

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1081

(Ano XIV)

(23/04/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



#### **Lançamento retroativo do IPTU motivado por alteração do imóvel decorrente de reformas**

*Kiyoshi Harada, 07.*

### ARTIGOS

#### **Relações de trabalho na Administração Pública: a visão dos tribunais superiores**

*Jonas Veprinsky Mehl, 11.*

#### **A intensificação do poder empregatício pós reforma trabalhista**

*Bárbara Barbosa Fernandes, 22.*

#### **As várias faces da crise migratória venezuelana no Brasil e o confronto com a legislação brasileira**

*Beatriz Ramos de Souza, 35.*

#### **O alargamento da noção de impossibilidade projetada aos contratos de concessão de serviço público de transporte no contexto de pandemia da Covid-19**

*Jonas Veprinsky Mehl, 46.*

#### **Defensoria Pública e Assistência Jurídica**

*Murilo Callou Tavares de Sá, 56.*

#### **Uma análise da natureza jurídica da prisão domiciliar à luz da Lei de Execução Penal e do Código de Processo Penal**

*Victor Carlos de Moraes Quadros, 70.*

#### **Qualificar para salvar**

*Josy Caetano de Almeida, 83.*

#### **Tributação da nuvem: da necessidade de atualização do conceito de estabelecimento permanente**

*Rafael Barroso de Andrade, 91.*

**A responsabilidade civil do Estado e dos agentes públicos**

*Jonas Veprinsky Mehl, 110.*

**A violação dos direitos humanos na abordagem policial: a questão da tortura**

*Gabriel Silva das Dores, 123..*

**Tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual: dos efeitos jurídicos e sociais**

*Pedro Henrique Dias Carvalho, 146.*

**Liberdade religiosa e ambiente de trabalho – É possível uma convivência harmônica entre eles?**

*Marcos D'angelo Faria, 162.*

**A igualdade como fundamento da capacidade contributiva**

*Rafael Barroso de Andrade, 173.*

**Dor e dignidade: Reflexões jurídicas acerca dos protocolos sanitários adotados nas funerárias em tempos de pandemia na cidade de Imperatriz-MA**

*Jairo Araujo Matos, 188.*

**Multiparentalidade e seus efeitos no Direito de Família contemporâneo**

*Carla Pereira Reis, 206.*

**As garantias constitucionais e a flexibilização de direitos trabalhistas em face da pandemia da Covid-19**

*Juliana dos Reis Habr, 227.*

**Da (des)necessidade de fundamentação da decisão que recebe a denúncia**

*Paulo Figueiredo Fonseca Lima, 244.*

## LANÇAMENTO RETROATIVO DO IPTU MOTIVADO POR ALTERAÇÃO DO IMÓVEL DECORRENTE DE REFORMAS

**KIYOSHI HARADA:** Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Uma questão que vem tirando o sono do contribuinte do IPTU diz respeito ao repentino lançamento do IPTU com efeito retroativo, motivado por reformas empreendidas no prédio implicando aumento de área constituída e conseqüente alteração do valor venal.

Sobre essa questão dispõe a Lei nº 6.989/1966 (Código Tributário Municipal) em seu art. 2º:

“Art. 2º constitui fato gerador do Imposto Predial a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel construído localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Considera-se ocorrido o fato gerador do Imposto Predial:

I – em 1º de janeiro de cada exercício;

II – no primeiro dia do mês subsequente ao que ocorrer:

a) construção ou modificação de edificação que implique alteração do valor venal do imóvel, nos termos da Lei nº 10.235, de 16 de dezembro de 1986, com as alterações posteriores;

b) constituição de novo terreno, sobre o qual haja edificação incorporada;

c) instituição de condomínio edilício em planos horizontais ou em planos verticais.

§ 2º Ocorridas as hipóteses previstas no inciso II do § 1º:

I – caso as alterações no imóvel não resultem em desdobro, englobamento ou remembramento do bem, o eventual acréscimo de Imposto Predial, com relação ao lançamento que considerou a situação anterior do imóvel, será cobrado proporcionalmente ao número de meses ainda restantes do exercício;

II – caso as alterações no imóvel resultem em desdobro, englobamento ou remembramento do bem:

a) serão efetuados lançamentos do Imposto Predial, referentes aos novos imóveis, de forma proporcional ao número de meses ainda restantes do exercício; e

b) os eventuais lançamentos de Impostos Predial e Territorial Urbano, referentes à situação anterior, passarão a ser proporcionais ao número de meses já decorridos desde o seu respectivo fato gerador até o novo fato gerador.

§ 3º Para efeito de contagem do número de meses restantes do exercício, a que se refere o § 2º, será incluído o mês da ocorrência do novo fato gerador a que se refere o inciso II do § 1º.

§ 4º A ocorrência do novo fato gerador referido no inciso II do § 1º implica a constituição de créditos tributários complementares, com eventuais abatimentos ou devoluções de indébitos, na forma estabelecida no regulamento do imposto”.

O inciso I, do § 1º, do art. 2º prescreve que o fato gerador do IPU ocorre no dia 1º de janeiro de cada ano, conferindo-lhe natureza anual a esse imposto, mediante renovação anual do seu fato gerador.

Nas hipóteses previstas nas letras *a* a *c* do inciso II considera-se ocorrido o fato gerador no primeiro dia do *mês subsequente* ao que ocorrer os eventos aí mencionados.

Nessas hipóteses, incluído o mês da ocorrência do novo fato gerador, far-se-á “a constituição de créditos tributários *complementares*, com eventuais abatimentos ou devolução de indébitos, na forma estabelecida no regulamento do imposto” (§ 4º, do art. 2º, da Lei nº 6.989/66).

O dispositivo está correto, porque o princípio da anterioridade só tem aplicação nos casos de criação de novo imposto ou da majoração do imposto existente. E no caso sob comento não há novo imposto, nem aumento de alíquota.

Trata-se simplesmente de, por via de lançamento complementar, alcançar a porção do imóvel não abrangido no lançamento primitivo.

Acontece que a Prefeitura de São Paulo vem procedendo ao lançamento retroativo, ora anulando inteiramente o lançamento original e exigindo novo IPTU por inteiro em função da alteração verificada no imóvel, ora procedendo apenas ao lançamento complementar pela diferença de valor resultante da modificação introduzida no imóvel, inclusive, quanto à aplicação do fator de obsolescência em caso de reforma estrutural do prédio.

Toda a problemática se resolve no fato de a administração tributária ter ou não ter tomado conhecimento da alteração das características físicas do imóvel à época dos fatos.

A alteração da ficha cadastral do imóvel, a cargo do contribuinte, não é o único meio de a administração tributária do Município tomar conhecimento da inovação fática do imóvel.

Se a reforma tiver sido precedida de alvará respectivo, seguido de auto de conclusão ou auto de vistoria (habite-se) é óbvio que, independentemente, da alteração da ficha cadastral, o fisco tomou conhecimento desse fato constitutivo do novo fato gerador, descabendo o lançamento retroativo para abranger períodos ainda não alcançados pela decadência.

Não pode o fisco depois de decorridos 15 ou 20 anos do fato, promover lançamento retroativo dos últimos cinco exercícios, quer para cobrar a diferença, quer para cobