualidade de vida (Título III, cap. I, art. 19, VIII e IX). No entanto, estas medidas claramente não são implantadas em comunidades desfavorecidas, onde o uso de drogas é mais severamente punido. [...] Ao invés de servir para reformar e reintegrar criminosos à sociedade, as prisões brasileiras são caracterizadas por altos níveis de superlotação, assistência à saúde insuficiente, falta de oportunidades de educação ou de trabalho e exposição constante à violência. Não é nenhuma surpresa então que as maiores gangues de tráfico de drogas do Brasil tenham se formado dentro do sistema prisional e mantenham forte influência nos sistemas prisionais atualmente.(BESSER, et. Al., 2016, on-line)

A fome, pobreza e miséria faz com que a única coisa que venha a ser uma preocupação seja a sobrevivência, inexistindo qualquer escrúpulo que impeça o indivíduo de alcançar formas de sobreviver. Por óbvio, uma pessoa que nasceu em uma família de classe média alta, não terá as preocupações de subsistência de quem vive com um salário, ou bem menos que isso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, discorre SAMPAIO:

> Havendo ou não como combater o abismo entre pobres e ricos, o fato é que essa disparidade econômica acaba tendo reflexos importantes na vida de toda a sociedade. Não é a toa que os altos índices de criminalidade geralmente vêm associados a essa diversidade econômica: cresce a desigualdade e cresce a violência.Do ponto de vista da sociologia, a criminalidade pode ser apartada em violenta e em não violenta. Não é demais salientar que são fatores de natureza econômica, como a falta de oportunidades e a desigualdade social, a mola propulsora para o comportamento criminoso, em especial o violento.A partir de tal compreensão, é premente a necessidade de redução da criminalidade violenta no país, em especial por meio de melhores políticas governamentais de distribuição de renda para todas as classes sociais. Bem se sabe ainda que o crescimento econômico é muito mais eficaz no combate à pobreza naqueles locais em que a desigualdade de renda é menor. Demais disso, altas taxas de crescimento econômico e estável da população ensejam melhores índices de qualidade de vida. (SAMPAIO, 2016, on-line)

Dessa forma, pode-se claramente subentender-se que as dificuldades de acesso fazem com que o indivíduo busque meios mais fáceis para vencer a pobreza, tornando o crime uma opção de fulga. O que observa-se dentro desse meio, principalmente em comunidades, favelas e a falta até de escolha, sobre se realmente o indivíduo quer aquilo para sua vida, ou se acaba sendo obrigado.

4. ESTADO E O PODER DE PUNIR

A premissa maior disposta na CF/88 "o poder emana do povo" traz a literalidade de um país democrático e o Estado produz um papel de "protetor" perante a sociedade. Assim, o Estado torna-se o único detentor do poder punitivo, visto que, mesmo age com imparcialidade, não decaindo perante as premissas de igualdade.

> Jus Puniendi é o poder/dever de punir do Estado. Etimologicamente significa direito de punir, mas na prática é um poder/dever do Estado em relação aos seus cidadãos, ou seja, quando alguém viola uma norma penal é o Estado quem deve puni-la por isso. (ROZEIRA, 2018, on-line)

De acordo com CAPEZ (2012, p.45):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o jus persequendi in judicio, conservando consigo a exclusividade do jus puniendi.

Com as mudanças na sociedade, as pessoas sentem uma nova forma de encarar o direito. Os cidadãos não se sentem inseguros em um ambiente violento e exigem que o Estado intervenha de forma eficaz para eliminar, ou pelo menos de uma perspectiva mais realista, reduzir a violência e os conflitos sociais. (LOURENÇO, 2013)

> O direito de punir aplica-se a todos indistintamente, não se podendo proclamar o não-consentimento ao pacto, a não-submissão ao Leviatã hobbesiano, ou as leis da sociedade civil lockeana. O Estado serve para preservar a vida ou propriedade, mas também para impor sanções àqueles que confrontem o entendimento comum. Desse modo, o direito de punir manifestou-se com o primeiro homem que se rebelou, que avocou a plenitude de suas liberdades naturais em detrimento à liberdade dos outros ou frente ao próprio Estado. (ROCHA, 2019, p. 8)

O cidadão assume que para ter uma liberdade ideal se faz necessário pouca ou nenhuma segurança - e dizemos liberdade aparente, porque vivemos em uma sociedade onde os conflitos sociais ameaçam os recursos básicos do desenvolvimento de uma pessoa e não há confiança mútua entre os participantes da mesma, conglomerado social - e maior interferência do Estado em seu direito à liberdade em prol de maior segurança, o cidadão não vê outra opção a não ser abrir mão de (grande) parte da liberdade em prol de maior segurança. (LOURENÇO, 2013)

> A forma com que o Estado protege inúmeros bens jurídicos, desde direito a vida a integridade física, regulamentados por normas. Assim, cabe ao Estado o direito de punir os que infringem as normas que mantém a sociedade regulamentada. (ROCHA; SANTOS, 2021)

Assim, prepondera-se que a importância de manter o poder de punitivo somente nas mãos do Estado, é veiculado a imparcialidade com que gerência suas decisões. Uma pessoa "comum" ou pessoas, ainda que de bem, seria parcial quanto as suas decisões, lidando através do seu senso comum com caso em questão. (ROCHA; SANTOS, 2021)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Portanto, ao analisar as duas maiores facções criminosas do Brasil, observa-se que entre elas existe uma estrutura de poder muito organizada, em alguns aspectos autoritária, que tem uma holística voltada à justiça com as próprias mãos. Todavia, seu fortalecimento também se deve a várias omissões estatais, que deixaram de ser aplicadas no contexto social.

Assim, Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital, esboçam a impressão de uma jurisdição secundária existente no meio da sociedade, ora, se cabe ao Estado por meio de seus poderes proteger a vida e a dignidade humana, não se deveria ter um segundo poder que fizesse a manutenção do comportamento dos indivíduos, do certo ou do errado.

Essa necessidade de concentrar o poder punitivo na mão do Estado engloba-se justamente nesse pensamento, que o Estado é imparcial quanto as suas decisões, não envolvendo seu lado "humano" somente quanto a direção do que é lícito ou ilícito.

Por fim, ressalta-se que grande parte do aumento da criminalidade, se vem de própria culpa do Estado, por não replicar de forma efetiva as cláusulas trazidas na Constituição para com a necessidades da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BESSER, Alex, et. Al. Entendendo a Violência do Rio: A Criminalização da Pobreza. 2016. Disponível em: https://rioonwatch.org.br/?p=21553. Acesso: 5 de setembro de 2021.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45.

CECCATTO, Dirceu Ricardo Lemos. O COMANDO VERMELHO E A ORDEM MUNDIAL. 2006. Disponível em: https://www.gti.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/viewFile/166/285. Acesso: 15 de outubro de 2021

CRUZ, M. D. T. et. Al. CRIME ORGANIZADO: UMA ABORDAGEM SOBRE AS FACÇÕES DOMINANTES NO BRASIL. Rev.Bras.de Direito e Gestão Pública (Pombal, PB),8(02), 182-192, abr./jun.2020.

ROCHA, Alexandre Pereira da. UMA ANÁLISE POLÍTICA DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO. 2018. Disponível em: http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/revista_hegemonia_26/Alexandre%20Pereira%20da%20Rocha%20(4).pdf. Acesso em: 5 de setembro de 2021.

ROCHA, Déborah de Souza; SANTOS, Wenas Silva Santos. Linchamento Virtual E Cultura do Cancelamento em detrimento ao poder de Punir do Estado. Disponível em: https://periodicos.uff.br/querubim/issue/view/2562/634. Revista Querubim –revista

eletrônica de trabalhos científicos nas áreas de Letras, Ciências Humanas e Ciências Sociais –Ano 17 –Nº. 45–Vol. 04. –outubro/2021 ISSN 1809-3264Página 4de 85. Acesso: 5 de setembro de 2021

ROZEIRA, Matheus. Jus puniendi:os limites do direito de punir. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/64994/jus-puniendi-os-limites-do-direito-de-punir. Acesso: 10 de setembro de 2021.

SAMPAIO, Karla. A criminalidade e a desigualdade social. 2016. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/a-criminalidade-e-a-desigualdade-social/. Acesso: 8 de novembro de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM VIRTUDE DE ERRO MÉDICO COMETIDO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

MARCOS LEVI FRANCISCO LOPES.
Bacharelando em Direito pela Universidade de Gurupi – UNIRG

FERNANDO PALMA PIMENTA FURLAN [27].

(orientador)

Resumo: O trabalho discorre sobre a responsabilidade civil do Estado em Virtude do erro médico, analisando como é aplicada a culpabilidade ao terceiro que inviabiliza para o indivíduo o pleno atendimento à saúde básica. Também pretende demonstrar a responsabilidade civil do médico e os danos por este causados. Analisará também o erro médico confrontando-o com a limitação do que por ele não pode ser feito. Será abordado o serviço público de saúde que a Constituição Federal instituiu e de quem é a responsabilidade em virtude do erro médico cometido em pacientes sujeitos ao serviço público de saúde, valendo-se de um estudo bibliográfico, com materiais já disponíveis na internet, legislação e doutrina.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Erro Médico; Estado;

Abstract: The work discusses the civil responsibility of the State in virtue of medical error, analyzing how the culpability is applied to the third party, which makes it impossible for the individual to provide full basic health care. It also intends to demonstrate the doctor's civil liability and the damage caused by it. It will also analyze the medical error confronting it with the limitation of what cannot be done for it. The public health service that the Federal Constitution instituted and who is responsible for the medical error committed in patients subject to the public health service will be addressed, making use of a bibliographical study, with materials already available on the internet, legislation and doctrine.

Keywords: Civil Responsibility; Medical Mistake; State;

Sumário: 1. Introdução. 2. A Saúde Como Serviço De Relevância Pública. 3.Responsabilidade Civil Do Médico E Do Estado. 4. Entendimento Jurisprudencial Sobre

27 Possui graduação em Direito pela FAFICH - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas de Gurupi - TO (1998) e pós-graduação em Supervisão e Orientação Educacional pela Faculdade de Educação e Ciências Humanas de Anicuns - GO. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e familiar. É professor de Direito na faculdade UNIRG e atua como advogado na empresa Furlan Advocacia. É conselheiro estadual da Ordem dos Advogados do Tocantins e Mestre instalado da Loja Maçônica Cavaleiros da Luz noz23 em Gurupi - TO.

Responsabilidade Civil Na Prestação Do Serviço Público De Saúde. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Como é sabido, o direito de acesso à saúde é resguardado na consagrada Carta Magna de 88, devendo todo e qualquer cidadão poder fazer seu uso, assim assegurando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, sabe-se também que é de responsabilidade do Estado assegurar o acesso através do Sistema Único de Saúde – SUS, onde o poder público designa cidadãos com aptidão a exercer atividades relacionadas a cada área.

Tais cidadãos, aptos para auxiliar na asseguração da vida, tratam-se de médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem, odontólogos dentre outros. A partir do momento que tais profissionais tomam a investidura do Estado para cuidarem dos demais indivíduos, convertem-se no reflexo do Poder Público, assumindo, assim, extrinsecamente a responsabilidade do Estado perante as demandas.

Portanto, no que tange sobre as atividades prestadas pela unidade hospitalar, de forma que empenhadas pela equipe médica, sabe-se como já dito, que em muitos casos são um sucesso, restaurando a vida de muitas pessoas. Mas podendo vir suceder em resultados insatisfatórios e em situações mais graves, irreversíveis ao paciente.

A presente pesquisa é bibliográfica, analisando dados já publicados e legislação, acredita-se que através da pesquisa bibliográfica é possível encontrar questionamentos relevantes acerca da temática, buscando assim um posicionamento coerente acerca do assunto.

Dessa forma, o presente estudo debruça-se em analisar que se em caso de erro médico e da comprovação do dano causado ao paciente à responsabilidade civil será, somente do médico, somente do hospital, ou solidária.

2. A SAÚDE COMO SERVIÇO DE RELEVÂNCIA PÚBLICA

O direito à saúde é elevado à categoria de direitos fundamentais. Está inteiramente relacionado com o direito à vida e a uma existência digna. Portanto, acredita-se que é dever do Estado garantir que todo cidadão tenha o direito de acesso a uma saúde digna. (SANTOS, 2021, on-line)

Como é de conhecimento de todos, a saúde é o basilar para sobrevivência de todo e qualquer ser humano, sem a mesma é impossível que o indivíduo consiga fazer coisas básicas como conversar, andar, interagir, trabalhar e etc. Dessa forma, o acesso à saúde pode ser considerado fundamental no que tange sobre a dignidade da pessoa humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O direito à saúde encontra-se elevado à categoria de direito fundamental. Ele está inteiramente ligado ao direito à vida e à existência digna. Portanto, é considerada uma obrigação do Estado oferecer a cada cidadão um direito ao acesso a um tratamento digno de saúde. (SANTOS, 2020, on-line)

Assim, o direito à saúde tem como finalidade primordial resguardar o direito à vida e respeitar o indivíduo quanto contribuinte. Visto que, o resguardo universal a isonomia e equidade permite que exista essa proteção e cuidado para com as pessoas.

> O direito à saúde está previsto no art. 196 da Constituição Federal como (1) "direito de todos" e (2) "dever do Estado", (3) garantido mediante "políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos", (5) regido pelo princípio do "acesso universal e igualitário" (6) "às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação". (FERREIRA;BRANCO, 2018 p. 718)

O legislador em 1988 considerou a saúde ao definir a relevância pública das ações e serviços de saúde para o Artigo 197, no âmbito das ações e serviços de saúde pública, que compete ao poder público fiscalizar e controlar nos termos da lei sua aplicação, devendo a sua execução ser efetuada diretamente ou por terceiros, devendo também ser efetuada através de meio privado. (PERES, 2010)

> O serviço de relevância pública deve respeito aos direitos constitucionais justamente por ter como objetivo satisfazer as pretensões sociais dos cidadãos. Assim, há direta conexão entre a adequada prestação dos serviços de relevância pública e o respeito aos direitos sociais ou, sob outro prisma, há interesse social no devido fornecimento dos serviços de relevância pública. (WEICHERT, 2004, p. 134)

Nesse liame, é importante salientar o SUS, onde o mesmo tem por objetivo executar essa assistência à saúde designada pela carta magna. "O Sistema Único de Saúde, conhecido como SUS, consiste no modelo básico de organização e procedimento, estabelecido pela Constituição Federal, para a realização do direito básico à saúde."(MENDES; BRANCO, 2018 apud. SANTOS,2020)

> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
>
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
>
> III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
>
> IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
>
> V – (revogado);
>
> V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
>
> VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
>
> VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
>
> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1988).

Portanto, o Sistema Único de Saúde tem por finalidade implementar a saúde descrita no plano formal, para o plano real, buscando garantir o efetivo tratamento para todo e qualquer indivíduo que necessite. Visto isto, observa-se que a relevância pública da saúde, uma vez que o Brasil possui um sistema (SUS) reconhecido em âmbito internacional devido sua veemência em executar com efetividade os serviços de saúde.

> Outro elemento importante que consta no dispositivo e que também deve ser destacado são as políticas que visam o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. A Lei n. 8.080/90, responsável por regular em todo território nacional as ações e serviços de saúde, em seu artigo 7º, inciso IV, dispõe que deve ser garantido "igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie". (SANTOS, 2020, on-line)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por fim, destaca-se que com a visão do Brasil em manter o acesso à saúde um meio universal e fundamental. Visto que, prepondera-se a igualdade de tratamento e de prestação de serviços voltados à saúde, demonstrando sua relevância perante a sociedade.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO ESTADO

Através do Código de Ética Médica pode-se lograr a responsabilidade ético-disciplinar, cuidando assim o cumprimento da devida prática médica, cabendo aos Conselhos Regionais de Medicina fiscalizar o exercício da profissão.

O médico deve agir sempre para não produzir ou produzir o menor dano possível ao seu paciente, e tomar as condutas possíveis e notoriamente indicadas que possam minorar o seu sofrimento ou curá-lo. (NETTO; ALVES, 2010, on-line)

Assim, conforme NETTO e ALVES (2010, on-line):

> Como a obrigação do médico é obrigação de meio e não de resultado, o objetivo de um tratamento é o de comportar dentro de uma condição ética, utilizando em sua disponibilidade todos os meios para alcançar a cura do paciente.[...] Vale lembrar, que o médico é um ser humano que tem a missão de curar e melhorar a qualidade de vida do paciente, e por vezes, quando tal objetivo não é alcançado, ele padece de sofrimento, muitas vezes até mais do que os seus pacientes, que lhes exigem a cura quando esta não pode ser alçada.

Dessa forma, na holística jurídica, tanto o Código Civil quanto o Código de Defesa do Consumidor abraçaram a responsabilidade subjetiva, baseando-se na culpa no que se dirige o exercício da medicina pelo médico.

> Assim a responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa stricto sensu (imperícia, negligência ou imprudência), condicionante, ainda, que, levíssima, obriga este profissional a indenizar a vítima (in lege aquilia et levissima culpa venit), pois em se tratando da vida humana, não há lugar para culpas "pequenas". (ORTEGA, 2016, on-line)

Já no que tange sobre as instituições de saúde, o Código de Defesa do Consumidor adota a responsabilidade objetiva, de acordo com a Lei 8.078/90 (CDC), no seu *art. 14, § 4º, manteve a regra de que "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa."* (BRASIL, 1990)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ao médico cabe trabalhar para elevar e dignificar a vida humana, acima de tudo respeitando os valores éticos, morais, religiosos e os costumes e princípios fundamentais da humanidade, bem como o direito indisponível do homem - a vida como um bem maior. (NETTO; ALVES, 2010, on-line)

Assim, não cabe ao médico somente respeito dentro da situação médico-paciente, todavia cabe também ao paciente que respeite diretrizes que mantenham a boa convivência entre as partes.

> *Depois incumbe-lhe aplicar todos os seus esforços, utilizando os meios de que dispõe, para obter a cura valendo-se da prudência e dedicação exigíveis. Os deveres do médico, nascidos dessa relação de natureza contratual que se estabelece entre ele e o paciente, situam-se em três momentos: antes do início do tratamento, durante e depois do tratamento."* [...] Na mesma medida, em que existem direitos para o paciente, existem deveres que este deve cumprir, para proporcionar ao médico condições favoráveis a realizar sua função, dentre eles a de remunerar o médico; fornecer-lhe todos os dados, úteis para a formação de seu histórico clínico; seguir seus conselhos e obedecer rigorosamente todas às prescrições receitadas pelo profissional. (ORTEGA, 2016, on-line)

Não incumbe, portanto, somente ao médico a responsabilidade de manter postura mediante um atendimento, mas também ao paciente destrinchar sobre uma boa conduta perante a consulta e etc.

A responsabilidade civil do médico é analisada no aspecto subjetivo, portanto, para que exista responsabilidade do médico, devem ser atendidos os seguintes pressupostos: comportamento (omissão ou omissão), dano, nexo causal entre o dano e o procedimento, e o culpa que pode se manifestar por negligência, imprudência e incompetência. Porém, o médico que frequenta o Sistema Único de Saúde está "coberto" com a responsabilidade objetiva. O atendimento por intermédio do serviço público patrocinado pelo Estado, caracteriza a responsabilidade objetiva para entidade, e responsabilidade extracontratual para o profissional. (GIOSTRI, 2005, p. 61)

Nesse caso, o Estado será condenado ao ressarcimento do lesado, restando o direito de recorrer das ações de seu representante (no caso, médico), se for culpado. "A responsabilidade civil do Estado, em matéria de atendimento médico, o que está em jogo é a chamada falta do serviço público causadora de dano ao particular, e não a responsabilidade de um agente público em particular". (VENOSA, 2008, p. 137)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

No Brasil, é adotada a teoria da responsabilidade, assim, aquele que causar dano a outrem deve ressarci-lo pelo prejuízo que causou. Assim, no tocante a responsabilidade civil da Administração, a teoria do risco administrativo, assim existindo o dano, a conduta e o nexo de causalidade entre ambos, e não havendo nenhuma das causas de exclusão da responsabilidade o Estado deverá ser responsabilizado.

Através disso, não se pode exigir do Estado uma atuação específica, tendo este, entretanto, uma obrigação genérica de agir, dessa forma, se o serviço não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente, haverá omissão genérica, pela qual responde a Administração subjetivamente com base na culpa anônima, todavia, quando o Estado tem dever específico de agir e a sua omissão cria a situação propícia para a ocorrência do evento danoso, em situação que exponha, e o Estado tenha o dever de agir para impedi-lo, haverá omissão específica e o Estado responde objetivamente. (FILHO, 2011)

> "2. A responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por seus agentes a terceiros é, em regra, objetiva (art. 37, §6º da CF), observando-se a teoria do risco administrativo, segundo a qual não se perquire a culpa, mas sim o nexo de causalidade entre o serviço público oferecido e o dano sofrido pelo administrado, devendo ser verificada a ocorrência dos seguintes elementos: i) o ato ilícito praticado pelo agente público; ii) o dano específico ao administrado; e iii) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido. Não configurados quaisquer desses requisitos, deve ser afastada a responsabilidade civil do Estado. 3. No caso de suposto erro médico cometido pela rede de saúde do Estado, a responsabilidade estatal é subjetiva, fundada na teoria da "falta do serviço", sendo imprescindível a comprovação da conduta imprudente, negligente ou imperita do profissional."
>
> Acórdão 1154804, 00040136020168070018, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 27/02/2019, publicado no PJe: 10/03/2019

Quando se trata da relação entre hospitais, médicos e pacientes, existem contradições na jurisprudência sobre o assunto. Alguns juízes consideram que a aplicação da Lei de Defesa do Consumidor deve ser restringida. Portanto, de acordo com o Artigo 14, parágrafo 3, a responsabilidade do fornecedor deve ser objetiva e comum, independentemente de a culpa ser do médico. Ao contrário, o entendimento de outros juristas é que a responsabilidade solidária do hospital só acontecerá quando o hospital

tentar provar a negligência de seu médico. (PAIXÃO; SOUZA, 2014) Os tribunais têm decidido em demandas da responsabilidade objetiva do médico em relação de consumo:

> ESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE CIVIL DE CLÍNICA MÉDICA. A RESPONSABILIZAÇÃO DOS HOSPITAIS PODE SER SUBJETIVA OU OBJETIVA, CONFORME A SITUAÇÃO IMPUTADA. A RESPONSABILIDADE CIVIL SERÁ SUBJETIVA SE SE TRATAR DE MÁ ATUAÇÃO DOS MEMBROS DA EQUIPE MÉDICA E, DE OUTRA MANEIRA, SERÁ OBJETIVA, QUANDO RELATIVA À SERVIÇOS ATINENTES À PRÓPRIA ATIVIDADE DO HOSPITAL, COMO, POR EXEMPLO, EXAMES E ACOMODAÇÕES. O ARTIGO 14, PARÁGRAFO 3o, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUI A RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO AO MISTER TÉCNICO-PROFISSIONAL DOS MÉDICOS QUE ATUAM NO HOSPITAL. LAUDO PERICIAL QUE CONFIRMA OS EXAMES REALIZADOS E A ORIENTAÇÃO ADEQUADAMENTE PRESTADA. AUSENTE A PROVA DA IMPERÍCIA OU NEGLIGÊNCIA DO MÉDICO, NÃO SE CONFIGURA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL. ACERTO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. A prova pericial chegou à conclusão de que o procedimento adotado pela Clínica foi adequado, inexistindo qualquer elemento de imperícia, de imprudência ou de negligência médica. Esses acontecimentos restringem a responsabilidade médica, já que inerentes à própria atividade desenvolvida. Absoluta ausência de elementos probantes quanto à alegada falha do serviço médico prestado, não se vislumbrando qualquer culpa civil da Ré. Desprovimento do recurso" (grifo nosso, TJRJ, Apelação Cível no 2007.001.40927, Décima Oitava Câmara)

Desta forma, o entendimento do tribunal é conforme mencionado antes, após verificar a relação jurídica imposta, se o contrato é um meio ou fim, a culpa do médico (negligência, improbidade e indiscrição) deve primeiro ser provada, Porque somente assim, o hospital se responsabilizará pelas ações de seus agentes. (PAIXÃO; SOUZA, 2014)

Assim é o entendimento do STJ nos julgados apresentados:

> EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO - CHOQUE ANAFILÁTICO EM PARTURIENTE COM CONSEQÜENTES HISTERECTOMIA E PARALISIA CEREBRAL DA CRIANÇA - RESPONSABILIDADE DO NOSOCÔMIO - RESOLUÇÃO DO CFM – ATO QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEI FEDERAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

– MATÉRIA CONSTITUCIONAL - COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DANOS MORAIS - FIXAÇÃO - RAZOABILIDADE - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. 1.- A competência desta Corte restringe-se à interpretação e uniformização do direito infraconstitucional federal, restando impossibilitado o exame de eventual violação a dispositivos e princípios constitucionais sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal. 2.- O Recurso Especial não constitui via adequada para a análise, sequer reflexa, de eventual ofensa a resoluções, portarias ou instruções normativas, por não estarem tais atos normativos compreendidos na expressão "lei federal", constante da alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.3.- Conforme jurisprudência uníssona desta Corte, não há espaço jurídico para discussão a respeito de culpa do hospital, em decorrência da responsabilidade do médico, quando o paciente especificamente procura o hospital e recebe atendimento inadequado por parte dos profissionais disponibilizados entre os integrantes do corpo clínico. 4.- Ultrapassar os fundamentos do Acórdão e acolher a tese sustentada pela Agravante, afastando a culpa do corpo clínico reconhecida pelo Tribunal a quo, demandaria inevitavelmente, o reexame de provas, incidindo, à espécie, o óbice da Súmula 7 desta Corte. 5 - A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo. 6.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que Foi fixado o valor de indenização de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) devido pela ora Agravante à autora, a título de danos morais decorrentes de paralisia cerebral provocada por choque anafilático sofrido pela genitora da Agravada durante trabalho de parto. 7.- Agravo Regimental improvido. (STJ, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0387041-0 n. 442266 / SP, terceira turma, Relator MINISTRO SIDNEI BENETI, julgamento 25/02/2014).

A saúde tem um grande impacto na sociedade. A sociedade se depara com notícias diárias na mídia sobre os problemas enfrentados pelos hospitais públicos, o que comprova a carência de serviços de saúde em geral. No entanto, este estudo confirma que, da mesma

forma que o indicado no caso de omissão, o poder público também está obrigado a indenizar no caso de incumprimento do serviço por pessoa física (por exemplo, no caso de erro médico). Se ficar comprovado que o médico não realizou todos os cuidados e diligências necessários no tratamento do paciente, resultando em prestação de serviço insuficiente e ineficaz, e ao mesmo tempo, fica comprovado que a evidência e a intenção ou negligência que levaram a responsabilidade subjetiva (dano, causalidade e intenção ou culpa). (SANTOS, 2021)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, ressalta-se que médico é a pessoa que tem como missão auxiliar e melhorar a qualidade de vida dos pacientes. Às vezes, quando esse objetivo não é alcançado, não se pode afirmar que foi por falta de suas tentativas.

Dessa forma, médicos têm a responsabilidade de trabalhar arduamente para promover e honrar a vida humana. Em primeiro lugar, devem respeitar a ética, a moral, os valores religiosos e os costumes e princípios humanos básicos, bem como os direitos que os humanos não podem obter - a vida como uma Boa. Assim, a figura do Estado necessita de alguém que possa fazer essa prestação de serviço para que cumpra de forma plena, as disposições sobre a saúde elencadas na Constituição Federal de 1988.

Conforme proposto neste estudo, conclui-se que cabe aos entes federais a responsabilidade direta e solidária pelos erros médicos, de forma objetiva, e os médicos respondem subsidiariamente e cabendo ação regressiva após serem provados os culpados.

Portanto, observa-se que a responsabilidade civil por parte do médico em função do poder público deverá ser analisada primeiramente o caso concreto. Assim levando-se em conta os quesitos elencados no código civil.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Elenice Pereira Berg De. **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO À SAÚDE.** 2018. Disponível em: https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/2756/1/A%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20ESTADO%20POR%20ERRO%20MÉDICO%20NA%20PRESTAÇÃO%20DE%20SERVIÇO%20PÚBLICO%20–%20UMA%20ANÁLISE%20SOB%20A%20PERSPECTIVA%20DO%20DIREITO%20À%20SAÚDE.pdf. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado.** 2011. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf. Acesso: 18 de outubro de 2021

Lui Netto, Adamo e Alves, Milton Ruiz**Responsabilidade Médica.** Revista Brasileira de Oftalmologia [online]. 2010, v. 69, n. 2 [Acessado 16 Novembro 2021] , pp. 75-76. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-72802010000200001>. Epub 10 Jun 2010. ISSN 1982-8551. https://doi.org/10.1590/S0034-72802010000200001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **A responsabilidade civil do médico**. 2015. Disponível em: https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/413767473/a-responsabilidade-civil-do-medico. Acesso em:

PAIXÃO, A. G. ; SOUZA, L. H. ERRO MÉDICO: **a aplicação da responsabilidade civil decorrente da relação de consumo à luz do entendimento da Justiça Brasileira.** 2014. Disponível em: http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/1071/1013/ . Acesso em: 2 de outubro de 2021

PERES, Paula Rodrigues. **A responsabilidade civil do estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde.** 2010. Disponível em: https://www.google.com.br/amp/s/ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-responsabilidade-civil-do-estado-em-virtude-de-erro-medico-cometido-na-prestacao-do-servico-publico-de-saude/ Acesso: 10 de outubro de 2021

SANTOS, Mariana Freitas. **A Responsabilidade Civil do Estado na Prestação de Serviços Públicos de Saúde**. Publicado em 03/2021. Disponível em: https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/88908/1. Acesso: 3 de novembro de 2021

TEIXEIRA, Letícia Correia. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO.** 2019. Disponível em: https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/2319/3/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20ESTADO%20POR%20DANOS%20DECORRENTES%20DE%20ERRO%20MÉDICO%20-%20LETICIA%20CORRÊA%20TEIXEIRA.pdf. Acesso: 20 de outubro de 2021.

TJDFT. **Jurisprudências sobre Responsabilidade civil do Estado – erro médico.** 2020. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-

temas/saude-e-justica/saude-publica/responsabilidade-civil-do-estado-2013-erro-medico. Acesso em: 2 de novembro de 2021

WEICHERT, Marlon Alberto. ***Saúde e federação na Constituição brasileira.*** Rio de Janeiro: lumen Júris, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E DIREITO DE AUTOR

IRIS NATÁLIA MENDONÇA BARROS: Graduanda em Direito, pela Faculdade FAMETRO de Manaus-AM.

RESUMO: O presente estudo oferece uma visão geral do conflito entre Direito do Autor e as Biografias não autorizadas inseridos no Âmbito do Direito da personalidade. Abordando a temática da liberdade de expressão e o direito à informação da sociedade, bem como o Direito à privacidade do biografado o quais são contemplados no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras Chaves: Direitos da Personalidade. Direito de Autor. Direito à Privacidade. Direito à Informação. Biografias não autorizadas.

ABSTRACT: The present study offers an overview of the conflict between Copyright and Unauthorized Biographies inserted in the scope of Personality Rights. Addressing the theme of freedom of expression and society's right to information, as well as the right to privacy of the biographee, which are contemplated in the Brazilian legal system.

KEYWORD: Personality Rights. Copyright Law. Right to Privacy. Right to Information. Unauthorized biographies.

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. A diferença entre Direitos humanos, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. 2.1 Direitos Humanos. 2.2 Direitos Fundamentais. 2.3. Direitos Da Personalidade. 3. Direito de Autor e Direito à liberdade de Expressão. 3.1 Direito do Autor. 3.2. Direito a liberdade de expressão. 3.3. Direito à privacidade. 3.4. Direito à informação. 4. Legislação e Jurisprudência. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas. 6.1. Sítios. 6.2. Livros.

1. Introdução

A constituição Federal de 1988 trouxe em seus dispositivos a proteção de o Direito da Personalidade como sendo fundamental e ainda, tratando diretamente do tema em seus artigos 11 ao 2128. Nesse sentido, podemos citar o Direito do autor e o Direito à privacidade sendo chancelados como direitos fundamentais inseridos no Direito da Personalidade.

Entretanto, ao falar sobre Direito do autor e Direito à privacidade, nota-se que são ideias opostas, haja vista que cada Direito vai tratar de uma versão dos fatos, ou seja,

28 As delimitações do Direito da personalidade são tratadas no art. 5º da CFRB e ainda no arts. 11 ao 21 do Código Civil, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

o Direito do autor defenderá a importância da informação ao bem comum da sociedade e o Direito à privacidade, também considerado como Direito garantido pela Carta Magna, irá valorizar a liberdade exercida em sua amplitude.

Entretanto, qual direito podemos colocar no pedestal quando esses conflitos são postos frente a frente? Paira no Âmbito jurídico a dúvida sobre qual direito deve prevalecer, se o Direito do Autor com todas as suas atribuições voltadas para a informação da sociedade como prestação de serviço e a liberdade de expressão e de pensamento ou se o Direito à privacidade do biografado respeitada sua intimidade.

Ambos os direitos são tutelados pela Constituição Federal. o Direito à informação quanto ao conteúdo e veiculação complementando o rol de direitos fundamentais está enquadrado no artigo 5º da Constituição Federal:

> "XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

Dentre os direitos da personalidade podemos encontrar tanto o Direito à privacidade quanto o Direito à informação. Entretanto, tendo sido reconhecido os Direitos à privacidade e à informação como fundamentais, como saber se um deve prevalecer-se sobre o outro? E se sim, qual deles?

O Direito à privacidade traz em comento a importância de o indivíduo ter sua vida privada reservada, bem como sua honra e intimidade29, porém, a ideia vai de encontro ao Direito à informação, haja vista que a este prepondera o dever de esclarecer a verdade para aquele que a busca. Logo, quando se busca por um é difícil não suprimir o outro, ora quando o autor discorre sobre algo ou alguém no intuito de informar a verdade dos fatos está cerceando o desejo do outrem ao anonimato, ao sigilo das informações a ele conferidas.

Independente do Direito à privacidade e o Direito de o autor estarem presentes na Constituição Federal e ainda, este último, ter uma legislação específica30, no contexto atual, há um vácuo quanto as decisões dos magistrados com relação aos temas, posto que

29 "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." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

30 Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

nenhum dispositivo é objetivo quanto ao que se deve buscar e por isso, as decisões têm sido pairadas na subjetividade de cada magistrado, ou seja, na individualidade de cada caso.

Em se tratando de biografias não autorizadas a linha é tênue quanto ao Direito à privacidade, uma vez que o biografado sendo uma pessoa pública, difícil é discernir o limite entre sua vida pessoal e a vida pública. Assim, por mais que, por muitas vezes, o biografado não queira ver sua vida expostas ou ter fatos particulares em comento acaba por reprimir um Direito garantido pela Constituição, o Direito à informação, uma vez que o público maçante deseja ter o conhecimento daquele que por muita das vezes é uma celebridade, um político, um cantor.

2. A diferença entre Direitos humanos, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade.

2.1. Direitos Humanos

No Âmbito internacional, os direitos inerentes ao homem foram tutelados pelas Declarações e Convenções Internacionais, sendo os Direitos Humanos. Assim, os direitos de personalidade são espécies de direitos inerentes à dignidade humana que têm por objeto a proteção da incolumidade física, psíquica e moral da própria pessoa.31

Segundo Luiz Edson Fachin, honrosamente mencionado por Scheiber, a dignidade da pessoa humana é considerada como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas.32

Os Direitos Humanos se tornam instrumentos de aplicabilidade quando inseridos nas normas internas, tornando-se assim, Direitos fundamentais. Dessa forma, o cerceamento à liberdade de expressão é vedado, sendo possível a responsabilização posterior.

31 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO. Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº7 - Jan/Jun 2006 - Vol.2. p.347. Disponível em: http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/344 - ISSN: 1983-2303. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

32 SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo.* 2ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. P. 124.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em se tratando do Sistema Interamericano a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) inseriu a matéria, dispondo em seu artigo 13 sobre o direito à liberdade de pensamento e de expressão.33

> Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão
>
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
>
> 2.O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
>
> a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
>
> b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
>
> 3.Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
>
> 4.A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
>
> 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

2.2. Direitos Fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais estão divididos na Constituição Federal por temas específicos. São eles: direitos individuais e coletivos (artigo 5º da

33 Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

CF), direitos sociais (do artigo 6º ao artigo 11 da CF), direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13 da CF) e direitos políticos (artigos 14 ao 17 da CF).

Os Direitos fundamentais são aqueles inerentes à proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Elencados na Constituição Federal, possuem a mesma finalidade que os direitos humanos. A diferença se dá no plano em que são instituídos: se os direitos declaram, as garantias fundamentais asseguram.

A proteção da dignidade humana é de suma importância para a ordem jurídica brasileira, constituindo-se no manto que protege os direitos da personalidade. Nenhuma decisão judicial ou lei poderá colidir com esse mantra da nossa Constituição de 1988.

Porém, os direitos fundamentais não são absolutos, isto é, um direito não se sobrepõe ao outro Direito Fundamental, o que ocorre é a análise de qual direito deve ser aplicado quando um confronta o outro. Insta salienta o que afirma F. S. Rodrigues que "esses direitos poderão encontrar balizas tanto em outros direitos fundamentais, como em outros princípios preconizados pela Constituição.34

Bobbio conceitua que os direitos do homem são direitos históricos, ou seja, são nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por "lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas", daí dizer-se que estes direitos "não nascem todos de uma vez, mas sim quando as condições lhes são propícias, quando passa-se a reconhecer a sua necessidade para assegurar a cada indivíduo e a sociedade uma existência digna".35

2.3. Direitos da Personalidade

Conforme pensamento de Bittar, consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previsto no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.36

O Código Civil de 2002 passou a dedicar um capítulo aos direitos da personalidade em sua parte Geral, onde tratou a codificação dos seguintes Direitos da

34 RODRIGUES, Fernanda Savian. *Limites ínsitos à relatividade dos Direitos Fundamentais*. Revista Direitos Culturais, Rio Grande do Sul, v. 3,n. 4,p. 85-98,jun.2008.

35 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

36 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2006. P. 1

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

personalidade: direito ao próprio corpo, direito ao nome, direito à honra, direito à imagem e Direito à privacidade37

Assim, entende-se como Direitos da personalidade aqueles reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.38

Por isso, os direitos podem ser classificados de ambas as formas, como por exemplo, em Direitos à integridade física e Direito à integridade moral, segundo a finalidade a ser atingida com o exercício desses direitos. Neste diapasão, devem-se inserir os Direitos à intimidade, à expressão e o Direito de autor.

Toda via o Direito à informação, ao coletivo, diga-se de passagem, e o Direito à Privacidade se contrapõem, no liame de sua criação, haja vista que as particularidades da vida íntima é o objeto principal da criação, ou seja, sem isso, ele não haveria motivos para criar, muito mais em se tratando de pessoa pública e no seu exercício de Direito da Personalidade. Do contrário, a personalidade pública possui também possui seu Direito Fundamental à intimidade, e, portanto, merece a proteção do ordenamento.

Porém ao apreciarmos tais direitos, nota-se que o exercício deles poderá acarretar a oposição de um ao outro, haja vista que o exercício do Direito de expressão do autor, ao elaborar a sua obra, em particular uma obra biográfica, e o Direito à informação do seu leitor, poderão se contrapor ao Direito à privacidade do biografado. É necessário que o sistema jurídico compatibilize o exercício de tais direitos.

3. Direito de Autor e Direito à liberdade de Expressão

Os Direitos de Autor, Direito à liberdade de Expressão, Direito à Privacidade e Direito à informação estão estabelecidos na Constituição Federal, classificados como Direitos Fundamentais e, ainda, em outros documentos de âmbito internacional, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU) e a Convenção Internacional de Direitos Humanos (OEA).

Assim, analisar-se-á o Direito de autor, o Direito à liberdade de expressão e o Direito à informação em contraposição com o Direito à privacidade do biografado. Observe-se, de pronto, que o do Direito de autor, está intimamente ligado ao Direito à liberdade de expressão, portanto, não deve ser objeto de censura prévia, ainda que a

37 SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo.* 2ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. p. 131.

38 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2.a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 01.

atividade do autor envolve fatos da vida de personalidades públicas. Ademais, o autor exerce também o Direito de informar à sociedade fatos que concernem personagens públicos, satisfazendo o interesse do público de ser informado.

Ocorre que, caso aconteça colisão entre esses direitos, de regra, a liberdade de expressão prevalece, ao passo que o Direito à privacidade é preciso o autor observar para não se exceder, para que não incorra em reparação por danos e ao direito de resposta por parte da personagem pública.

3.1 Direito de Autor

O Direito de autor ou direito autoral é o ramo do direito privado que regula as relações jurídicas relacionadas à criação e a utilização econômica de obras intelectuais estéticas, na literatura, nas artes e nas ciências [39].

Segundo Bittar, o Direito de Autor recebeu inúmeras denominações ao longo dos tempos, em função da evolução em relação à posição doutrinária, recebendo nomenclatura desde: "propriedade literária, artística e científica, propriedade imaterial, direitos intelectuais sobre as obras literárias e artísticas, direitos sobre bens imateriais, direitos de criação" e mais recentemente, Direito Autoral e ainda se fala, em autoralismo.40 e que o Direito de Autor em face dos diferentes elementos estruturais próprios vendo sendo considerado como um Direito Especial, sui generis, considerando-se como um Direito Autônomo.

Apesar das inúmeras denominações em toda a evolução acerca dos Direitos Autor, há uma preferência pelo nome Direito de Autor, pois esta designação abrange todas as particularidades deste Direito, em virtude de todas as evoluções alcançadas ao longo dos anos, seja por celebrações de tratados, convenções internacionais bem como edições de leis próprias.

O Direito de Autor é fundamentado na defesa da obra intelectual humana enquanto criador e a interação com o fruto intelectual encontrando-se inserido no âmbito do direito privado.

Na visão de Poli, o Direito Autoral tem aspectos bem distintos, no aspecto objetivo, regula as situações jurídicas geradas pelas criações do espírito humano, sendo espécie gênero propriedade intelectual engloba também a propriedade intelectual. Já no aspecto Subjetivo, Direito autoral refere-se às faculdades ou liberdades juridicamente

[39] BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.27

40 ide.p.28 -29.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

reconhecidas ao autor sobre sua criação e neste contexto é utilizado no plural referenciando a pluralidade de faculdades reconhecidas pelo autor.41

No nível de disciplina o direito de autor está em nível internacional e no plano interno, em constituições e leis ordinárias. Internacionalmente, destaca-se o sistema instituído pelas convenções de Berna ("União para a propriedade literária") formalizada em 09.09.1886 que conta com adesão de inúmeros países. Com o progresso a comunicação e a evolução do pensamento científico, foram detectadas, já no século XX novos direitos de cunho intelectual, para eles foram criadas legislações específicas, ao direito autoral se promulgou a Lei 9.610, de 18/2/1998 trazendo as inovações trazidas pela Lei 12.853, de 14 de agosto de 2013, e também pelo Decreto 9.574/2018.

Os direitos autorais, traz retorno econômico ao idealizador da obra, estimulam a exploração de sua criatividade, bem como a criação intelectual e a publicação das obras, ou seja, efetuam um papel de mecanismo impulsionador da liberdade de expressão, direito à informação.

Nas criações autorais, as biografias não autorizadas, o autor cria sua obra em face da vida de uma pessoa pública o qual utiliza-se de direitos constitucionais ligadas à sua profissão de autor como o direito liberdade de expressão, direito à informação que é um direito que toda coletividade tem de saber, se informar a respeito da vida do biografado ou da celebridade e sua vida pública. Todavia, estes direitos podem entram em contrassenso com os direitos do biografado que é o direito à privacidade, que embora restringido por sua notoriedade Pública ainda assim é direito resguardado ao biografado.

Cabe destacar, que a palavra tem amplos poderes seja para construir reputações e imagens ou dependendo como utilizadas, podem até mesmo destruí-las através de afirmativas inseridas, podendo ou não criar na biografia da pessoa pública fatos inverídicos e até mesmo distorções de imagens e inverdades acerca da vida do biografado.

Deste modo, há uma relevante polêmica acerca das biografias não autorizadas, pois envolve tanto os direitos autorais que possui interfaces complexas e desafiadoras e o debate abrange diversas dimensões tais como: liberdade de informação, liberdade de expressão, Direito a autoria e direito à privacidade.

3.2 Direito à Liberdade de Expressão

41 POLI, Leonardo Macedo. *Direito Autoral: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.1-2.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Muitas das vezes, confunde-se liberdade de expressão, liberdade de informação e liberdade de imprensa. Segundo Chequer[42] (2011 apud FAVERA e STEINMETZ, 2016).

"A liberdade de expressão em sentido estrito refere-se a ideias e opiniões e não está necessariamente vinculada à verdade, enquanto a liberdade de informação tem relevância pública porque interfere na formação da opinião pública, e, assim, tem compromisso com a verdade. Já a liberdade de imprensa é uma forma "de exteriorização das liberdades de expressão e de informação conferidas aos meios de comunicação em geral, abrangendo tanto a liberdade de informação (fatos) quanto a liberdade de expressão em sentido estrito (ideias, pensamentos etc.)."

A confusão entre as expressões é compreensível na medida em que as cartas internacionais de direitos humanos englobam em um só, ambos os direitos. De fato, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece no art. XIX que:

> Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular[43].

Ademais, ainda com base no ordenamento internacional aderido pelo Brasil, o art. 19 parágrafo 2° do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos também tutela o direito à liberdade de expressão.

> Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha [44].

Para o STF, a liberdade de expressão não deve ser objeto de censura prévia, contudo, eventuais abusos devem ser condenados, a posteriori, mediante indenizações ou direito de resposta. Outrossim, o Tribunal vem utilizando-se do princípio da

[42] CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12-17.

[43] Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 27 mar 2020 às 16:26.

[44] BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 27 mar 2020.

proporcionalidade, isto é, quando a liberdade de expressão conflita com outro direito, entende-se prevalecer o direito a expor o pensamento. Para tanto na ADPF 130[45], duas decisões paradigmáticas tendo por objeto a liberdade de expressão, o STF, por meio dos votos individuais de seus ministros, refere-se várias vezes ao princípio da proporcionalidade como critério e fundamento de decisão para a prevalência do direito fundamental à liberdade de expressão perante outros direitos.

3.3 Direito à Privacidade

Para abordarmos o direito à privacidade se faz necessário a compreensão de que se trata de direito do próprio ser humano, assim a privacidade engloba o aspecto da intimidade, assim como assevera C. BITTAR.

> Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos [46].

Com uma visão que de não se conceitua a privacidade de forma objetiva e única, J.F. ASSIS compreende que ela a depender do posicionamento pode ter vários significados conforme o posicionamento doutrinário, e assim ser mais abrangentes ou ainda mais restritos [47].

A esse respeito, sustenta Ferraz[48] (1993 apud GARCIA, 2018) sustenta que:

> A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária

[45] Em 30 de abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 130/DF, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em face da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que regula a liberdade de pensamento e de manifestação, declarando que a referida lei, também conhecida como Lei de Imprensa não havia sido recepcionada pela ordem constitucional de 1988, por ferir os princípios da nova Constituição Federal.

[46] BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da Personalidade. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.

[47] ASSIS, José Francisco de. *Direito à privacidade no uso da internet: omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade. Internet e Informática. Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/ n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12848>. Acesso em: 24 maio 2020.

[48] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: *O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da FD-USP, v. 88, 1993, p. 440.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> decisão. O *objeto* é o bem protegido, que pode ser uma *res* (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito.

A Privacidade encontra resguardo no âmbito internacional como: A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. 12), a 9ª Conferência Internacional Americana de 1948 (art. 5º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (art. 8º), a Convenção Panamericana dos Direitos do Homem de 1959, a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, de 1967, quanto na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 11 ao 21).

Mais especificamente no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi firmada a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica[49]. Esse tratado internacional é uma das bases do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e prevê, no tocante à privacidade, em seus art. 11, sobre a proteção de honra e dignidade. Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)[50] aborda em seu art. 12 que ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou ataques e, ainda no mesmo instituto, em seu art. 17, defende que ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

No Brasil, tanto o constituinte quanto o legislador ordinário, ao elaborarem a Constituição 1988 (art. 5°, X)[51] e o Código Civil de 2002 (art. 21)[52] optaram por não fazer uso do termo privacidade, mas das expressões vida privada e intimidade, sem oferecer conceitos a nenhuma delas.

---

[49] Tratado Internacional. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Pacto San José da Costa Rica. Disponível em http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm. Acesso em 27 mar 2020 às 18:39.

[50] Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 27 mar 2020 às 16:26.

[51] CF88-ART. 5°,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;

[52] CC, art. 21. 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.

Privacidade, então, deve ser vista antes de tudo como exercício de uma liberdade da pessoa, uma necessidade humana. Parte-se para uma visão da privacidade que é interna ao sujeito, faz parte dele, formando-o como ser humano. Seja trabalhando a privacidade como o estar só ou numa perspectiva mais contemporânea de controle informacional, não se pode perder o vínculo com a pessoa, como forma de manifestação da personalidade. Ter privacidade é fundamental ao indivíduo, não apenas em oposição ao público, mas numa relação interna, visto que não será possível a assunção de seus desejos sem a construção de seu espaço íntimo[53].

De acordo com SCHREIBER[54] (2013, p. 13 apud CANCELIER, 2017) Fato é que, no Brasil, previsto tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, o direito à privacidade é considerado direito fundamental e direito da personalidade, sendo uma figura jurídica que supera a dicotomia entre direito público e privado16. O constituinte optou pelo uso dos termos intimidade e vida privada, para fazer referência à privacidade, sendo a última expressão também a opção do legislador ao elaborar o Código Civil de 2002. Independentemente da forma como é designada, quando se tutela a privacidade busca-se contemplar "atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica", ou seja, o que "muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta".

3.4. Direito à Informação

Toda pessoa tem o direito à informação, conforme tutelado e previsto pela Constituição Federal. As restrições a este direito podem ser impostas por lei apenas se for absolutamente necessário e justificado por razões de segurança nacional, combate ao crime ou para proteger os direitos e interesses legítimos de terceiros. De igual modo, toda a pessoa tem o direito de participar na Sociedade da Informação. A facilidade de acesso às informações tratadas por via eletrônica, e cuja produção, intercâmbio e difusão das mesmas constitui uma obrigação do Estado.

Assim sendo, Sarlet e Molinaro afirmam que:

> No âmbito do direito constitucional brasileiro, o direito da informação (compreendido, como indicado, em sentido abrangente) encontra abrigo no dever do Estado de promover, apoiar e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas

[53]CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. *O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro*. Sequência (FlosimEstrianópolis), n. 76, p. 213-240, ago. 2017.

[54] SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> (Art. 218 e parágrafos da Constituição Federal, daqui por diante CF/1988)[55].

Além de encontrarmos embasamento e proteção do Direito à informação em nossa Carta Magna brasileira no artigo 5º, inciso XXXIII, em que é assegurado que qualquer pessoa pode solicitar informações ao governo, mesmo que para uso privado, também há a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011).

Oliveira afirma que, entre outros ditames:

> A Lei de acesso a informação oportuniza que qualquer cidadão requeira informações acerca de dados governamentais (desde que não sigilosos) e, ainda mais, determina que a Administração Pública apresente, sem provocação, todos os documentos de interesse público, preferencialmente fazendo uso das TICs[56].

Em se tratando de direito à informação no âmbito internacional, esse é tutelado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DUDH), aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França em 26 de agosto de 1789, é a origem mais antiga de bases do direito de acesso à informação, especialmente detidas por órgãos públicos. No artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC), há a seguinte previsão: *"*Art 15, DDHC – *A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração."*

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 – tratado ao qual o Brasil aderiu apenas a partir de 1992 –, traz disposição semelhante: Artigo 19 [...] 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos também estabeleceu expressamente, no seu Artigo 13, a garantia da liberdade de informação:

---

[55]SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito à informação e Direito de acesso à informação como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. Revista da AGU, Brasília – DF, ano XIII, n. 42, p. 09-38, out-dez. 2014.

[56]OLIVEIRA, Rafael Santos de; RAMINELLI, Francieli Puntel. *O Direito ao acesso à informação na construção da Democracia participativa: uma análise da página do Conselho Nacional de Justiça no Facebook*. Sequência (Florianópolis), n. 69, p. 159-182, dez. 2014.

> Art. 13. 1. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informações, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar estes direitos. 2. As autoridades precisam ser obrigadas por lei a disponibilizar de forma oportuna e razoável as informações geradas pelo setor público[57].

Sendo assim, o direito de acesso à informação é visto como um direito humano que inclui o direito de buscar, receber e transmitir informações livremente, incluindo informações detidas por instituições de Estado.

Em 1950, foi aprovado em Roma o Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais[58], no qual ficou estabelecida liberdade de expressão e a liberdade de receber e transmitir informações, consagrando também, deveres e responsabilidades para os órgãos de comunicação, estando estes sujeitos a restrições necessárias e justificadas nos casos previstos pelo Convênio.

4.Legislação e Jurisprudência

O direito à liberdade de expressão, no qual se pode inserir o Direito do Autor, é amparado por diversos dispositivos internacionais. No art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948,59 ele se encontra definido nos seguintes termos:

> "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras" (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, estabelece, também em seu art. XIX, o direito à liberdade de expressão de forma mais detalhada, incluindo as restrições que podem ser legitimamente impostas pelos Estados, motivadas pela proteção da segurança coletiva e pelo respeito a outros direitos individuais:

---

[57]Organização dos Estados Americanos. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Table/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/. Acesso em 27 mar 2020.

[58] Art. 10 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

59 Declaração Universal dos Direitos humanos. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Artigo 19
>
> 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
>
> 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
>
> 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
>
> a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
>
> b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública (UNITED NATIONS, 1966).

Portanto, é transparente o reconhecimento internacional da liberdade de expressão como um direito humano, que, ao lado da liberdade religiosa, é um dos mais clássicos direitos civis. Contudo, sua interpretação, na forma de deveres positivos e negativos impostos aos Estados, bem como a aceitabilidade de restrições varia significativamente, principalmente tendo em vista a riquíssima casuística sobre o assunto. 60

Vale ressaltar a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

> LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PRÉVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA.

60 Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. RIL Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 96. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522900/001073192.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Toda%20pessoa%20ter%C3%A1%20direito%20%C3%A0,3. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

(STF – Plenário - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL).

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo. (Relator: Min. Alexandre De Moraes – Publicação: 21/06/2018).61

61 STF. Plenário. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. Alexandre De Moraes. Publicação: 21/06/2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

Observa-se que nesse sentido, prevaleceu a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, dever à informação, haja vista que não deve ser cerceada nos termos do artigo 220 da Constituição Federal.

> Art. **220**. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Ainda nesse sentido, julgou o Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXAME DOS LIMITES INTERNOS E EXTERNOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. ILICITUDE NÃO CONFIGURADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA. - RESPONSABILIDADE CIVIL E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO - A liberdade de expressão, assim como a honra possuem proteção constitucional, no art. 220 e art. 5º, X, respectivamente. A honra possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, desdobrando-se nas dimensões subjetiva e objetiva. Não se constituindo em direito absoluto, é importante determinar o seu âmbito...
>
> (TJ-RS - AC: 70050501477 RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 24/10/2012, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/10/2012)62

Dessa forma, as decisões pairam para que se prevaleça a liberdade de expressão ressalvadas quando na existência de dano, como por exemplo a ofensa a honra, podendo ser requerida posteriormente o ressarcimento de danos morais.

Já na esfera do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE ENTREVISTA EM REVISTA. ACUSAÇÕES NÃO PROVADAS. DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA EDITORA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. O meio de comunicação que publicou a entrevista responde, solidariamente com o entrevistado, pelos danos causados ao autor, motivo pelo qual não há falar em sua ilegitimidade passiva. Preliminar rejeitada. No mérito, o fato de ser publicada matéria em

62 TJ-RS - AC: 70050501477 RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Publicação: 12/12/2019. https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/906948329/apelacao-civel-ac-70049421126-rs. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

> revista de grande circulação, contendo acusações sem provas, gera danos à honra e à imagem do autor, estando presente, portanto, o dever de indenizar. Valor da reparação minorado para importância mais razoável, evitando-se enriquecimento da vítima, mas mantido o caráter reparatório/didático da imposição. Preliminar rejeitada. No mérito, apelo provido, em parte. (STJ – Decisão Monocrática - RECURSO ESPECIAL Nº 1.282.134 – RS – Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira - Publicação: 12/12/2019).63

Dessa forma, as decisões referentes aos conflitos entre Direito à informação, Direito do autor, Direito à liberdade de imprensa se sobrepões quando confrontado com o Direito à privacidade, e quando da publicação advém alguma situação vexatória ou considerada abusiva, é cabível o ressarcimento dos danos causados.

5. Considerações Finais

Todos os direitos são tutelados para que o Estado possa possibilitar uma vida mais digna ao cidadão, sendo eles Direitos Humanos, Direitos Fundamentais ou Direitos da Personalidade.

Para que se entenda aplicação de cada um faz-se necessário distingui-los e entender que os mesmos possuem respaldo no âmbito internacional e interno, no caso do Brasil, o que traz segurança jurídica para aquele que necessita.

Ao expor os conflitos entre Direito do autor e Direito à privacidade, o presente trabalho mostrou que o primeiro tem sua importância para com a informação, com intuito de informar, de expor suas ideias e a liberdade de expressão embora, o Direito à privacidade possa embargar a criatividade do autor, caso este venha a causar danos à sua imagem.

Podemos observar também, que os Tribunais vêm decidindo de forma similar em favor do Direito à informação, uma vez que toda liberdade de expressão é válida ainda que ambos os direitos estejam no rol de direitos fundamentais.

Ainda assim, não há de se falar em direito mais importante que o outro, tendo em vista que pela falta de parâmetros taxativos nos dispositivos nacionais e internacionais, cada caso é analisado de forma individual pelo magistrado. E ainda que, de alguma forma,

63 STJ. Decisão Monocrática. RECURSO ESPECIAL Nº 1.282.134 – RS. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Publicação: 12/12/2019. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/875329969/recurso-especial-resp-1282134-rs-2011-0219765-3/decisao-monocratica-875329979. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

o biografado se sinta ofendido com o conteúdo do trabalho do autor, este tem o direito de pleitear pelo ressarcimento dos danos sofridos e não permitindo a censura.

6. Referências Bibliográficas

6.1. Sítios

Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.815. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057. Acesso em 27 mar 2020 às 16:59.

Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental – ADPF 130. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=107402. Acesso em: 27 mar 2020 às 16:57.

ASSIS, José Francisco de. Direito à privacidade no uso da internet: omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade. Internet e Informática. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12848>. Acesso em: 24 maio 2020.

BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 27 mar 2020 às 16:50.

BRASIL. Decreto n°. 678 de 1992. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.. Acesso em: 11 março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815. Relatora: Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha. Origem Distrito Federal. DJe 16.02.2016. Disponível em:
http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4271057.
Acesso em: setembro /2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de inconstitucionalidade nº 5800. Relator(a): Min. LUIZ FUX. DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019.acesso em: 22 setembro/2019.

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: https://www.cnj.jus.br/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh/ acesso em 22/08/2020 as 23:15.

Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 27 mar 2020 às 16:26.

Direito à privacidade no uso da internet: omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade. Internet e Informática. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: -link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12848. Acesso em: 24 maio 2015.

Dos direitos da personalidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO. Revista Brasileira de Direito Constitucional - nº7 - Jan/Jun 2006 - Vol.2. p.347. Disponível em: http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/344 - ISSN: 1983-2303. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

STF. Plenário. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. Alexandre De Moraes. Publicação: 21/06/2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337. Acesso em: 18.mar.2020.

STF. Plenário. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. Alexandre De Moraes. Publicação: 21/06/2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

STJ. Decisão Monocrática. RECURSO ESPECIAL Nº 1.282.134 – RS. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Publicação: 12/12/2019. Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201102197653&dt_publicacao=17/12/2019. Acesso em: 18.mar.2020.

TJ-RS - AC: 70050501477 RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Publicação: 12/12/2019. https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/906948329/apelacao-civel-ac-70049421126-rs. Acesso em 03 de dezembro de 2021.

Tratado Internacional. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Pacto San José da Costa Rica. Disponível em http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm. Acesso em 27 mar 2020 às 18:39.

6.2. Livros

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.27

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da personalidade. 2.a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 01.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 7ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2006. P. 1

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. Sequência (Florianópolis), n. 76, p. 213-240, ago. 2017.

CHEQUER, Cláudio. A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12-17.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da FD-USP, v. 88, 1993, p. 440.

POLI, Leonardo Macedo. Direito Autoral: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.1-2.

RODRIGUES, Fernanda Savian. Limites ínsitos à relatividade dos Direitos Fundamentais. Revista Direitos Culturais, Rio Grande do Sul, v. 3,n. 4,p. 85-98,jun.2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à informação e Direito de acesso à informação como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. Revista da AGU, Brasília – DF, ano XIII, n. 42, p. 09-38, out-dez. 2014.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. P. 124.

SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019. p. 131.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NOS CASOS DE DELITOS COMETIDOS POR MENORES INFRATORES

OTÁVIO LUIZ DUARTE DE OLIVEIRA: Bacharelando em Direito pela FIPAR - Faculdades Integradas de Paranaíba.

LUIZ HENRIQUE ALVES ROSA

(orientador)

RESUMO: As medidas socioeducativas nos casos decorrentes de ações ilícitas realizadas por menores infratores é certamente um tema de extrema relevância no cenário do Direito Penal Brasileiro. Estão previstas na Lei 8.069/1990 que dispõe especificamente do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Neste importante documento jurídico vislumbram-se no seu art. 121 as medidas socioeducativas voltadas aos atos delituosos cometidos por crianças e adolescentes, cujo propósito é extremamente didático, visando o estabelecimento de sanções educativas, capazes de advertir o infrator acerca de sua conduta danosa, propondo inclusive a reflexão do mesmo diante do ilícito por ele cometido. O menor infrator merece atenção e orientação, ou seja, um olhar pedagógico por parte do Sistema Jurídico Brasileiro, que observará, sobretudo, a importância de recuperar este sujeito que ainda não tem compreensão plausível do ato que realizou.

Palavras – chave: Direito Penal Brasileiro. Crianças e Adolescentes. Olhar pedagógico.

ABSTRACT: Socio-educational measures in cases arising from illegal actions carried out by minor offenders is certainly an extremely relevant topic in the Brazilian Criminal Law scenario. They are provided for in Law 8.069/1990, which specifically provides for the Status of Children and Adolescents (ECA). In this important legal document, art. 121 socio-educational measures aimed at criminal acts committed by children and adolescents, whose purpose is extremely didactic, aiming at establishing educational sanctions, capable of warning the offender of their harmful conduct, even proposing their reflection on the offense committed by them. The minor offender deserves attention and guidance, which is a pedagogical look by the Brazilian Legal System, which will note, above all, the importance of recovering this subject who still does not have a plausible understanding of the act he performed.

Keywords: Brazilian Criminal Law. Children and Adolescents. Pedagogical look.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Legislação Menorista Brasileira – 2.1 Aspectos Históricos da Legislação Menorista Brasileira – 2.1.1 A Legislação Menorista nas Ordenações Filipinas – 2.1.2 O Código Criminal do Império – 2.1.3 O Código Penal Republicano – 2.1.4 O Código Mello Mattos – 2.1.5 O Estatuto da Criança e do Adolescente – 3. As medidas

socioeducativas presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente – 3.1 Medida socioeducativa de Advertência – 3.1.2 Medida socioeducativa de reparar dano – 3.1.3 Medida socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade – 3.1.4 Medida socioeducativa de Liberdade Assistida – 3.1.5 Medida socioeducativa de Inserção em regime de semiliberdade – 4. A Eficácia das Medidas Socioeducativas – 4.1 Breves apontamentos sobre a eficácia das medidas socioeducativas – 4.1.2 Análise da eficácia das Medidas Socioeducativas – 4.1.3 Análise da Medida de Advertência – 4.1.4 Análise da Medida de reparar dano – 4.1.5 Análise da Medida Socioeducativa de prestação de serviços à comunidade – 4.1.6 Análise da Medida Socioeducativa de liberdade assistida – 4.1.7 Análise da Medida Socioeducativa de regime de semiliberdade – 5. Considerações Finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tratar das medidas socioeducativas destinadas à menores infratores é certamente um dos temas mais relevantes não só para o mundo jurídico, mas para toda a sociedade. É preciso a priori analisar se tais medidas estão ou não cumprindo o seu papel ressocializadora. Até que ponto, a criação da Lei 8.069/1990 garantiu de fato a realização ou a efetivação das medidas ressocializadoras, estão presentes no próprio documento.

Para justificar tal tema, torna-se necessário apontar para a importância do mesmo, visto que, tanto crianças como jovens (adolescentes) serão os responsáveis pela construção do país. Por esta razão, temas como ressocialização a partir de medidas socioeducativas é assunto de interesse de toda a sociedade brasileira.

Este trabalho tem como característica principal sua fundamentação, pautada em leituras doutrinárias importantes. Consultas à códigos e jurisprudências também se mostram importantíssimos.

Do ponto de vista estrutural, o presente trabalho será dividido em três capítulos. Todas as partes estarão minuciosamente intercaladas, de maneira que, os resultados das leituras, bem como a produção textual pautada nas argumentações estão organizados e coesos.

O capítulo introdutório versará sobre a Legislação Menorista Brasileira, apontando para a sua evolução histórica, desde as Ordenações Filipinas e seu tratamento acerca do tema até o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tratam-se efetivamente de um levantamento histórico da questão, observações estes importantes para compreender a realidade atual no que se refere ao tema abordado pelo trabalho. O objetivo é realizar uma profunda análise conceitual, crítica e jurídica do problema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O segundo capítulo tratará especificamente das Medidas Socioeducativas, suas espécies, seus procedimentos e adequações. Para tanto serão utilizados apontamentos doutrinários de juristas envolvidos com a temática, capazes de apresentar o panorama deste tema de forma extremamente didática e eficaz.

Por último, a terceira parte irá tratar especificamente da eficácia das Medidas Socioeducativas, refletindo sobre a real capacidade de reeducação das mesmas, evitando assim a tão temida reincidência.

Em síntese, o trabalho aqui apresentado irá discorrer de maneira crítica acerca da efetividade das medidas socioeducativas e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere a estas questões.

2. A LEGISLAÇÃO MENORISTA BRASILEIRA

2.1 Aspectos Históricos da Legislação Menorista Brasileira.

Todo estudo jurídico, todas as análises ligadas ao Direito necessitam de uma abordagem histórica, visto que, como toda ação humana socialmente constituída, o Direito também evolui. Neste sentido, segue alguns apontamentos importantes acerca da história da Legislação Menorista no Brasil.

2.1.1 A Legislação Menorista nas Ordenações Filipinas.

As Ordenações Filipinas foi o sistema jurídico que vigorou no Brasil durante o período colonial (1603 a 1830). Tratava-se do mesmo sistema jurídico aplicado na sociedade portuguesa da época. Tal legislação ou ordenamento jurídico foi reformulado por Dom Felipe, tratava-se mais especificamente de uma atualização das Ordenações Manuelinas que regia Portugal juridicamente e até aquele instante.

É importante frisar que tal ordenamento jurídico se mostrava extremamente severo e autoritário. José Fábio Rodrigues Maciel destaca em seu artigo "Ordenações Filipinas – considerável influência no direito brasileiro", aspectos desta legislação:

> As penas previstas nas Ordenações Filipinas eram consideradas severas e bastante variadas, destacando-se o perdimento e o confisco de bens, o desterro, o banimento, os açoites, morte atroz (esquartejamento) e morte natural (forca). Mas, como típica sociedade estamental da época, não poderiam ser submetidos às penas infamantes ou vis os que gozassem de privilégios, como os fidalgos, os cavaleiros, os doutores em cânones ou leis, os médicos, os juízes e os vereadores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

As Ordenações Filipinas também possuíam em sua essência o peso dos suplícios, muito comum nas legislações europeias daquele período. Os suplícios demonstravam um desiquilíbrio sem precedentes entre o delito e a pena, uma desigualdade punitiva sem precedentes.

No período colonial brasileiro destacou-se a severidade das leis aplicadas. Tais punições possuíam caráter cruel e desumano. A rigidez das penas marcava as Ordenações Filipinas atingindo à todos, inclusive os jovens (crianças e adolescentes).

Neste ordenamento jurídico extremamente rigoroso, a responsabilização penal de crianças e adolescentes que cometiam algum tipo de delito era presente e classificada especificamente no capítulo CXXXV, do livro Quinto. Três etapas compunham a classificação das punições destinadas a menores.

De acordo com Oliveira (2010, p. 10)

> Na faixa etária compreendida entre os sete anos de idade e os dezessete anos de idade, a pena aplicada aos infratores assemelhava-se a aplicada aos adultos, contudo tinha alguma atenuação. Quando a faixa etária estivesse compreendida entre os dezessete e vinte e um anos, a doutrina vigente os considerava como jovens adultos, onde inclusive poderiam vir a sofrer a pena capital.

A aplicação desproporcional da pena traz à tona um pensamento jurídico arcaico, pautado em medidas que de longe lembram o caráter socioeducativo. Violência e atrocidades faziam parte do cardápio de punições e castigos.

A respeito deste ordenamento jurídico extremamente cruel, Tavares (2002, p.51) discorre:

> Durante a fase imperial tem início a preocupação com os infratores,menores ou maiores, e a política repressiva era fundada no temor dacrueldade das penas. Vigentes as Ordenações Filipinas, a imputabilidade penal era alcançada aos sete anos de idade. Dos sete aos dezessete anos o tratamento era similar ao do adulto com certa atenuação na aplicação da pena. Dos dezessete aos vinte e um anos de idade, eram considerados jovens adultos e, por tanto, já poderiam sofrer a pena de morte natural (por enforcamento). A exceção era o crime de falsificação de moeda, para o qual se autorizava a pena de morte natural para maiores de quatorze anos.

As barbáries em nome da lei, ou respaldadas pela mesma foi a tônica da legislação Filipinas, de forma que, nem mesmo as crianças e adolescentes estiveram excluídos de tal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ordenamento jurídico. A pena de morte (pena de morte natural) foi em muitos casos a punição taxativa mais cruel aplicada aos mais jovens.

Na realidade, a aplicação das Ordenações Filipinas em território colonial tinha um objetivo maior, fazer valer o poder da metrópole sob a colônia brasileira.

2.1.2 O Código Criminal do Império.

No que se as punições realizadas aos menores infratores inseridas no Código Criminal do Império, tornam-se importante frisar que o Brasil e sua sociedade passavam por inúmeras mudanças estruturais. Um novo regime político e administrativo exigia uma legislação que viessem de encontro com as revoluções liberais (principalmente as ocorridas na Europa) tão comuns para a época. Para atender tal demanda, foi criado e sancionado pela Lei de 16 de dezembro do ano de 1830, o Código Criminal do Império.

É importante ressaltar que o Código Criminal do Império surge para romper com as penalidades supliciantes (esquartejamentos, torturas, açoites e pena de morte) da codificação portuguesa, no caso das Ordenações Filipinas.

O Código Criminal do Império foi responsável pela inovação no ordenamento jurídico penal no Brasil. A conduta delituosa dos jovens infratores passou a ser avaliadas, analisando principalmente se os mesmos possuíam ou não consciência de seus atos. Esta análise era realizada em jovens a partir de 14 anos e em caso de verificação deste entendimento, ou seja, se o jovem possuísse consciência do prejuízo social que sua atitude causará, o adolescente seria punido nos rigores da lei. Observe-se no art. 13 deste documento traz em sua essência a importância deste entendimento por parte do menor infrator.

> Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm . Acesso em: 20 de abril de 2019.

É importante analisar que, o Código trazia a aplicação de penas mais flexíveis aos jovens infratores. Ocorre que, a partir deste Código, a ideia de atenuar as penas em decorrência da idade já era algo possível e de certa forma aceitável.

No artigo 18 deste diploma legal encontra-se a questão das atenuantes:

> Art. 18. São circumstancias attenuantes dos crimes:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Quando o réo fôr menor de dezasete annos, e maior de quatorze, poderá o Juiz, parecendo-lhe justo, impôr-lhe as penas da complicidade.
>
> 10. Ser o delinquente menor de vinte e um annos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm . Acesso em: 20 de abril de 2019.

O Código Criminal de 1830 vigorou por todo o período Imperial, sendo complementando posteriormente pelo Código de Processo Penal de 1832.

2.1.3 O Código Penal Republicano.

O Código Penal Republicano foi publicado no ano de 1890, a princípio como Decreto de número 847 na data de 11 de outubro, concordando substancialmente com Código Criminal do Império com relação ao menor infrator e seus delitos. Porém, é preciso ressaltar que algumas diferenças precisam ser apontadas. Inicialmente o artigo 27 em que menciona não criminoso: § 1º. Os menores de 9 annos completos; § 2º. Os maiores de 9 e menores de 14 anos, que obrarem sem discernimento; [...]. Porém, quanto aos maiores de 14 anos e menores de 16, aplicava-se pena de recolhimento:

> Art. 30. Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.
>
> [...] Art. 42. São circumstancias attenuantes:
>
> [...] § 11. Ser o delinquente menor de 21 annos.
>
> [...] Art. 49. A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 annos.

Os artigos em questão, apesar de apresentarem diferenciação no tratamento dispensado aos menores quanto ao primeiro Código, sabe-se perfeitamente que não havia instituições disciplinares industriais, desta forma, o Estado deixava os menores junto com os adultos, ou seja, não havia efetivamente uma legislação real, que pudesse efetivamente ressocializar o jovem infrator daquele período.

2.1.4 O Código de Mello Mattos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Decreto nº 17.943 – A de 12 de outubro de 1927 foi reconhecido por "Código Mello Mattos". O documento legal em questão possuía 231 artigos. O nome foi escolhido com o intuito de homenagear seu autor, o famoso jurista José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, nascido em Salvador na Bahia, no dia 19 de março do ano de 1864. Na realidade o jurista foi apenas o seu idealizador. Foi também o 1° juiz de Menores do Brasil, sendo nomeado em 02 de fevereiro do ano de 1924 exercendo o cargo na cidade do Rio de Janeiro, capital federal na época.

A partir do Código de Mello Mattos, todos os menores que se encontravam em situação irregular deveriam passar pelas mãos de um juiz de menores, ou seja, uma autoridade judiciária estatal.

Outro aspecto importante previsto no Código Mello Mattos, estava intimamente ligado ao fato de que a apreensão e internação dos menores não precisariam ser devidamente fundamentadas:

Maurício Maia de Azevedo em seu artigo intitulado o Código Mello Mattos e seus reflexos na Legislação Posterior apontam para a legislação em questão:

> Art. 7º À autoridade judiciária competirá exercer diretamente, ou por intermédio de servidor efetivo ou de voluntário credenciado, fiscalização sobre o cumprimento das decisões judiciais ou determinações administrativas que houver tomado com relação à assistência, proteção e vigilância a menores. Parágrafo único. A fiscalização poderá ser desempenhada por comissários voluntários, nomeados pela autoridade judiciária, a título gratuito, dentre pessoas idôneas merecedoras de sua confiança.
>
> Art. 8º A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

Desta forma, os poderes do juiz eram extremamente amplos e não eram restritos a ele. As autoridades administrativas responsáveis pela fiscalização das situações dos menores também possuíam poderes para a prática de atos sem fundamentação própria ou específica.

2.1.5 O Estatuto da Criança e do Adolescente (1990).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Estatuto da Criança e do Adolescente fruto da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, representa de forma significativa um marco divisório extremamente eficiente no que se refere as questões da infância e juventude no Brasil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente vem de encontro com a necessidade de se estabelecer uma legislação que tem por princípio primordial a proteção integral dos direitos das crianças em todo o território brasileiro. A norma estabelecida por este diploma legal ampara todas as crianças e adolescentes, independente de classe social ou idade. Neste sentido, cabe ressaltar o posicionamento de Saraiva (2010, p.24):

> Na Doutrina da Proteção Integral dos Direitos, as crianças passam a ser definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de diretos. Já não se trata de "menores", incapazes, meias-pessoas ou incompletas, senão de pessoas cuja única particularidade é a de estar em desenvolvimento. Por isso lhes reconhecem todos os diretos que têm os adultos mais diretos específicos por reconhecer-se essa circunstância evolutiva.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 227 as obrigações da família diante da responsabilidade da formação 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.

Importante frisar que, a partir da Constituição Federal de 1988, todos os menores de 18 anos, independente da classe social ao qual fazem parte, têm seus direitos garantidos. Neste sentido, a criança ou adolescente infrator deverá também ter seus direitos garantidos. Para os mesmos, serão atribuídas medidas socioeducativas capazes de ressocializá-los de forma efetiva.

Ocorre que, neste universo de garantias constitucionais que o juiz responsável pelas questões que envolvem menores está limitado à aplicação da lei, devendo necessariamente garantir que os direitos e os deveres da criança e do adolescente seja efetivamente cumprido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Após a criação do Estatuto de Criança e do Adolescente, as punições destinadas à crianças e adolescentes passam a ter aspectos educacionais, visando a proteção dos mesmos.

As medidas protetivas são destinadas às crianças de até 12 anos de idade e estão presentes no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
>
> I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
>
> II - orientação, apoio E acompanhamento temporários;
>
> III - matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
>
> IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
>
> V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
>
> VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;VII - acolhimento institucional;
>
> VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
>
> IX - colocação em família substituta.

Outro aspecto importante a ser destacado, diz respeito a pena atribuída aos considerados maiores de 12 até os 18 anos de idade incompletos. Nestes casos verifica-se aplicação das medidas socioeducativas, determinadas pelo art. 112 do ECA. Estas medidas compreendem advertência, a obrigação de reparar o dano produzido pelo ato ilícito, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, e em alguns casos a ocorrência de internação em estabelecimento educacional especifico.

3. AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PRESENTES NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA).

Observa-se permanentemente que as medidas consideradas socioeducativas têm como objetivo principal a ressocialização do menor infrator, essas ações visa reeducar este jovem e que substancialmente afaste os menores do universo criminal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069) foi instituído foi sancionado em julho de 1990 pelo Presidente da República Federativa do Brasil, tornando a partir daquele instante as crianças e adolescentes, sujeitos de direito, deixando a ideia por vezes estigmatizada de menor.

O art. 3º do referido documento legal trás em sua essência a ideia de que toda a criança e adolescente deve ter seus direitos fundamentais garantidos de acordo com a lei, princípio este intimamente ligado à toda a pessoa humana, sem prejuízo algum ao preceito de que estes indivíduos gozam da proteção integral que este estatuto determina. A intenção do Estatuto é justamente o de garantir à estes indivíduos sociais todas as oportunidades, facilidades com o intuito de facilitar o seu desenvolvimento intelectual, físico, moral, espiritual e social, em condições de liberdade, dignidade e segurança.

De acordo com o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente aduz:

> 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 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 dignidade. (Brasil, 1990).

É importante ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente está vinculado à Lei Maior, no caso a Constituição Federal de 1988 que desde o principio parte do ideário e do princípio fundamental de proteção dos direitos do cidadão, independente de sua condição social ou faixa etária.

É neste cenário de garantias constitucionais que as medidas socioeducativas apresentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), se configuram e se estabelecem, impondo medidas justas e possíveis aos jovens considerados infratores.

De acordo com Saraiva:

> O ECA se estrutura a partir de três grandes sistemas de garantia, harmônicos entre si: a) o Sistema Primário, que dá conta das Políticas Públicas de Atendimento a crianças e adolescentes (especialmente os arts. 4° e 85/87); b) o Sistema Secundário que trata das Medidas de Proteção dirigidas a 27 crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de atos infracionais, de natureza

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> preventiva, ou seja, crianças e adolescentes enquanto vítimas, enquanto violados em seus direitos fundamentais (especialmente os arts. 98 e 101) c) o Sistema Terciário, que trata das Medidas Sócio-educativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a Lei, autores de atos infracionais, ou seja, quando passam à condição de vitimizadores (especialmente os arts. 103 e 112). (2003, p. 62).

O Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta de acordo com a visão jurídica e legal um grande ponto inicial para a construção de uma proteção da criança e do adolescente efetivamente precisa. A Lei vem atender de forma significativa, moderna e humana, os direitos de todas as crianças, adolescentes e jovens, não somente aqueles que por ventura possam ter cometido algum delito ou ilícito legal.

Aos que cometeram algum ilícito criminal, ferindo as normas morais e sociais impostas pelo Estado e pela a sociedade, numa atmosfera de controle social permanente.

As medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes que por ventura venham a cometer algum tipo de delito ou ato infracional encontram-se elencadas especificamente nos incisos do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

As socioeducativas consistem de maneira especifica em: advertência, obrigação de reparar dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção de regime de semiliberdade e por última internação em estabelecimento. Será analisada cada uma destas medidas, de maneira pormenorizada e reflexiva.

De acordo com o artigo 112 e incisos, do Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas socioeducativas são as seguintes:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
>
> I – advertência;
>
> II – obrigação de reparar o dano;
>
> III – prestação de serviços á comunidade;
>
> IV – liberdade assistida;
>
> V – inserção em regime de semiliberdade;
>
> VI – internação em estabelecimento educacional;
>
> VII – qualquer uma prevista no art. 101, I a VI;

> § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
>
> § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
>
> § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (Brasil, 1990).

É importante frisar que as medidas socioeducativas possuem um caráter pedagógico, com o objeto precípuo de educar e fazer o menor infrator repensar sua postura social, refletindo acerca do mal causado à sociedade e ao seu próprio desenvolvimento como cidadão. Visam também ressocializar este menor, propondo-lhe um olhar critico acerca de sua própria postura, geralmente antissocial e destrutiva. Sobre tais medidas, Liberati (1995, p. 120) discorre:

> A medida socioeducativa é a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógico-educativa. Tem caráter impositivo, porque a medida é aplicada independentemente da vontade do infrator – com exceção daquelas aplicadas em sede de remissão, que tem finalidade transacional. Além de impositiva, as medidas socioeducativas têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos. E, por fim, ela pode ser considerada uma medida de natureza retributiva, na medida em que é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado. (1995, p. 120).

É importante ressaltar ainda que, ao se estabelecer ou determinar uma medida socioeducativa, o jovem infrator, bem como sua família são encaminhados aos órgãos executores competentes, ou seja, àquelas instituições responsáveis pela viabilização e pelo cumprimento da sentença estabelecida pelo juiz, atendendo desta forma a determinação judicial pertinente.

3.1 Medida socioeducativa de Advertência.

A primeira medida socioeducativa apresentada no Estatuto da Criança e do Adolescente e que certamente merece destaque, é a medida de advertência, prevista no inciso I do art. 112.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A medida de advertência é certamente a mais branda de todas num rol de seis importantes medidas socioeducativas. A mesma é caracterizada essencialmente por uma reprimenda, uma observação com caráter crítico e de censura que fará o sujeito delituoso pensar acerca de sua conduta.

Por apresentar a característica de ser branda, sua intensão é justamente a de advertir o jovem infrator e seus pais em relação ao ato infracional cometido pelo adolescente, de maneira que ambos, pais e filho estejam cientes da irregularidade das ações cometidas pelo menor. Segundo Liberati (1995, p. 102):

> O termo "advertência" deriva do latim advertentia, do verbo advertere, com o significado de admoestação, aviso, repreensão, observação, ato de advertir. Desses sinônimos, o Estatuto preferiu o de "admoestação", ao consagrar, no art. 115, que "a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada". Com o significado de admoestação, a advertência representa uma modalidade de sanção penal, aplicada a quem praticou uma infração penal. [...].

A medida de advertência á aplicada para casos onde o adolescente cometa infrações consideradas leves, como por exemplo: lesão leve em outrem, e isso deve ser considerado um delito inicial.

Mais uma vez, vale a pena ressaltar que a intensão da medida é a de levar pais e adolescentes a uma reflexão relativamente profunda, fazendo com que, o ato delituoso não seja repetido. Neste sentido, aponta Ishida (2010, p. 202):

> Prevê o ECA a medida de advertência consistindo em admoestação, ou seja, a leitura do ato cometido e o comprometimento de que a situação não se repetirá. Assim, atos infracionais como de adolescente que cometa, pela primeira vez, lesões leves em outro ou vias de fato, podem levar à aplicação desta medida.

Embora seja considerada uma medida aparentemente simples, irá servir como um alerta pontual ao adolescente mostrando-lhe as consequências negativas do seu ato, tanto para ele, quanto para a sociedade. Certamente contribuirá para o amadurecimento deste jovem, apontando para o que é um comportamento aceitável pela sociedade.

3.1.2 Medida socioeducativa de reparar dano.

Uma das medidas socioeducativas presentes não Estatuto está ligada à obrigação de reparar o dano que quando imposta tem por objetivo a autocorreção do menor infrator,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

uma vez que terá como obrigação reparar os danos gerados por sua atitude ilícita. Neste sentido, observam-se os apontamentos de Sposato (2004):

> Apesar de ser praticamente desconhecida e pouco aplicada, a reparação de danos é uma medida socioeducativa eficaz, por ser capaz de alcançar tanto a esfera jurídica do adolescente como a da vítima e, assim, dirimir o conflito existente. Se de um lado a reparação do dano pode propiciar ao adolescente o reconhecimento do prejuízo causado pelos seus atos, de outro pode garantir à vítima a reparação do dano sofrido e a certeza de que o adolescente é responsabilizado pelo Estado, por seus atos ilícitos. Disponível em:

De acordo com a definição de Ferreira, dano é "1. Mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral. 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de seus bens. 3. Estrago, deterioração, danificação. Dano emergente. Jur. Prejuízo efetivo, concreto, provado." (1999, p. 604).

A medida socioeducativa em questão encontra-se especificamente no art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada. (Costa, 1990).

Esta medida socioeducativa tem por objetivo primordial reparar o dano sofrido por terceiro. Neste caso visa realizar a compensação do dano quando este for evidentemente possível de ser reparado.

Outro aspecto importante que deve ser analisado é o de que, tal medida busca educar o adolescente infrator de forma que o mesmo passe a ter responsabilidade socioeconômica relacionada a algo que não lhe pertence.

O ato de reparar o dano quando possível demonstra todo o caráter patrimonial desta medida socioeducativa. Porém é preciso ressaltar que tal medida não está apena vinculada a questões de ordem patrimonial, existe mais uma vez o caráter pedagógico da medida que faz com que o adolescente e responsável pelo dano venha deixar o bem danificado ao status quo ante.

3.1.3 Medida socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Esta medida socioeducativa está prevista nos artigos 112 e 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A mesma é aplicada pelo Juiz da Infância e da Juventude a todos os adolescentes que cometerem algum tipo de ato infracional. Encontra-se no Caderno de Orientações Técnicas: Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto, publicado pela Secretaria Nacional de Assistência Social (2016, p.25) algumas premissas deste tipo de medida socioeducativa:

> A medida socioeducativa de PSC poderá ser cumprida em hospitais, escolas, instituições socioassistenciais e outros estabelecimentos congêneres, bem como programas comunitários ou governamentais. Essas instituições devem estar previamente definidas por meio de parcerias interinstitucionais, não existindo impedimento que sejam de âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

Após a sentença estabelecida pelo juiz, o jovem infrator é encaminhado ao órgão coordenador do programa PSC (Prestação de Serviço a Comunidade), onde juntamente com os pais ou responsáveis pelo menor, recebe as orientações relacionadas ao cumprimento da medida socioeducativa imposta. A partir deste instante, a coordenação convocará o adolescente e o encaminhará a alguma instituição conveniada, na qual terá a oportunidade de cumprir a medida socioeducativa determinada judicialmente.

3.1.4 Medida socioeducativa de Liberdade Assistida.

Inicialmente é importante frisar que tal medida socioeducativa deverá ser aplicada pelos Núcleos de Liberdade Assistida (Sejus) e que esta medida está prevista nos artigos 112, 118 e 119 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicada pelo Juiz da Infância e da Juventude a adolescentes que por ventura tenham cometido atos infracionais. De acordo com o Caderno de Orientações Técnicas: Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto, publicado pela Secretaria Nacional de Assistência Social (2016, p.26):

> A medida socioeducativa de Liberdade Assistida – LA (art. 112 do ECA) destina-se a acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente autor de ato infracional. Trata-se de uma medida socioeducativa que implica em certa restrição de direitos, pressupõe um acompanhamento sistemático, no entanto, não impõe ao adolescente o afastamento de seu convívio familiar e comunitário.

Aos adolescentes penalizados com tal medida, são oferecidos aos meus, bem como aos seus familiares, um plano de atendimento com a inserção dos membros da família em ação considerada especializada, de caráter psicossocial e jurídico-social. Neste caso são realizados acompanhamentos monitorados, tais como: escola, ações de caráter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

socioeducativas, saúde, cursos profissionalizantes, entre outras medidas que enfatizem a recuperação do adolescente infrator.

3.1.5 Medida socioeducativa de Inserção em regime de semiliberdade.

Outra medida socioeducativa aplicada aos adolescentes ou jovens infratores é a Medida Socioeducativa em regime semiliberdade. No artigo intitulado: "ECA Comentado": Art. 120/Livro 2 – Tema: Regime de semiliberdade", Baratta discorre acerca deste instituto:

> O regime de semiliberdade é a medida mais restritiva da liberdade pessoal depois da internação. Semiliberdade e internação são as únicas medidas, entre aquelas previstas para o adolescente infrator no art. 112, que implicam a institucionalização. A semiliberdade faz parte das medidas socioeducativas para as quais o art. 114 requer as plenas garantias formais em relação à apuração da infração e à igualdade do adolescente na relação processual. Tais garantias são estabelecidas nos arts. 110 e 111, em plena relação processual com o art. 5°, LV, da CF e com os princípios estabelecidos na matéria das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores de 1984 (Regras de Beijing) e no art. 40 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989. O processo pode ser excluído, suspenso ou extinto, tratando-se daquelas medidas, somente através da concessão da remissão por parte do representante do Ministério Público ou por parte do juiz.

No que se refere à sua aplicação e duração, de maneira geral este tipo de medida observa os princípios da brevidade e excepcionalidade determinados no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vale atentar também para as disposições apresentadas nos parágrafos 2º, 3º, 5º e 6º deste mesmo dispositivo legal. De acordo com a medida, o adolescente deve ser liberado ao término do período máximo de três anos, tendo o juiz a possibilidade de alterar a medida aplicada. Porém, o adolescente infrator pode ser reavaliado a cada seis meses, o que na realidade demonstra que, a medida não possuí de fato tempo determinado.

Tal medida na realidade constitui-se em um meio termo a liberdade e a internação. Neste sentido o adolescente deverá ficar recolhido durante o período noturno, podendo desenvolver atividades externas no período diurno. Assim, o adolescente poderá ser inserido em programas educacionais e profissionalizantes, utilizando-se preferencialmente recursos financeiros da comunidade para esta finalidade.

4. A EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4.1 Breves apontamentos sobre a eficácia das medidas socioeducativas

A priori é preciso ressaltar que, as medidas socioeducativas possuem como objetivo principal a inserção do adolescente infrator na família e na comunidade, além de promover a prevenção relacionada à prática delituosa. De acordo com Liberati (2000): "as medidas socioeducativas são atividades impostas aos menores, quando considerados autores diretos de atos infracionais, tem como fundamento o caráter pedagógico da medida, sua finalidade maior é a reestruturação do adolescente e a reintegração de natureza social".

Apesar de possuir a princípio um propósito educativo capaz de ressocializar de fato os jovens que cometem crimes, tais medidas estão infelizmente perdendo seu caráter pedagógico, visto que não se tem alcançado a tão almejada ressocialização do indivíduo, por não serem tais medidas aplicadas de maneira correta, como determina e prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Para muitos juristas as medidas socioeducativas estão distantes de alcançar o propósito para que fossem criadas, visto que no dia-a-dia constata-se que os adolescentes recebem estas medidas e insistem e persistem na realização de atos infracionais, não refletindo sobre o ato que cometeu, bem como sobre as consequências destes.

As medidas socioeducativas só alcançaram a finalidade para qual foram projetadas a partir do momento que o adolescente infrator consiga de fato ser ressocializar-se. A partir do instante que ao jovem infrator é designado algum tipo de medida socioeducativa, o mesmo precisa necessariamente participar de projetos de vida que facilitem consideravelmente a inserção do mesmo na família, sociedade e comunidade, libertando-o definitivamente do julgo impiedoso do crime da marginalização. A família, a comunidade e a escola possuem papéis relevantes neste processo.

Ocorre que, no Brasil não há muitos programas sociais capazes de efetuar ou realizar a reeducação e ressocialização dos adolescentes infratores, onde nem mesmo os familiares dão importância ao trabalho realizado por profissionais especializados na execução de tais medidas.

É importante ressaltar também que o despreparo das instituições responsáveis pela execução das medidas socioeducativas também é um problema consideravelmente relevante. O problema da falta de efetividade não está nas questões de normatização do sistema, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente não propõe a aplicação de penalidades (sanções) aos atos infracionais cometidos pelos menores, mas sim, apresenta instrumentos de reeducação do menor infrator. Para tanto, é importante que o Estatuto em tela seja utilizado de forma correta, observando a realidade social do adolescente infrator.

Reeducar é importante, visto que, crianças e adolescentes são sujeitos sociais que estão em pleno desenvolvimento: intelectual, comportamental etc. Desta forma as colocações de Santos (2006, p. 130):

> Crianças e adolescentes são sujeitos especiais porque são pessoas em desenvolvimento. O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como expresso no art. 227, da Constituição Federal, implica a compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o atendimento de suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento.

A influência do ambiente ou do meio social pode levar crianças e adolescentes a cometer atos infracionais. As ações delituosas cometidas pelos menores não ocorrem única e exclusivamente por conta das condições financeiras ou econômicas as quais estes estão submetidos, é notória a falta de ação estatal, bem como a atuação pontual do poder público na prevenção da criminalidade cometida pelos menores. Falta na realidade investimentos em educação, saúde e assistência social, o que leva tais sujeitos sociais para o mundo do crime e da delinquência.

É importante considerar também que, os delitos cometidos por menores infratores não são apenas ações realizadas por crianças e adolescentes oriundos das camadas mais pobres da população, às classes sociais mais privilegiadas economicamente também cometem delitos ou atos infracionais.

Os atos cometidos por adolescentes pertencentes às classes sociais mais altas não estão ligados à falta de oportunidade ou questões de sobrevivência, mas por fatores de natureza moral e psicológica.

4.1.2 Análise da eficácia das medidas socioeducativas

A princípio é importante frisar que as medidas socioeducativas apresentam a finalidade de ressocializar o menor infrator, por intermédio de procedimentos legais (ações) que reeduquem e que por consequência afastem os menores infratores do universo da criminalidade.

Diante do exposto faz-se necessário analisar a eficácia das medidas impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, observando, desta forma, se a finalidade desejada está sendo de fato alcançada em cada uma das medidas, além de pontuar os níveis ligados a reincidência dos atos ilícitos cometidos pelos menores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4.1.3 Análise da medida de advertência

A medida de advertência certamente alcançará sua eficácia se aplicada ao jovem que porventura tenha realizado seu primeiro ato infracional, visto que, se trata exclusivamente de uma repreenda de caráter verbal. É importante ressaltar que as medidas socioeducativas possuem teor pedagógico propondo uma reflexão importante para o menor infrator e sua família, sendo assim, para os casos de menor gravidade, a medida de advertência é suficiente. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente no seu art. 115, "a medida de advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada".

4.1.4 Análise da medida de reparar o dano

A medida de reparar dano quando aplicada de forma efetiva proporciona uma espécie de autocorreção para o adolescente infrator, uma vez que o mesmo deverá reparar as consequências de seu ato ilícito. Ocorre também uma sensação de punição por parte da vítima do delito, de maneira que o mesmo se sinta de fato justiçado, pois terá certamente ressarcido o seu prejuízo material. Neste sentido, assegura Sposato (2004):

> Apesar de ser praticamente desconhecida e pouco aplicada, a reparação de danos é uma medida socioeducativa eficaz, por ser capaz de alcançar tanto a esfera jurídica do adolescente como a da vítima e, assim, dirimir o conflito existente. Se de um lado a reparação do dano pode propiciar ao adolescente o reconhecimento do prejuízo causado pelos seus atos, de outro pode garantir à vítima a reparação do dano sofrido e a certeza de que o adolescente é responsabilizado pelo Estado, por seus atos ilícitos.

A eficácia desta medida aponta para a efetivação da legislação (ECA) em torno da necessidade de se estabelecer ou implantar no jovem infrator o senso de responsabilidade.

4.1.5 Análise da medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade

A medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade está prevista especificamente no artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A mesma permite que o menor infrator cumpra as imposições e determinações restritivas junto da família, no interesse geral da comunidade, a salvo, portanto, dos inconvenientes da institucionalização.

Os parâmetros fixados para a execução da medida mostraram que o legislador estatutário se focou e se preocupou sistematicamente em ressalvar de forma taxativa a

escolarização e a relação empregatícia a que está subordinado o menor infrator, limitando à oito horas semanais a jornada de prestação dos serviços comunitários.

Tal iniciativa por parte do legislador atribuiu à medida ora apresentada um caráter humanitário, visto que fatores como trabalho e escolaridade foram levados em consideração.

4.1.6 Análise da medida socioeducativa de liberdade assistida

Para muitos doutrinadores, a medida socioeducativa caracterizada essencialmente pela liberdade assistida, é certamente uma das mais eficazes quando realizada de maneira organizada e estrutura, mesmo apresentando certa complexidade. Segundo, Saraiva (2006, p. 160):

> A liberdade assistida constitui-se naquela que se poderia dizer "medida de ouro". De todas as medidas socioeducativas em meio aberto propostas pelo Estatuto, é aquela que guarda maior complexidade, a reclamar a existência de uma estrutura de atendimento no programa de Liberdade Assistida apta a cumprir as metas estabelecidas no art. 119 do Estatuto. Ao mesmo tempo se constitui na medida mais eficaz quando adequadamente executada, haja vista sua efetiva capacidade de intervenção na dinâmica de vida do adolescente e de sua família.

A função da medida de liberdade assistida será sempre a de acompanhar, orientar e auxiliar o adolescente, visando à reflexão do mesmo acerca dos males que sua conduta porventura possa ter causado à sociedade.

Diante de inúmeras funções: acompanhar, orientar e auxiliar o jovem infrator, fica claro que se faz necessária uma estrutura efetivamente satisfatória, o que para muitos contribuem para a impunidade dos menores infratores. Neste sentido, Costa (2008) afirma:

> A situação atual é de amplo descrédito em relação à Liberdade Assistida, que, em alguns casos, chega a ser vista por juízes, promotores, mídia, opinião pública e até mesmo pelos próprios adolescentes como uma forma de (des) responsabilização e de impunidade. A falta de investimento na capacitação do corpo técnico encarregado de orientar os adolescentes inseridos nessa modalidade de atenção contribui para que sua efetividade como alternativa eficaz e humana à privação de liberdade seja questionada em face dos baixos níveis de eficiência e eficácia verificados no dia a dia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A ausência de capacitação dos profissionais responsáveis por fazer funcionar ou mesmo pela efetividade da medida é sem sombra de dúvidas o grande desafio para que de fato esta medida funcione em sua integridade.

4.1.7 Análise da medida socioeducativa de regime de semiliberdade

Segundo Volpi (2002), a medida socioeducativa de regime de semiliberdade é considerada uma alternativa significativa frente à medida de internação, por conta de sua natureza e finalidade. Neste sentido, a semiliberdade tem por objetivo contribuir para o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários e estimular o desenvolvimento do senso de responsabilidade no adolescente autor de ato infracional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos dias de hoje, a sociedade brasileira se considera vitimada com as mais diversas manifestações de violência que fazem parte dos pensamentos e sensações dos sujeitos menores, aqueles que nos últimos anos têm cometidos inúmeros atos ilícitos.

As razões da criminalidade entre as crianças e jovens são muito amplas e complexas, indo além das questões econômicas e sociais. O envolvimento com seus pares faz destes indivíduos sujeitos propensos à realização de atos ilícitos.

A legislação e o ordenamento jurídico brasileiro têm por objetivo sistemático resolver a questão da criminalidade entre os jovens, fazendo valer as medidas socioeducativas implantadas principalmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após a leitura e análise deste importante tema, conclui-se que as medidas socioeducativas foram implantadas com o objetivo de fazer valer de fato o poder do Estado em rever o mesmo assistir esta criança ou adolescente, garantindo – lhes seus direitos, mas cobrando uma postura correta diante da sociedade.

As medidas socioeducativas apresentadas na legislação pertinente expressam categoricamente a importância do sistema educacional protetivo para cumprir efetivamente o atendimento ao adolescente infrator. A ideia e os preceitos jurídicos presentes na legislação em tela são essencialmente importantes e reconhecidamente necessárias, porém, só alcançaram efetividade se o Estado Brasileiro fazer valer sua instrumentalização com mecanismos eficazes, do ponto de vista estrutural e profissional (qualificação).

De qualquer maneira, observa-se que inúmeros avanços ocorreram nos últimos anos, proporcionando à sociedade, certa esperança nas medidas socioeducativas implantadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na Legislação Posterior**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2019.

BARATTA, Alessandro. (**ECA) Comentado**. Artigo 120/Livro 2 – Tema: Regime de semiliberdade. Universidade de Saaeland, Alemanha. Disponível em: http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalhoinfantil/promenino-ecacomentario/eca-comentado-artigo-120livro-2-tema-regime-de-semiliberdade/. Acesso em 05 de agosto de 2019

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Brasil Criança Urgente,** A Lei nº 8.069/90. São Paulo: Columbus Cultural, 1990.

_____, Antônio Carlos. **Conheça os Diretos da Infância:** Política de Atendimento. Disponível em: http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/. Acesso em: 10 agosto de 2019.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente.** São Paulo: Malheiros, 1995.

_____, Wilson Donizeti. **O Adolescente e ato infracional:** consequências da realidade brasileira. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *In:* **VADE MECUM**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.79-78.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Ordenações Filipinas** – considerável influência no direito brasileiro. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484. Acesso em: 19 de abril de 2019.

OLIVEIRA, Luciano da Silva. **A evolução do código de menores e a efetivação dos 20 anos das medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba 2010. Disponível em: https://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/A-EVOLUCAO-DO-CODIGO-DE-MENORES-E-A-EFETIVACAO-DOS-20-ANOS-DAS-MEDIDAS-SOCIOEDUCATIVAS-DO-ESTATUTO-DA-CRIANCA-E-DO-ADOLESCENTE.pdf. Acesso em 19 de abril de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SANTOS, Eliane Araque. **Criança e adolescente:** sujeitos de direitos. 2006. Disponível em: http://www.ibict.br/revistainclusaosocial/include/getdoc.php?id=303&article=57&mode=pdf. Acesso em 05 agosto. 2007

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei:** da indiferença à proteção integral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil:** Adolescente e Ato Infracional. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SECRETARIA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. **Caderno de Orientações Técnicas**: Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto. 1ª Ed. Brasília, Distrito Federal: 2016.

_____, João Batista Costa Saraiva. **Compêndio de Direto Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SPOSATO, Karyna Batista. **Guia Teórico e Prático de Medidas Socioeducativas.** Disponível em: Acesso em: 10 de agosto de 2019.

TAVARES, José Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VOLPI, Mário. **Sem liberdade, sem direitos.** A privação de liberdade na percepção do adolescente. São Paulo: Cortez, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL E O PAPEL DO FISCALIZADOR AMBIENTAL NO TOCANTINS

KAROLLYNE VIEIRA RIBEIRO: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade de Gurupi/TO (UNIRG).

KARITA CARNEIRO PEREIRA SCOTTA[64].

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem o intuito de abordar que mesmo com a legislação, não impediu em grandes áreas sendo devastadas. A relevância do assunto tem seu fundamento nas relações do homem com a natureza. Será demonstrado inicialmente através da leitura, mostrando a importância do direito ambiental em nossa nação, visto que, assim em como vários outros países do planeta, o Brasil não difere no que se refere a leis ambientais boas, tendo uma das mais completas do mundo, no entanto, o que falta é serem aplicadas tão efetivamente. Nossa Constituição atual é bem clara quanto a proteção jurídica ao meio ambiente, onde se preocupa com a preservação e o uso racional dos recursos naturais. Havendo análise da responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas por danos causadas ao meio ambiente, população, patrimônio de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico. Espera-se a compreensão do assunto tratado, dando ênfase ao crescimento econômico de forma sustentável, mas havendo a proteção da vida com qualidade e a preservação do meio ambiente.

Palavras-chave: Direito ambiental. Conceito. Responsabilidade. Meio ambiente.

ABSTRACT: The present work has the intention of approaching that even with the legislation, it has not prevented large areas being devastated. The relevance of the subject is based on the relationship between man and nature. It will be demonstrated initially through reading, showing the importance of environmental law in our nation, since, as in several other countries on the planet, Brazil is no different when it comes to good environmental laws, having one of the most complete in the world, however, what is missing is to be applied as effectively. Our current Constitution is very clear as to the legal protection of the environment, where it is concerned with the preservation and rational use of natural resources. There is an analysis of the responsibility of individuals and legal entities for damages caused to the environment, population, heritage of artistic, historical, tourist, and landscape value. It is expected the understanding of the treated subject, giving

64 Professora assistente da universidade de Gurupi/TO (UNIRG).

emphasis to the economic growth in a sustainable way, but having the protection of life with quality and the preservation of the environment.

Key-words: Environmoental Law. Concept. Responsibility. Environment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidades pelos danos ambientais.: 2.1 Responsabilidade por dano civil; 2.2 Responsabilidade penal da pessoa jurídica; 2.3 Responsabilidade administrativa. 3. Órgãos Fiscalizadores Ambiental Do Tocantins**.** 3.1 Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). 3.2 Instituto Natureza do Tocantins (Naturatins) 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o homem dependeu da natureza para subsistência, utilizando a água, caçando, e usando cavernas como abrigo. Dessa forma, a interação do homem e meio ambiente era harmônica, não havia abuso na interação de um com o outro. Com o passar dos anos, o domínio e o poder foi surgindo em relação ao homem sobre o meio ambiente, depredando os recursos naturais predatoriamente.

A preocupação sobre o futuro o planeta consiste na interação natureza e meio ambiente, descobrindo as diversas características ambientais, recursos naturais indispensáveis a sobrevivência da sociedade e de sua limitação. Muitos esforços foram empreendidos após a Segunda Guerra Mundial para preservação ambiental, surgindo, paulatinamente, a noção da necessidade de um desenvolvimento sustentável e conscientização da importância do meio ambiente.

Acerca da preocupação sobre o futuro do planeta, em 1981 foi implementado a Lei n. 6.938/81, referente ao Direito Ambiental no Brasil estabelecendo os conceitos gerais de meio ambiente para fins jurídicos, expresso no art. 3º, conceituando meio ambiente como o conjunto de leis, influencias, ações e interações de ordem física, biológica e química, que abriga e rege a vida em todas as suas formas. (Brasil, 1981).

Nesse contexto, o Direito Ambiental é norteado pelo conceito de meio ambiente com a legislação e os princípios que o norteiam, com regulamento de todas as ações praticadas pelos indivíduos, pelas empresas, pelo governo, embasado na legislação vigente e nos princípios norteadores do Direito Ambiental. Vale ressaltar que, hoje, existe uma gama de leis que regulam a proteção ao meio ambiente, assim, o ordenamento jurídico ambiental do Brasil ainda é amplo e complexo, mesmo que, recentemente, o meio ambiente passou a ser tutelado de maneira direta e autônoma, fazendo com que sua proteção seja ainda mais esparsa.

Com a Constituição Federal de 1988, e regulamentação da Lei n. 6.938/81, a proteção em relação ao meio ambiente aumentou em uma dimensão constitucional e equilibrada.

Porém, existe a necessidade de um código consolidado por leis para o direito ambiental atendendo os ditames do art. 225 da Carta Magna. Assim, se essas leis não forem cumpridas, surgem a responsabilidade criminal e civil e as sanções penais, civis e administrativas pertinentes. (Brasil, 1988)

Considerando está concretizada na Lei n. 9.605/98 e o art. 225 da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade criminal, criando novos tipos penais e sistematizados, regulamentando a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Porém, a responsabilidade civil por dano ambiental, independente da culpa, somente pela comprovação do dano e a existência do nexo causal para que tenha a obrigação de indenizar. (Basil,1988).

2- RESPONSABILIDADES PELOS DANOS AMBIENTAIS

A Constituição Federal atual representa um marco na legislação ambiental brasileira por dar proteção jurídica ao meio ambiente e se preocupar com a preservação e o uso racional dos recursos naturais. Segundo o artigo 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 os presentes e futuras gerações. (Brasil,1988).

Assim sendo, muitos movimentos garantem que o direito ambiental é de extrema importância por aqui, pois nesse artigo consagra um típico direito de terceira geração: que prevê a solidariedade entre os cidadãos! Pois é dever do poder público e da comunidade preservar e proteger o ambiente, inclusive para as gerações futuras. Sabendo que a prática de que determinadas condutas causam impactos ao meio ambiente, previne-se a prática dessas ações, adotando-se medidas alternativas que poluem menos, que causam menos danos ao ecossistema.

O ECO (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente) Rio 92, veio para mostrar que o desenvolvimento é necessário para que a humanidade cresça, se consolide, se solidifique, todavia, este movimento deve caminhar passo a passo com a máxima tentativa de preservação da natureza. Se desenvolver sim, mas com a manutenção dos recursos naturais, com a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2.1 Responsabilidade por dano civil

A natureza jurídica da responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, sendo aplicada a teoria do risco integral conforme previsto na lei da política nacional do meio ambiente Lei n° 6.938/81, art. 14, 1°, que diz:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> [...] Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

E também na Constituição Federal no art. 225, § 3°, que nesse sentido, o poluidor é obrigado a reparar ou indenizar os danos causados ao meio ambiente, independentemente da existência de dolo ou culpa. (Brasil, 1988).

No caso de danos ambientais, o poluidor é obrigado a reparar os danos causados na maior medida do possível, mas se caso o dano for irreparável o poluidor será obrigado a pagar uma indenização que será revertida ao meio ambiente. Vale destacar que, o poluidor é pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, que causam direta ou indiretamente através de sua atividade ou empreendimento danos ao meio ambiente, conforme a Lei n° 6.938/81, art.3°, IV. (Brasil, 1981).

O STJ inclusive tem entendimento consolidado nos acórdãos RESP (Recurso Especial) 1.114.398-PR, e RESP 1.354.536-SE, onde diz:

> [...] no sentido de que não se aplica em caso de danos ambientais as excludentes da responsabilidade civil, por se aplicar a teoria do risco integral, ou seja, nenhum caso fortuito, ou de força maior ou a culpa exclusiva da vítima, podem afastar o dever de reparar o meio ambiente. O pressuposto para aplicação da teoria do risco integral, se dá, pois quem explora atividade econômica se põe na posição de garantidor, devendo assim, assumir os riscos para com a saúde e o ecossistema. É, portanto, a junção do princípio da prevenção e do poluidor pagador. É importante salientar que, a responsabilização civil não tem a função de punir o degradador, mas sim de reparar o meio ambiente.

O STJ (Superior Tribunal de Justiça) já entendeu que não se pode conferir a reparação civil dos danos ambientais um caráter punitivo, pois essa é a função do direito penal e do direito administrativo.

Destaca-se também que a responsabilidade civil por dano ambiental é solidária, então por exemplo, diante de uma ação coletiva não existe a obrigatoriedade de formação do litisconsórcio, assim qualquer um dos possíveis autores de determinada ação coletiva na seara do direito ambiental, podem demandar os poluidores isoladamente ou em conjunto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.2 Responsabilidade penal da pessoa jurídica

A Constituição Federal no seu artigo 225 prevê, que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas a sanções penais e administrativas. Há quem entenda que o artigo 173 da Constituição, também prevê a responsabilidade de pessoas jurídicas. Isto porque o artigo diz que, a lei estabelecerá a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos praticados contra a ordem econômica e financeira, e contra a economia popular, sujeitando-as as ações compatíveis com a sua natureza. Mas não foram criadas leis que tipificassem penalmente as condutas das pessoas jurídicas nesses casos. (brasil, 1988).

Quanto aos crimes ambientais a responsabilidade da pessoa jurídica enfrentada pela Lei n° 9605/98, art. 3°, são requisitos para a responsabilização: deliberação do ente coletivo, que o autor material da infração seja dado a pessoa jurídica, que a infração seja praticada no interesse ou benefício da pessoa jurídica. A responsabilidade penal também depende da satisfação de outros requisitos como, que a pessoa jurídica seja direito privado, que o autor material tem agido sob amparo da pessoa jurídica, que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica ou que essas atividades se prestem a dissimular a verdadeira forma de intervenção. (Brasil, 1998).

No âmbito do STJ por muito tempo, se adotou o entendimento de que só seria possível a responsabilização da pessoa jurídica, se ao mesmo tempo houvesse a imputação da pessoa física que atuava em seu nome. O que ficou conhecido como teoria da dupla imputação.

Assim, as pessoas jurídicas e pessoas físicas, que cometeram delitos deveriam obrigatoriamente constar na denúncia promovida pelo Ministério Público, sob pena de não recebimento da petição inicial.

A jurisprudência sobre o tema mudou, após decisão do STF (Superior Tribunal Federal), que excluiu a teoria da aplicação já que esta condição não está prevista na Constituição Federal. A mudança permitiu evitar a impunidade pelos crimes ambientais, e consequentemente reforçou a tutela ao meio ambiente, visto que, e que havia uma grande dificuldade na individualização dos responsáveis. Vale lembrar ainda que, se civil e administrativamente, as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas pelos seus atos. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt a bem lançada observação de que:

> [...] Embora o princípio *societas delinquere non potest* seja, historicamente, adotado na maioria dos países da Europa Continental e da América Latina, a outra corrente começa a ganhar grandes espaços nos debates dogmáticos de vários países, ante a dificuldade de punir eficazmente a chamada criminalidade moderna, onde as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> pessoas jurídicas começam a exercer importante papel. (São Paulo: RT, 1999 - pág. 51/71)

Dessa forma, considerando que o ecossistema é abalado pela intervenção, participação negativa, e nociva do ser humano, proteger o meio ambiente também é extremamente necessário para a sobrevivência humana.

E a legislação ambiental é um meio relevante para proteger efetivamente o meio ambiente. Portanto, é imprescindível compreender e conhecer a relação, por vezes prejudicial, entre os humanos e o planeta, e as leis ambientais regulamentando essa relação, faz com que conserve as riquezas naturais.

2.3 Responsabilidade administrativa

Todos os entes da Federação (União, Estados e Municípios) podem limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público: é o chamado poder de polícia administrativo.

A proteção ao meio ambiente exige a intervenção do Poder Público, restringindo e condicionados direitos individuais em prol da manutenção e do equilíbrio do meio ambiente, de interesse da coletividade.

A possibilidade de a Administração Pública impor sanções aos particulares por alguma infração é decorrência do poder de polícia.

A responsabilidade administrativa ambiental encontra-se prevista entre os artigos 70 a 76 da Lei n. 9.065/98, com regulação por meio do Decreto 6.514/2008 (processo administrativo ambiental). Onde em seu art.70 dispõe:

> [...] 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.

Os estados-membros devem possuir diploma legal próprio para o processo administrativo em infrações no âmbito estadual. A autoridade ambiental que tenha conhecimento de alguma infração ambiental é obrigada a requerer a apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de responder por corresponsabilidade. (Brasil, 1998).

Se o comportamento do agente causador de vazamentos ilegais ou outros danos às águas, ao ar, terra e qualquer outro recurso natural for considerado atípico e grave, pode ser aberto processo administrativo para que seja fixada uma indenização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3 ÓRGÃOS FISCALIZADORES AMBIENTAL NO TOCANTINS

A preservação do meio ambiente no Brasil é regulamentada pela Política Nacional do Meio Ambiente, que foi criada para preservar e melhorar a qualidade ambiental. Segundo a Lei n° 6.938/81, o meio ambiente é patrimônio público e deve ser protegido, pois, seu uso é coletivo. É obrigação do Estado brasileiro cuidar e preservar as riquezas naturais e garantir que as gerações presentes e futuras possam usufruir desse patrimônio.

De acordo com essa lei, meio ambiente é:

> [...] o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

3.1 Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) é uma autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), conforme Art. 2º da Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, conforme dispõe:

> [...] É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, entidade autárquica de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Interior com a finalidade de formular, coordenar, executar e fazer executar a política nacional do meio ambiente e da preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais renováveis.

A criação do Ibama é o auge de um longo caminho de articulação e conscientização, que teve como pontapé, se não inicial, mas pelo menos mais forte, a participação do Brasil na Conferência das Nações Unidas para o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo (Suécia), em 1972. Após Estocolmo, houve muita pressão da sociedade brasileira e internacional para que o Brasil fizesse a gestão ambiental de forma integrada. Como resposta ao compromisso brasileiro assumido junto à Conferência de Estocolmo, surgiu a Sema, em 1973, que realizou, nos anos seguintes, um trabalho de criação e atualização do marco regulatório da área ambiental. (Brasil, 1989).

O Ibama tem um papel muito importante no estado do Tocantins, sendo responsável por estruturar e implementar políticas públicas, propondo soluções para as dificuldades tanto das comunidades ribeirinhas como das agroflorestais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em sua estrutura tem se a Delegacia Regional que atende à demanda dos municípios localizados na região dos Lajeados, bem como a sede do Ibama em Palmas, que acolhe também todas as cidades do estado. O Ibama tem como missão proteger o meio ambiente, reparar os danos causados a ele e realizar a recuperação econômica da área danificada pela ação humana.

Combatendo a utilização desenfreada dos recursos naturais, o instituto vem proteger o ecossistema brasileiro, por meio de ações de prevenção e o combate a destruição ambiental no Estado do Tocantins, e assegurar a qualidade de vida das pessoas que dependem da natureza para sua subsistência e das próximas gerações também.

3.2 Instituto Natureza do Tocantins (Naturatins).

Em 21 de abril de 1989, por meio da Lei nº 29, foi criada a Fundação Natureza do Tocantins (NATURATINS), com o objetivo de promover o estudo a pesquisa e a experimentação no campo da proteção e controle ambiental e da utilização racional dos recursos ambientais. No terceiro governo do Estado, por meio da edição da Lei Estadual nº. 858 de 26 de julho de 1996, criou-se o Instituto Natureza do Tocantins, autarquia que substituiu a Fundação e que tem por competência:

> [...] I - a execução da política ambiental do Estado; II - o monitoramento e o controle ambiental; III - a fiscalização do cumprimento da legislação ambiental; IV - a prestação do serviço correlatos que lhe sejam atribuídos resultante de convênios, acordos e contratos.

Com sede em Palmas, o Instituto conta com 15 Unidades regionais distribuídas no Estado e ainda é responsável pela gestão das Unidades de Conservação de Proteção Integral e de Uso Sustentável do Estado. Responsável pela execução de políticas públicas voltadas para a preservação e conservação dos recursos naturais, o Naturatins busca o seu aproveitamento de forma a assegurar sua disponibilidade para a atual e futura geração. Dentre a sua atuação, o órgão também tem a preocupação de promover ações voltadas para o bem estar socioambiental, por meio de projetos voltados para o manejo sustentável dos recursos naturais geradores de renda familiar.

Ocorrem também, sob a coordenação direta do Naturatins ações de fiscalização e processos de licenciamento de atividades impactantes (poluidoras ou potencialmente poluidoras, conforme define a legislação ambiental.

Autuando na proteção e conservação dos recursos naturais, visando o desenvolvimento sustentável do Estado do Tocantins e a melhoria da qualidade de vida da população, sensibilizando as comunidades para a manutenção e conservação do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

patrimônio natural com foco na perenidade da vida de todos os seres na terra, de forma consciente.

4 Considerações Finais

Levando em consideração o que foi observado pode-se dizer que, as leis ambientais protegem os recursos naturais e juntamente com órgãos fiscalizadores que promovem ações voltadas à conservação e melhoria da qualidade de vida, onde se constroem valores sociais do indivíduo e da coletividade, agregando conhecimentos, habilidades , atitudes e competências voltadas à conservação e a manutenção do meio ambiente.

Podemos ver que, com a intervenção humana cada dia mais não é harmônica, pelo contrário, é bem invasiva, a natureza sofre com essa hostil intervenção, e acaba surgindo vários problemas ambientais irreversíveis no mundo, tais como: as mudanças climáticas, efeito estufa, aquecimento global, poluição da água, poluição do ar, destruição da camada de ozônio, a extinção de várias espécies, desertificação, as infertilidades do solo, chuva ácida, enchentes, dentre outros.

Por isso tudo se tem criado legislação a fim de minimizar os impactos causados nos recursos do meio ambiente, e é um tema bem discutido no século XXI, não só no Brasil, mas em todo o mundo. É necessário que todos possam unir forças para evitar que o planeta entre um colapso total e que a geração presente e a futura não venham a perecer num futuro próximo.

Nesse sentido, vale ressaltar a importância da participação e participação da sociedade e das instituições na formulação e definição de políticas públicas de proteção ao meio ambiente. Discutir os problemas e incertezas ambientais permite aos mais diversos segmentos organizados da sociedade consolidar a democracia e propor alternativas viáveis para resolvê-los. A questão ambiental agora sensibiliza pessoas em todos os países, por mais diferentes que sejam.

5 Referências Bibliográficas

ALVIM, Arruda. **Curso de direito ambiental**. Curitiba: Juruá, 2010.

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2017.

ARAUJO, Alana Ramos et al. Conceito de meio ambiente no direito brasileiro a partir da lei n.º 6.938/81: do reducionismo legal e constitucional ao conceito jurídico complexo. 2019.

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

_____. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial por responsabilidade civil por dano ambiental. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 11.maio.2015. Site JusBrasil, Brasília, DF.

_____. BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial de indenização.

Relator: Ministro Sidnei Beneti.12. fev. 2012. Site JusBrasil, Curitiba, PR.

CUNHA, Mylene Oliveira; BASTO, Rodolpho Zahluth. GESTÃO AMBIENTAL COMPARTILHADA NA AMAZÔNIA: arranjos de implementação do licenciamento ambiental municipal no Pará, Amazonas, Maranhão e Tocantins. **SÉRIE ESTUDOS DO NUMA**, p. 107, 2017.

FARIA, Cássio Juvenal. Medidas provisórias e direito penal. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais**, 1999.

Gomes. Luiz Flávio. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.1999 - pág. 51.

GOMES, Rui Cesar Cabral. Uma leitura da lei 9.605 a partir de alguns aspectos relativos à sistematização do direito ambiental.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4-Responsabilidade Civil**. Saraiva Educação SA, 2017.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. Atlas, 2009.

LAZARI, Rafael de. **Os danos ambientais e o Poder Judiciário brasileiro: há uma observância em precavê-los?** 2020.

NATURATINS, 2021. Disponível em: <https://www.to.gov.br/naturatins/>. Acesso em 12 de nov. de 2021.

OLIVATO JÚNIOR, Francisco. **O instituto da responsabilidade civil na seara ambiental: uma análise sobre a aplicação da responsabilidade civil objetiva no âmbito do direito ambiental**. 2018.

SALVADOR, João Domingos Lima**. SERVIÇO SOCIAL E POLÍTICA DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL NO TOCANTINS**. Multidebates, v. 2, n. 1, 2018.

SILVA, José Afonso da**. Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12233>. Acesso em 08 de out. de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

GUARDA COMPARTILHADA ENTRE GENITORES E AVÓS EM TEMPOS DE PANDEMIA

ELANE LIMA MARTINS: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

JENNIFFER MARIANA LOPES DE OLIVEIRA E SILVA[65]

(coautora)

GILBERTO ANTÔNIO NEVES PEREIRA DA SILVA[66]

(orientador)

RESUMO: A família se movimenta e se transforma de acordo com o momento histórico e social em que está incluída. No Brasil, o direito de família contemporâneo evidencia a nova estrutura familiar, baseando-se no afeto e na convivência familiar, procurando sempre zelar pelo menor não emancipado. A Lei 11.698/08 evidencia os tipos de guarda adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. O presente artigo tem como objetivo analisar a guarda compartilhada entre genitores e avós durante a pandemia do SARS-CoV-2 e as modificações feitas acerca da convivência familiar, acarretando em consequências irreparáveis ao menor. O problema de pesquisa opõe-se ao exercício da guarda compartilhada entre genitores e avós, atentando ao interesse do menor durante a pandemia do Coronavírus. Assim, objetiva-se a analisar as decisões jurídicas adotadas pelos tribunais e eventuais medidas sobre a guarda dos genitores e avós durante o período pandêmico, valorizando sempre o bem-estar do menor, possuindo uma relevância social e jurídica em relação ao interesse primordial que é a proteção do menor. Dessa forma, se utilizou o tipo de pesquisa bibliográfica descritiva e documental. Foram aproveitados trabalhos recém-publicados em livros, periódicos, teses e dissertações, além disso, ocorreram à utilização de recursos informatizados das bases eletrônicas de dados.

Palavras Chaves: Guarda Compartilhada, Genitores, Avós, Pandemia.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa propõe-se analisar a guarda compartilhada entre genitores e avós no momento atual, em consonância com a pandemia do SARS-CoV-2, nome utilizado pela OMS. Assim, tem-se como estudo o Direito de Família, conduzindo a discussão das transformações familiares para a contemporaneidade, posto que a família se movimenta e

[65] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: jenniffermariana@hotmail.com

[66] Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela PUCRS. *E-mail*: gilberto0814@gmail.com

se transforma de acordo com o momento histórico e social em que está incluída. De acordo com as normas da Carta Magna de 1988, a essência natural da família tem como um grupo social baseado e desenvolvido por laços de afetividade e unidade de relações de afeto, e o poder familiar que surge a partir do nascimento dessa família tem direitos e deveres atribuídos aos pais existindo consequências caso não sejam cumpridos.

Sucedendo a evolução da família na sociedade surge então os vínculos de afeição no seio familiar, onde o afeto se mostra o principal impulso para sua formação trazendo um novo sentido social e jurídico. Nesse sentido, a família moderna será formada por relações socioafetivas derivando não apenas do grau de parentesco, mas também do convívio. Assim se faz a existência do princípio da afetividade elencado na Constituição Federal de 1988. Cabe destacar a concepção das entidades familiares que são diversas ao ordenamento jurídico e doutrinário, que tem como propósito acolher a constituição de uma família.

É nesse sentido, que surgem as espécies de guarda a fim de resguarda a formação da criação dos filhos e diminuir os efeitos que o divórcio dos genitores trás, cuja relevância é proporcionar um crescimento saudável em torno de afeto e assistência necessária. Dessa forma a análise desse trabalho compreende-se sobre a guarda compartilhada sendo expressa na lei nº 11.698/2008, onde tem como ponto fundamental a superação das divergências para um bom relacionamento entre as partes, já que após a separação, a guarda compartilhada é a princípio a regra geral, visando reforçar os laços, com amor, respeito e afeto para o menor, resguardando os interesses da criança e do adolescente, podendo também o guardião da criança ou adolescente ser um terceiro.

Ao verificar a jurisprudência atual e se atentando ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, é importante considerar a relevância de um estudo aprofundado sobre a guarda compartilhada atribuída ao vínculo de parentesco. Sendo assim, é evidenciado no parágrafo 5° do artigo 1.584 do Código Civil onde dispõe que o juiz atribuirá a guarda do menor a terceiro caso visualize que ele não deve manter-se sob a guarda da mãe ou do pai. À vista disso é oportuna a sondagem de tal conjectura, para determinar o guardião, calhando ao juiz julgar o grau de parentesco, afinidade e as relações afetivas do menor.

Por conseguinte, tem como o problema de pesquisa: O exercício da guarda compartilhada entre os genitores e os avós e se a mesma está atendendo ao interesse do menor durante a pandemia do coronavírus?

A pandemia do COVID-19 incomumente modificou a vida e a convivência de várias famílias, deixando com ela consequências até mesmo irreparáveis, retratando aos casais novos desafios e colocando seus filhos e pais em uma condição de maior vulnerabilidade, afetando também a guarda compartilhando existente na família.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O presente estudo busca analisar as decisões resolutas do Poder Judiciário brasileiro e as doutrinas jurídicas sobre a família e a guarda compartilhada entre genitores e avós, tendo como propósito o melhor interesse do menor conciliado a pandemia da covid-19, atentando-se para a quantidade de crianças e adolescentes que residem e são educados pelos avós e como a mesma pode ser benéfica para a criação saudável e eficaz do infante. Utilizando-se também como objetivos específicos revisar a bibliografia em Direito Civil sobre o poder familiar e a guarda compartilhada, coletando jurisprudências sobre o tema e discorrendo sobre as obrigações decorrentes do vínculo de parentesco, abordando o exercício da guarda compartilhada em tempos de pandemia.

Dessa forma, se utilizou o tipo de pesquisa bibliográfica descritiva e documental indireta desempenhada através de fontes primárias (norma jurídica, jurisprudências, etc.) e secundárias (doutrinas, artigos e revistas) que atuem sobre o tema exposto. Foram aproveitados trabalhos recém-publicados em livros, periódicos, teses e dissertações, além disso, ocorreram à utilização de recursos informatizados das bases eletrônicas de dados.

Em vista disso, o presente estudo envolve uma relevância social e jurídica em relação ao interesse primordial que é a proteção do menor. Toda a discussão envolve a necessidade de amparar este, com um ambiente favorável ao seu bem-estar que estão elencados no art. 1º, inciso III e no art. 227 da Constituição Federal, sendo a guarda compartilhada uma divisão de responsabilidades, proteger e vigiar, os cuidados que não só os genitores, mas também os parentes/avós devem praticar, uma vez que desenvolvem um papel importante com o neto não só com visitas e seu sustento, mas com apoio na educação e no desenvolvimento psicológico.

2 AS FAMÍLIAS NO SÉCULO ATUAL

Inicialmente para uma apropriada compreensão do tema abordado neste estudo, vale acentuar uma análise sobre a evolução da família até o momento atual e as consequências do poder familiar e suas noções jurídicas. É certo afirmar que a família segue em constantes transformações de acordo com os costumes e a cultura de cada época e remodela-se conforme o círculo social progride, tendo como exemplo as abordagens das constituições brasileiras acerca da constituição da família. A Constituição Imperial de 1824 não manifestava algum tratamento especial sobre a constituição familiar, exceto sobre a família imperial. Já após a proclamação da república, a Constituição de 1889 regulou o tratamento sobre o casamento no decreto 181, no dia 24 de janeiro de 1890 que apenas acatava o casamento, se realizados de acordo com suas normas, na Constituição de 1934, foi a primeira a aplicar os direitos sociais com inovações, que dispunha sobre ao família que era formada pelo casamento indissolúvel e religioso com efeitos civis e total proteção do Estado. Foi na emenda constitucional n° 9, de 28 de junho de 1977, que foi declarado o fim do casamento civil indissolúvel e instaurado o divórcio no Brasil, juntamente com a lei 6.5l5, de 26 de dezembro de 1977 também chamada de lei do divórcio, que

regulamentava as dissoluções de sociedade conjugal e do casamento. Dessa forma, é de extremo valor entender os aspectos jurídicos e doutrinários salientados sobre o poder familiar das primeiras Constituições até a atual.

2.1 A Afetividade e a Entidade Familiar como Critério Determinante

A definição de família diverge entre vários doutrinadores ao longo do tempo com seu pluralismo, mas em uma explicação ampla considera-se família aqueles indivíduos envolvidos por um elo afetivo ou por grau de parentesco. Antes de abordar o afeto como a ponte principal para a formação da família, é necessária versar a respeito da família na antiguidade.

Esta era regida por um homem que administrava tudo chamado fundador, que nem sempre tinha um parentesco por vínculo consanguíneo com os seus familiares, essas famílias eram unidades políticas, agrícolas, religiosas e sociais. Os indivíduos que a compunham como a mulher e os filhos eram sujeitados ao poder absoluto desse administrador. Séculos depois o conceito de família continua na mesmo linha, patriarcal e em sua grande parte ruralista tendo como sua função principal a política, a reprodução e a economia, persuadida pela igreja católica que considerava juridicamente como família apenas aquela formada pelos moldes do casamento.

Com as mudanças ocorridas principalmente no século XX, a família se transformou então para um novo modelo de família urbana, igualitária, pluralizada e democrática formada não só exclusivamente pelo casamento, mas principalmente por laços socioafetivos e vontade expressa entre seus membros, sendo consanguínea ou não, indiferente a orientação sexual.

Nesse contexto, Silvio Neves Baptista (2014, p. 26) expõe que:

> "Com o surgimento da industrialização, ocorreu o processo de urbanização acelerada e o surgimento de movimentos de emancipação das mulheres. Daí em diante, ocorreram profundas transformações econômicas e sociais, consequentemente comportamentais, que puseram fim à instituição familiar nos moldes patriarcais."

Compreende-se então com o transcorrer do tempo que o núcleo familiar contemporâneo é estabelecido principalmente com o afeto, saindo da uniformidade do matrimônio ser o ato fundamental para sua constituição e abrindo uma variedade de modelos como a família monoparental, parental, pluriparental, homoafetiva, informal, eudemonista ou paralela.

No que se refere ao afeto Paulo Lôbo (2021) dispõe que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> "O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consanguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do quantum despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações."

De fato, mesmo não estando expressamente elencada na Constituição Federal, a afetividade está continuadamente inserida no cotidiano das famílias, já que os vínculos afetivos existem independentemente da relação de parentesco. Um grande exemplo dessa convicção sobre a afetividade ser o alicerce do direito de família se dar no ditado popular muito conhecida onde diz que "mãe e pai são aqueles que criam", deixando clara a relevância que o laço afetivo existente entre pais e filhos vai além do caráter biológico.

Dessa forma, a subsistência dessas relações socioafetivas criou-se análises e debates entre os doutrinadores e as decisões jurídicas tomadas pelos tribunais para o reconhecimento da afetividade, à vista disso houve a extensão para o princípio da afetividade.

Para Rolf Madaleno (2015), o afeto é como se fosse uma mola que impulsiona os laços familiares dando a humanidade sentindo e dignidade. Dessa forma, quando se fala em vínculos de filiação e parentesco, a afetividade sempre estará presente, uma vez que que os vínculos consanguíneos não sucedem as ligações afetivas, na verdade, a afetividade pode sobrepor-se aos laços consanguíneos.

Recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo por recurso de apelação deu provimento ao reconhecimento de paternidade socioafetiva para uma ação proposta pelo menor e seu padrasto contra o genitor biológico, excluindo-se o reconhecimento de paternidade biológica, ou subsidiariamente concedendo a concessão dupla de paternidade. Tese aprovada pelo Supremo Tribunal Federal.

> RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA C.C. RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. (...) Tese aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 (Repercussão Geral 622). Paternidade biológica que não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem socioafetiva, com os efeitos jurídicos próprios. Inexistência de prevalência ou hierarquia entre as referidas modalidades de vínculo parental. Estudo que demonstrou a existência de afetividade entre o menor e o padrasto, que o educa e o auxilia desde os 06 meses de idade. Infante que, atualmente, possui

> 10 anos de idade, reconhece o coautor, também, como pai e manifesta o desejo de ter o sobrenome dos irmãos, para se sentir mais integrado à família. Desejo mútuo do menor, padrasto e genitora. Criança que tem conhecimento sobre o pai biológico – que está preso, apesar de nunca o ter conhecido. Necessidade de observância dos princípios do melhor interesse da criança, da convivência familiar e da proteção integral. Reconhecimento da dupla paternidade que é de rigor, com a determinação de retificação de registro do coautor/menor, para inclusão do padrasto como pai socioafetivo, com as anotações quanto aos nomes dos respectivos ascendentes, bem como para retificar o nome do infante, para incluir o sobrenome do pai socioafetivo. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

O princípio da afetividade esta subentendido no Código Civil e em suma na lei 8.069/90 que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente no seu art.28, § 3o com relevância no que corresponde a implementação de uma família substituta ao menor, desfruta que "Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida".

Além do reconhecimento da afetividade no Direito de Família, acentua-se a concepção da entidade familiar e seu pluralismo que tem o objetivo o reconhecer a constituição de uma família e diferencia-la de outras ligações afetivas. A família em seu âmbito legal será definida no art. 226 da Constituição Federal como: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

A entidade familiar será determinada com a união entre a mulher e o homem que tenham uma convivência pública, duradoura e contínua com o propósito de constituir uma família. São três as entidades especificadas na Carta Magna sendo elas o casamento, a união estável e a família monoparental.

Sobre o casamento, o código civil expõe nos artigos 1.511 e 1.566:

> Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.
>
> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
>
> I - fidelidade recíproca;
>
> II - vida em comum, no domicílio conjugal;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

Já em relação a união estável o código civil discorre em seu art. 1.723 que "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

E sobre a família monoparental esta elencada no art. 226 § 4º que "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

Apesar de apenas essas três entidades familiares estarem expressamente previstas no sistema normativo brasileiro, diante do progredimento social, destaca-se a existência de várias outras espécies subtendidas no art.226 da Constituição Federal sendo assim um rol exemplificativo em que se reconhece novas modalidades de entidades familiares existentes pelas transformações sociais. Elas estão constantemente aparecendo em jurisprudências e discussões doutrinárias.

O casamento e a união estável homoafetiva fazem parte desse rol de novas entidades familiares, todos os direitos e deveres referentes aos casais heterossexuais no código civil não são vedados para aplicação entre casais do mesmo sexo, ao mesmo tempo em que não se afronta os princípios constitucionais. Outra entidade implícita é a família anaparental, onde pessoas sem qualquer vínculo consanguíneo vivem juntos por um tempo duradouro, com laços de afeto e ajuda recíproca, como por exemplo irmãos solteiros.

Efetivamente a constituição das entidades familiares respalda-se na atribuição a um espaço de afetividade e da tutela para a atribuição da formação social de quem as compõem em um seio de crescimento, ensinamento e desenvolvimento.

2.2 As Consequências da Titularidade do Poder Familiar

Segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2021), o poder familiar é "O conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. Dessa maneira o instituto do poder familiar surge no momento em que nasce a família e os filhos desta, tendo os pais igualitariamente o dever de prover a sua prole não só com a alimentação, mas em defender seus interesses, sua educação, proteção e zelar por seus bens". Antes o poder familiar era tido como pátrio poder, instaurado no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

código civil de 1916 e tinha sua responsabilidade atribuída ao homem como o gestor da família, de forma hierárquica.

No mesmo ponto de vista, Patrícia Pimentel (2016) discorre que "O professor Caio Mário da Silva Pereira assim define o instituto como complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art.226, § 5 º, da Constituição".

Os artigos 1.630 e 1.631 do Código Civil estabelecem que o poder familiar pode ser compreendido como um conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores, tal poder será exercido por ambos os pais e, na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. Sendo ainda ressaltado no art. 21, do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) deliberando que:

> Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

No que se refere a natureza jurídica, o poder familiar consiste um múnus público, ficando habilitado ao Estado o atributo de fixa normas para seu cumprimento. A respeito das características o poder familiar é irrenunciável e indelegável, isso significa que, os genitores não poderão renunciar ou transferir seus deveres, delegando para um terceiro. (GONÇALVES 2021)

Ademais o poder familiar fundamenta-se no princípio da paternidade responsável que nada mais é do que a obrigação que os cônjuges têm em relação à criação dos filhos visando atender seu melhor interesse.

Em relação às consequências geradas por sua titularidade, entende-se como a suspensão do poder familiar a perda provisória do seu exercício pelos pais, que será estabelecido por uma autoridade judicial, em razão de conduta que venha lesar o filho, por interdição ou por ausência, nesses casos fazer-se-à a designação de um curador especial que representara no curso do processo. O poder familiar poderá ser suspenso em relação a um dos filhos ou a toda a prole (MALUF; MALUF, 2021).

A suspensão é temporária e admite reintegração. Intercorre por decisão judicial, no momento em que o pai ou a mãe excede seu poder, deixando de exercer aos seus deveres ou falindo os bens dos filhos, dessa forma quando os genitores forem condenados por sentença irrecorrível e crime cuja pena exceda dois anos de prisão (PIMENTEL, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O art. 157 do ECA dispõe ainda que havendo motivo grave, poderá ser decretada a suspensão do poder familiar por liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa. A suspensão do poder pátrio pode se dar também no caso de alienação parental grave encontrada no art.6, VII, da Lei n. 12.318/2010.

A extinção do Poder familiar esta elencada no art. 1.635, CC, onde determina que se extingue pela morte dos pais ou do filho, em outros termos, o desaparecimento do titular do poder ou do menor protegido, pela a emancipação ou maioridade da prole após completar 18 anos, pela adoção do menor, cessado o poder familiar dos pais biológicos sendo repassados para a família adotiva e por decisão judicial, na forma do art. 1.638, do Código Civil.

Logo, a perda ou a destituição do poder familiar se integra como espécie de sua extinção, deliberada por decisão judicial (art. 1.635, V e 1.638). Assim como a suspensão, constitui sanção aplicada aos pais pela infração ao dever genérico de exercer a *patria potestas* em consonância com as normas regulamentares, que visam atender ao melhor interesse do menor (GONÇALVES, 2021).

3 O INSTITUTO DA GUARDA E SUA RELEVÂNCIA PARA A CRIANÇA

Neste capítulo será elucidado o instituto da guarda, as espécies de guarda e suas aplicabilidades compreendidas no sistema normativo brasileiro, e ao mesmo tempo aquelas que não estão determinadas, destacando sua importância para a vida do menor.

J. M. Leoni Lopes de Oliveira define a guarda como um "conjunto de direitos e deveres estabelecido por um juiz ou por determinação legal, para certas pessoas exercerem em relação ao cuidado pessoal e educação do menor" Entende-se então que os responsáveis terão que dar uma vasta contribuição em relação à formação moral, aos cuidados educacionais, ao lazer e no que respeito a qualquer tipo de diligência em benefício ao menor.

O art. 1.583 do Código Civil indica a definição de duas guardas no sistema normativo, a guarda unilateral e a guarda compartilhada, mas ainda que somente as duas estejam previstas em lei, a doutrina emprega juntamente a guarda alternada e a guarda por nidação.

Sendo por muito tempo a única prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a guarda Unilateral é aquela na qual apenas um dos pais é o detentor exclusivo da guarda do infante, enquanto o outro terá a regulamentação de visitas. A guarda unilateral é definida de acordo com o art. 1.583, § 2º, do Código Civil, e será designada ao genitor que tiver uma maior predisposição para proporcionar ao filho afeto consigo e com o grupo familiar, saúde, segurança, educação e que apresente as melhores condições de exercê-la.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ressalta-se que essa espécie é duramente criticada dado que, não haverá uma convivência habitual entre o menor e o genitor que não for o detentor da guarda.

Pablo Stolize Gangliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021) definem a guarda unilateral como "A modalidade em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito de visitas. O filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião".

No que se refere a guarda Compartilhada, desde sua promulgação com a Lei n 11.698/08 que fez alterações substanciais no código civil, a guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico salvo a manifestação de recusa expressa por um dos pais.

Disposta no § 1º do art.1.583 do citado código, compreende-se como guarda compartilhada a atribuição de responsabilidades equiparadas para ambos os genitores em face das obrigações para com os filhos. A modalidade é a mais completa, onde atende o interesse do infante que apesar dos traumas perante a separação dos pais irá conviver com ambos, mantendo os laços de afetividade e familiaridade.

Patrícia Pimentel (2016) esclarece que na guarda compartilhada, "Os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal, não só para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos, como também de conviver com seus filhos em igualdade de condições."

Já em relação a guarda Alternativa, a mesma não está prevista na legislação brasileira, sendo, aquela, na qual o poder familiar é conferido aos pais que dividem alternadamente a convivência e o tempo com os filhos de modo exclusivo, podendo ser semestral, anual ou qualquer forma definida por eles ou por decisão judicial. O menor então passará um determinado período na casa de um dos pais e depois se trocam os papéis tendo em vista que o outro cônjuge poderá fazer visitas ao filho.

Mário Luís Delgado (2018) reitera a definição da guarda alternada, "onde os genitores se sucedem, de forma alternada, no exercício exclusivo das responsabilidades parentais. Em outras palavras, na guarda alternada tem-se sucessivas guardas unilaterais ou exclusivas, exercidas pelo genitor que estiver com a custódia física naquele período."

Essa modalidade também é criticada pelo mesmo fato de que o infante não irá estabelecer uma frequente convivência com os genitores, nesse aspecto a criança/adolescente não terá um ambiente familiar definido durante sua criação.

Carlos Alberto Maluf e Adriana Caldas Maluf (2021) sinalizam que:

> De nossa parte também fazemos ressalvas a essa modalidade de guarda, que pode acabar sendo nociva à criança que dada a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> dificuldade de sua operacionalização, em como a perda do referencial de lar que pode imputar ao menor, que se desloca periodicamente de um lugar para o outro.

A guarda por Nidação ou Aninhamento é mais comum em países europeus e realizada com pais que apresentam uma ótima vida financeira, visto que a guarda exige dinheiro para custear três residências.

Pablo Stolize Gangliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021) definem a nidação como, "para preservar a criança e evitar que ela fique indo de uma residência para outra (da casa dopai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), mantém-se ela no mesmo lar onde o casal convivia, enquanto casados, e os pais, já separado, revezam a convivência em companhia desta, segundo decisão judicial".

4 A GUARDA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

No sentido jurídico a guarda é o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de prestar-lhe a assistência necessária. Nos divórcios ou separações, o filho menor irá morar com o genitor que detiver sua guarda e, mesmo que ela seja compartilhada, a casa de um dos genitores será eleita como residência principal da criança (ZEGER, 2012).

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais de criar e educar os filhos, direito este, de os pais participarem do crescimento dos filhos, orientá-los, educá-los, e ensinar a obedecê-los.

Neste sentido, para a compreensão de qualquer ato que envolve o menor, é necessário o conhecimento do princípio que norteia todos os demais princípios relacionados ao Direito da criança e do adolescente, uma vez que este não tem capacidade de determinar o que será mais adequado para sua vida.

Dessa forma, a Constituição Federal determinou em seus art. 226 e 227 que cabe a ela e ao Estado garantir a proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, tendo como por exemplo o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à vida, à saúde, etc., além de garantir a proteção de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Salienta-se também a criação da Lei n 8.069/90 conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente que objetiva detalhadamente o dever de proteger o menor que se encontrava em constante vulnerabilidade e precisava ter seus direitos como prioridade. Acentuados em seus artigos 3º e 4º, normas protetivas ao menor:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> 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 14 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.
>
> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Em suma, o princípio busca o que de fato, de acordo com cada circunstância que envolver o conflito de interesses, será o melhor para o bem-estar da criança e ao adolescente dando um cuidado e atenção especial, como exemplificado na jurisprudência abaixo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.
>
> 1 . As decisões acerca da guarda de menores são SEMPRE tomadas exclusivamente no interesse deles, levando-se em conta todos os aspectos de seu desenvolvimento psicológico, moral e afetivo.
>
> 2. Não há registro, até o presente momento, de violência, ameaça, alienação parental ou qualquer outro tipo de risco para o menor por parte do genitor. Em outras palavras, não há nos autos provas contundentes de que a criança esteja sendo submetida a condições inadequadas para o seu crescimento saudável, com a guarda compartilhada deferida ao genitor, ou de que este tenha faltado com quaisquer das obrigações impostas pelo art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.
>
> 3. A modificação, em sede de juízo de cognição sumária, da guarda das menores, visa atender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.
>
> 4. Recurso conhecido e desprovido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4.1. Os Direitos e Obrigações Decorrentes do Vínculo de Parentesco

No que se refere à parentalidade, as filiações podem ser oriundas de laços consanguíneos, classificando-se como parentesco natural, ou outra origem (laços civis). Sendo assim, o que venha a ser a relação de parentesco varia de acordo com o meio doutrinário.

Deste modo, os indivíduos integram uma família sob a ótica do "vínculo conjugal", união estável, de parentesco ou por afinidade. Para os doutrinadores a filiação oriunda da consanguinidade serve como definição em sentido estrito no que se refere ao instituto da parentalidade, desde que envolvam na relação os ascendentes juntamente com seus respectivos descendentes.

As relações de parentesco se caracterizam com a vinculação de elementos que se formam de um mesmo tronco ancestral. Estrutura-se pelo vínculo mantido entre cônjuge/companheiro (a) e os parentes de ambos conhecidos como afins.

A legislação vigente atribui direitos e deveres bilaterais entre os envolvidos, quais sejam de ordem patrimonial e pessoal, cabendo observar sempre os ditames comuns a todas as espécies reconhecidas, ou seja, sendo vedada as práticas incestuosas.

Por conseguinte, o Art. 1584, § 5º diz que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

> § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Portanto, a guarda sempre será posta a quem de fato ostente de melhor condição para exercê-la, para que se prevaleça sempre o melhor interesse do menor.

Ao mesmo passo, o Art. 1.698 do código civil possui grande importância para a compreensão do encargo alimentar conforme dispõe:

> Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Conforme é previsto no determinado dispositivo, é possível observar que a regra geral é que o dever de prover alimentos aos infantes é conferido aos seus genitores. Deste modo, caso a obrigação alimentar primária não ocorra, estarão sujeitos a cumprir a obrigação de forma subsidiária os parentes de 2º grau, que são os avós.

Desta feita, os avós participam ativamente na criação e crescimento dos netos desde o nascimento e, muitas das vezes acabam tomando para si próprios responsabilidades sobre eles. Sendo assim, não são raras as vezes em que os pais precisam do apoio dos avós nos cuidados dos filhos. Outro fator importante é o falecimento ou problemas financeiros dos genitores, no qual ficará os avós responsáveis por propor alimentos, diante disso, inúmeros são os pedidos de guarda realizados pelos avós. De acordo com o enunciado 342 da IV jornada de Direito Civil:

> "Observadas suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores".

No entanto, para que determinada obrigação seja posta aos avós, será necessário comprovar que seus genitores não possuem meios de os manterem. E caso os avós não possuam recursos para fornecer alimentos sem comprometer a sua própria subsistência digna, não será constituída a mencionada obrigação.

É garantido aos avós o direito de visitas aos netos, conforme o princípio da solidariedade familiar e, tendo em vista que participam, mesmo indiretamente, da criação e formação destes com afeto, amor e carinho, ultrapassando o círculo paterno.

Diante disso, conforme o enunciado 333 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, é dado aos avós o direito de visitas. Dispõe que o direito de visitas pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.

Conforme o fundamento nos princípios de proteção ao idoso e o da convivência familiar, é possível considerar o direito de visitação aos idosos, ou seja, o direito de serem visitados pelos seus netos. Sendo assim, é necessário que seja analisado os índices de crescimento populacional quanto aos indivíduos da terceira idade, que por possuírem fragilidades, necessitam de uma atenção especial. A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 229 e 230, foi a primeira a estabelecer que é dever da família, da sociedade e Estado amparar o idoso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Com o advento da Lei 10.741/2003, que foi criado o Estatuto do Idoso, o Art. 3° da mencionada lei reúne, alguns dos importantes direitos que os idosos tem:

> Art. 3°. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Os avós possuem um papel significativo na vida de seus netos, pois participam de maneira crucial para o desenvolvimento e crescimento saudável de seus netos. Portanto é importante que a sua respectiva família os trate com proteção e cuidado, e se os mesmos não possuírem famílias, deve o Estado ampará-los de forma subsidiária. Dentre as decisões, temos a Apelação Cível TJ-RJ – APL: 0000904-31.2010.8.19.0045, Rio de Janeiro, 2 Vara FAM INF JUV IDO, Relatora: Marcia Ferreira Alvarenga, Data do julgamento: 03/04/2013, Décima Sétima Câmera Cível, Data da publicação: 09/04/2013.

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. REQUERIMENTO DE GUARDA EXERCIDA PELA MÃE E OS AVÓS MATERNOS, DA FILHA E NETA, RESPECTIVAMENTE, QUE JÁ SE VERIFICA EM CONCRETO, SOB ALEGAÇÃO DE QUE OS AVÓS PROVÊM O SUSTENTO DA MENOR, POIS O QUE A GENITORA PERCEBE NÃO É SUFICIENTE PARA COBRIR AS NECESSIDADES MATERIAIS DE AMBAS [...]

4.2. O Exercício da Guarda Compartilhada durante a Pandemia do Covid-19 e os Óbices Encontrados

A Covid-19 nome utilizado pela Organização Mundial de Saúde - OMS para identificar o vírus que é caracterizado por ser uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 de alta transmissibilidade e distribuição global e possuindo um elevado grau de gravidade, mudou a vida de várias famílias e, tem apresentado principalmente aos casais alguns desafios que os colocam em uma condição de maior vulnerabilidade. Acarretando uma maior dificuldade em relação a comunicação entre marido e mulher, podendo causar em algumas famílias uma série de desentendimentos e conflitos. Diante disso, é importante destacar também aos inúmeros casos de violências domésticas, dado o maior tempo de convivência entre os cônjuges.

Desse modo, a população em geral teve que criar inúmeras formas de manterem-se protegidos e obedecendo às medidas impostas de isolamento e/ou distanciamento social, fato este que pode ter afetado diversas famílias em que a guarda dos filhos é compartilhada. Embora o divórcio não represente obrigatoriamente um risco para o

desenvolvimento dos membros da família, a soma de outros fatores estressores como a Pandemia do covid-19, pode ocasionar efeitos negativos sobre os indivíduos e as relações familiares.

Esses fatores não podem prejudicar aos interesses das crianças ou adolescentes, sendo que deve prevalecer a saúde e segurança do menor, sem haver demonstração concreta e objetiva da impossibilidade de acesso a um dos genitores aos seus filhos, mesmo que ocorra a distância ou por meio de ligações eletrônicas. Portanto deve prevalecer em qualquer situação o interesse do menor, por possuírem direitos de conviver com seus genitores, sempre que possível, sem colocar a vida deles próprios em risco ou de pessoas ao seu redor, principalmente aos idosos, que em geral, cuidam de seus netos.

O regime de guarda e a comunicação (convivência), devem ser sopesados, para o bem do menor e do entorno familiar, durante a pandemia, valorando a vida como o maior bem da vida (FILHO, 2020).

Em alternativa para tais fatos, é importante destacar decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível n° 1005782-20.2019.8.26.03020 prolatada pelo relator Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, que em razão dos inúmeros casos da doença, optaram por suspenderem o direito de visitas, como uma maneira de viabilizar a continuidade da convivência, ainda que de forma virtual, cabendo compensação oportuna.

Por outro lado, há também um número de julgados que optaram pelo direito de visitas, ou seja, não impondo limitações ao seu exercício. Porém, sendo cabível alguns ajustes em relação ao determinado convívio, ajustes estes de extrema importância, visando assegurar a saúde dos genitores e, principalmente da criança e do adolescente.

Portanto, de acordo com os fatos apresentados, cabe destacar que o exercício da guarda compartilhada e/ou o direito de visitas deve ser afetado apenas nos casos em que haja circunstâncias efetivamente relevantes e caracterizadoras de situações de efetiva excepcionalidade, mesmo que estejamos vivenciando um período de pandemia.

A saúde do menor ou de seus genitores está caracterizada como circunstâncias excepcionais, como as medidas impostas durante o período de lockdown, diante disso, não sendo a situação considerada efetivamente excepcional, a guarda compartilhada ou o direito de visitas não podem ser restritos. Pois, essa restrição pode ocasionar prejuízos ao desenvolvimento da criança e do adolescente e ao exercício pleno e saudável das relações familiares.

Conforme aponta Carlos Roberto Gonçalves: O cônjuge que não ficou com a guarda dos filhos menores tem o direito de visitá-los. Dispõe o art. 1.589 do Código Civil:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Se não houver acordo dos pais, caberá ao juiz a regulamentação das visitas.

No que concerne a proteção à saúde, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente CONANDA, divulgou em 25 de março de 2020 recomendações voltadas à proteção da criança e do adolescente no período de emergência sanitária mundial. O referido documento, além de dispor sobre as medidas de prevenção a serem adotadas em favor das crianças e dos adolescentes, responsabilizando tanto os órgãos da Administração Pública Indireta quanto o Ministério Público, conforme adoção das respectivas medidas, refere-se, também no item 18 medidas de visitações ou convivência, tanto em sede extrajudicial quanto judicial, deste modo:

> 18. Que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente. Para tanto, devem ser observadas as seguintes orientações:
>
> a. As visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida;
>
> b. O responsável que permanece com a criança deve manter o outro informado com regularidade e não impedir a comunicação entre a criança ou adolescente com o outro responsável;
>
> c. Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos à situações de risco de contágio devem respeitar o período de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado;
>
> d. O deslocamento da criança ou do adolescente deve ser evitado;
>
> e. No caso de acordada a visita ou permissão para o período de convivência, todas as recomendações de órgãos oficiais devem ser seguidas;

f. O judiciário, a família e o responsáveis devem se atentar, ao tomarem decisões relativas à permissão de visitas ou períodos de convivência, ao melhor interesse da criança e do adolescente, incluindo seu direito à saúde e à vida, e à saúde da coletividade como um todo (BRASIL, 2020).

Conforme o dispositivo menciona, destaca-se o contato virtual e telefônico, por meio de chamadas de vídeo, para que se possa ter a concretização dos direitos inerentes aos filhos de convivência familiar. Assim sendo, a referida recomendação opõe-se à saúde da criança e do adolescente, em conformidade com o direito à convivência, destacando-se ser preferível a convivência de forma virtual, com caráter excepcional, como medida para que os sujeitos sejam protegidos e não contrair a doença da Covid-19.

Diante de todo esse cenário de mudanças por conta da covid-19, magistrados tiveram que se abster do seu íntimo e moral, e de acordo com o caso concreto, analisar sob os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade qual o direito a ser posto: o direito à convivência ou o direito à saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o estudo realizado propõe-se através do Código Civil, doutrinas e jurisprudências analisar e compreender a evolução da família até o momento atual e suas noções jurídicas, abordando o instituto da guarda e sua relevância para o menor. Tratando-se também sobre os direitos e obrigações decorrentes do vínculo de parentesco, acentuando-se esses direitos aos avós.

Discutiu-se, também acerca do exercício da guarda compartilhada durante a pandemia do Covid-19 e suas consequências, conforme decisões dos tribunais. Foi possível observar como a afetividade é de suma importância para a constituição da família contemporânea, já que as relações familiares são estabelecidas principalmente através de vínculos afetivos, independente do grau de parentesco.

Além disso, foi possível realizar uma análise geral sobre as entidades familiares, elucidando as três identificadas na Constituição Federal de 1988 e esclarecendo a existência de vários modelos de entidades familiares implícitas no ordenamento jurídico.

Dessa forma, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente busca uma melhor resolução de conflitos entre o judiciário e os genitores, para que o melhor interesse seja observado, devendo ser discutido de maneira minuciosa, a fim do menor ter os seus direitos assegurados pelo judiciário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

NETO**,** Hélio Antônio Gonçalves, **Parentesco Socioafetivo:** Breve Análise Acerca do Instituto das Relações Parentais e dos Direitos Alimentícios. Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, São Paulo, 2019.

FERREIRA**,** Silva Sophia, **A Guarda Compartilhada Em Tempos De Pandemia:** O que os Tribunais vêm Decidindo ?. Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de direito de família.** 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

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

Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de abr. de 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/L10406.htm>. Acesso em: 17 de abr. de 2021.

BRASIL, **Lei nº 8.069 de 1990, 13 de julho de 1990.** Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 17 de abr. de 2021.

CARVALHO, D. M. D. **Direito das Famílias.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

COSTA, Divalnir José da. A Família nas Constituições. **Revista de Informação legislativa,** v. 43, n. 169, o. 13-19, jan/mar. 2006 . Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92305. Acesso em: 17 de abr. de 2021.

MAL, A. C. D. R. F. D.; MALUF, C. A. D. **Curso de Direito de Família.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

LÔBO, P**. Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

PIMENTEL, P. **Poder Familiar e a Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

BRITO, L. M. T.; GONSALVES, E. N. **Guarda Compartilhada**: alguns Argumentos e Conteúdos da Jurisprudência. Revista Direito GV. São Paulo: p.299-318/Jan-jun. 2013.

DELGADO, M. L**. Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências?**. Consultor Jurídico, 23. Dez. 2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/processo-familiar-guarda-alternada-ou-guarda-compartilhada-duas-residencias>. Acesso em: 17 de abr. de 2021.

GONÇALVES, C. R. Direito Civil Brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

FACHIN, O. **Fundamentos da Metodologia Científica:** noções básicas em pesquisa científica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P**. Novo curso de direito civil - direito de família.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MELO, C. R. S., et al; **Guarda Compartilhada no Contexto Brasileiro**.Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa-PB, 2012.

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa noDireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRFENDERESKI, S. C. **A Possibilidade da Guarda Compartilhada Entre Genitores e Avós**.

Monografia (Graduação). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

RAMOS, P. P. O. C. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

ZEGER, Ivone. **A diferença entre a guarda e o poder familiar**. ConsultorJurídico, 27 out. 2012.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/ivone-zeger-diferenca-entre-guarda-poderfamiliar#author>. Acesso em: 17 de abr. de 2021.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed.. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

TJ-SP – AC: 10040222720178260281 SP 1004022- 27.2017.8.26.081, Relator: Ana Maria Baldy, Data de Julgamento: 16/09/2020, 6 Câmera de Direito Privado, Data de Publicação: 16/09/2020. Disponível em: Acesso em: 26 de out. de 2021.

ROSA, A. J. Q. **Aspectos Jurídicos Sobre o Instituto da Guarda Compartilhada**. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal de Campina Grande. Sousa, 2018.

BORGHETI, Rosecler. **Família Contemporânea e Guarda Compartilhada**: Demandas e Desafios. Monografia (Graduação em Psicologia). Faculdade de Educação e Meio Ambiente. Ariquemes, 2015. TJ-RJ - APL: 00009043120108190045 RIO DE JANEIRO RESENDE 2 VARA FAM INF JUV IDO, Relator: MARCIA FERREIRA ALVARENGA, Data de Julgamento: 03/04/2013, DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/04/2013.

LIMA, E. C. A. S. S. Entidades Familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência**. Âmbito Jurídico**. [s.l.], [s.v.], [s.n.], 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/entidades-familiares-uma-analise-da-evolucao-doconceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/amp/>. Acesso em: 20 out. 2021.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

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: 17 de abr. de 2021.

LEAL, L. M. de M.; DUARTE, Lorena Guedes**. Impactos da Pandemia Covid-19no Direito de Família e das Sucessões**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n° 1005782-20.2019.8.26.0320. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/849739656/apelacao-civel-ac-10057822020198260320-sp-1005782-2020198260320/inteiro-teor-849739685?ref=feed>. Acesso em 05 de abr. de 2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento. Processo cível nº 20150020139088. Relator: Gilberto Pereira de Oliveira. Data de Julgamento: 29 jul. 2015. Terceira turma Cível. Data de Publicação: Publicado no DJE: 13 ago. 2015. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219783307/agravo-de-instrumento-agi-20150020139088>. Acesso em: 04 de mai. de 2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. Processo cível nº 0047875-45.2010.8.07.0001. Relator: Silva Lemos. Data de Julgamento: 01 out. 2014. Terceira Turma Cível. Data de Publicação no DJE: 06 nov. 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150077073/apelacao-civel-apc-20100111454125-df-0047875-4520108070001>. Acesso em: 04 de mai. de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AÇÃO POPULAR NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE DOS MUNICÍPIOS

MIRELA CAVICHIOLI: Pós Graduada em Direitos Humanos pelo Círculo de Estudos na Internet (CEI). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016). Advogada na cidade de São Paulo.

RESUMO: A ação popular é um dos instrumentos democráticos previstos na Constituição Federal que concede ao cidadão o direito de pleitear em juízo a anulação ou invalidação de atos administrativos praticados por pessoas jurídicas de Direito Público. Trata-se de um remédio constitucional que possibilita ao cidadão, em nome próprio, que esteja em pleno gozo de seus direitos políticos tutelar o interesse da coletividade de forma a prevenir ou anular atos lesivos praticados por agente públicos ou a eles equiparados por lei ou delegação, notadamente a proteção do meio ambiente. O presente artigo busca, nesse sentido, analisar a utilização da ação popular na defesa da proteção do meio ambiente nos Municípios.

Palavras-chave: Ação Popular. Meio Ambiente. Municípios.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da competência dos Municípios. 3. Ação Popular 4. Ação Popular Ambiental nos Municípios. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

INTRODUÇÃO

O crescimento econômico, a preservação do meio ambiente e a equidade social devem caminhar de forma harmônica, sendo que o período anterior à Revolução Industrial, tal afirmação seria considerada descabida e absurda, eis que a noção de progresso que sustentava a modernização e o crescimento econômico colidiam com as noções básicas de preservação ambiental.

Logo após a Revolução Industrial, um dos maiores problemas do desenvolvimento econômico mundial é o destino dos resíduos sólidos, líquidos e gasosos provenientes da produção industrial e do consumo em massa dos bens produzidos, fazendo do ser humano um grande produtor de lixo em massa.

Considerando que a Constituição Federal impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, é obrigação do cidadão utilizar dos meios constitucionais e legais disponíveis para cumprir a determinação constitucional.

Todavia, o cotidiano já comprovou que o brasileiro "outorga" exclusivamente ao Estado a função de defender e proteger o meio ambiente, sendo que o Poder Público, fazendo com que a cidadania seja exercida de forma deficiente.

Assim, a ação popular ambiental além de ser uma ação constitucional, deve ser entendida como uma forma de exercício da cidadania nos Municípios, sendo uma obrigação moral e social que o bem comum esteja em primeiro lugar e atuar sempre que possível para promovê-lo é dever de todo cidadão responsável.

2. A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS

A técnica utilizada pelo legislador constituinte consistiu na enumeração dos poderes da União e dos Municípios, com poderes residuais aos Estados e ao Distrito Federal.

Por não haver hierarquia entre os entes federados, e para garantir-lhes a autonomia, a Constituição procede a uma repartição de competências. De forma sucinta, pode-se afirmar que na repartição de competências legislativas aplica-se o princípio da predominância dos interesses, jamais de exclusividade, de modo que à União caberão as matérias de interesse nacional, aos Estados, as de interesse regional, enquanto aos Municípios restarão as competências legislativas de interesse local.

Como ensina Nathalia Masson:

> Vale informar, ainda, que no direito brasileiro a observância deste princípio norteia a repartição de tarefas, mas não a define em absoluto, afinal nossa tradição histórica, nitidamente centralizadora, e a efetiva e real possibilidade de implementação das competências, muitas vezes desloca atividades de marcada importância regional/local para a União. Some-se a isso a circunstância de cercas atribuições necessitarem de grande aporte financeiro para serem cumpridas e também o desejo de termos uniformidade legislativa na federação no cratamenco de certos remas, e está justificada a centralização das competências na União, com claro afastamento do princípio em estudo. (MASSON, 2015, p. 218).

Contudo, previu o legislador constituinte que em algumas matérias, em especial no direito ambiental, questões poderão existir não só de interesse local, mas também regional ou, até mesmo, nacional.

A Constituição Federal impõe a todos os entes políticas a competência para proteger o meio ambiente, sendo esta atribuição administrativa comum, conforme disciplinado de maneira detalhada no artigo 23, III, IV, VI, VII e XI, da Constituição Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nos ensinamentos de Paulo Afonso Leme Machado:

> a constituição não quer que o meio ambiente seja administrado de forma separada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É razoável entender-se que, na competência comum, os entes devam agir conjuntamente. (MACHADO, 2014, p. 45).

Ciente da necessidade da estrita obediência ao federalismo de cooperação, o legislador pátrio editou a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, que "fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981".

A competência legislativa dos municípios decorre do artigo 30, I e II, da Constituição, cabendo a eles legislar sobre assuntos de interesse local e de forma suplementar à legislação estadual e federal no que couber.

Por sua vez, a competência material comum está preceituada no artigo 23, III, IV, VI, VII e XI, da Constituição Federal. Ressalta-se ainda que a Lei Complementar 140/2011 listou as competências ambientais da União no seu artigo 7.º; as dos Estados no artigo 8.º e as dos Municípios no artigo 9.º, cabendo ao Distrito Federal exercer cumulativamente as competências estaduais e municipais, pois neste ente político inexistem municípios.

Outrossim, excepcionalmente, determinadas competências materiais restaram reservadas exclusivamente à União, por força do artigo 21, IX, XVIII, XIX, XX e XXIII, da Constituição.

A Constituição reservou aos Municípios a competência material de promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, conforme norma do artigo 30, inciso VIII, da Constituição.

3. AÇÃO POPULAR

A defesa do meio ambiente ganhou papel fundamental para a evolução da humanidade, e no caso do Brasil, ganhou status de direito fundamental inerente ao próprio ser humano, sendo elevado a condição de cláusula pétrea. Todo, sem exceção, 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.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse ponto, a ação popular tem papel fundamental para a defesa e a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois a própria Constituição Federal prevê que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente. Tal papel será explorado nos próximos tópicos.

Natália Masson leciona que

> Esta ação tem suas origens no direito romano; a expressão que a identifica ("ação popular") deriva do faro de atribuir-se ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a cutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence ut singuli, mas à colecividade. Por meio da actio popularis, era permitido a qualquer um do povo valer-se desse instrumento capaz de defender interesses da coletividade, da coisa pública - res publica. (MASSON, 2015, p. 518).

Dois são os requisitos para o ajuizamento da ação popular, quais sejam, (i) requisito subjetivo: somente tem legitimidade para a propositura da ação popular o cidadão; (ii) requisito objetivo refere-se à natureza do ato ou da omissão do Poder Público a ser impugnado, que deve ser, obrigatoriamente, lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade, seja por imoralidade. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a ação popular é destinada a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII).

O Ministério Público, enquanto instituição, não possui legitimação para o ingresso de ação popular, porém, como parte pública autônoma, funciona como fiscal da lei (de modo mais abrangente, o art. 179, caput, do CPC/2015, fala em “fiscal da ordem jurídica”), mas, caso o autor popular desistir do prosseguimento da ação popular, poderá (entendendo presentes os requisitos) promover o seu prosseguimento (art. 9.º da lei).

4. A AÇÃO POPULAR NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE DOS MUNICÍPIOS

Após a análise do instituto constitucional da ação popular, conclui-se que o legislador constituinte ofereceu um instrumento de participação popular extremamente importante para combater a atual crise ambiental, a qual pode ser entendida como o resultado da nítida falência dos modelos extrativistas do meio ambiente, causando graves consequências ao meio ambiente e ao bem-estar da coletividade.

Na defesa do meio ambiente por meio da ação popular a lesividade é sempre presumida, dispensando-se, sua comprovação. A alegada lesividade é decorrência do direito material tutelado (meio ambiente) e, portanto, deve-se operar automaticamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Todavia, ressalva-se que ação popular sempre restringir-se-á à esfera de atuação administrativa direta ou indireta (dos poderes do Estado – União, Estado, Distrito Federal e Municípios), abrangendo apenas os atos, os contratos administrativos e os fatos administrativos, bem como as resoluções ou portarias que violem o meio ambiente.

De forma sintética, pode-se concluir que ato lesivo é todo ato ou omissão do agente público que de alguma forma prejudica a administração e consequentemente toda a sociedade, podendo essa lesão, segundo Hely Lopes Meirelles, ser:

> tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art.4º), para os quais basta a prova da prática do ato a naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. (MEIRELLES, 1999, p. 177)

Assim, a ação popular ambiental além de ser uma ação constitucional, deve ser entendida como uma forma de exercício da cidadania nos Municípios, sendo uma obrigação moral e social que o bem comum esteja em primeiro lugar e atuar sempre que possível para promovê-lo é dever de todo cidadão responsável.

7. CONCLUSÃO

Como vimos, a ação popular é uma das mais importantes ações constitucionais, uma vez que permite ao cidadão buscar a invalidação de atos ou contratos administrativos que causem lesão ao patrimônio público ou ainda à moralidade administrativa, ao patrimônio histórico e cultural e ao meio ambiente.

Todavia, com o vertiginoso aumento da quantidade de resíduos e também com o aumento da complexidade de sua qualidade, chegamos à situação atual, na qual toneladas de resíduos gerados diariamente representam uma grande ameaça para a natureza e até mesmo para a vida no planeta, sendo a ação popular subutilizada na defesa do meio ambiente.

Como demonstrado neste trabalho, o exercício da ação popular ambiental visa proporcionar ao autor-cidadão o direito de impugnar junto ao Poder Judiciário, preventiva ou repressivamente os atos da Administração que resultem em lesão ao meio ambiente.

O conceito de cidadania, por si só, é muito amplo, sendo que de forma sucinta pode ser definida como um conjunto de direitos e de deveres que permite aos cidadãos e cidadãs o direito de participar da vida política e da vida pública, podendo votar e serem votados, participando ativamente na elaboração das leis e do exercício de funções públicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Contudo, a realidade demonstra que os cidadãos brasileiros pouco ou quase nada fazem para inverter ou evitar as lesões ao meio ambiente, uma vez que todos são prejudicados devido ao desequilíbrio ambiental causado, sendo que tal quadro de inanição da cidadania deve ser motivo de estudo em outra oportunidade.

Outrossim, é imprescindível que a defesa do meio ambiente seja adotada de forma ampla e irrestrita e que se exija de todos a sua observância, transferindo-se para o cidadão uma parcela de responsabilidade pela defesa do meio ambiente, pois a ação popular, juntamente com o direito de sufrágio, direito de voto em eleições, plebiscitos e referendos, e ainda a iniciativa popular de lei e o direito de organização e participação de partidos políticos, constituem formas de exercício da soberania popular, uma vez que todo o poder emana do povo.

8. REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996

CASTRO, José Nilo de. Direito Municipal Positivo. 5 ed. Rev. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. p. 46

COSTA, Nelson Nery, Direito municipal brasileiro– 6.a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.30

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Salvador: Juspodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 11. ed São Paulo: Saraiva: 1985.

DIDIER, Fredie Jr. Ações Constitucionais. 3ª ed. Salvador: Podivm, 2008.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado – 19. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular, proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

MASSON, Nathália. Manual de Direito Constitucional . 3ª edição. Juspodivm. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely L. Direito Municipal Brasileiro. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. 21ª Ed. São Paulo; Malheiros Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. - 1 D. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

NOVELINO, Marcelo – Manual de direito constitucional / Marcelo Novelino. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PAULO, Vicente, 1968- Direito Constitucional descomplicado I Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. - 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PONTES, Daniele Regina - Direito municipal e urbanístico [recurso eletrônico] - Curitiba, PR : IESDE, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional, 2010.

SOARES, Mario Lucio Quintão Soares. Teoria do Estado: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013

THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental – Ed. Juspodivm. 5ª edição – 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1060 de 08/12/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454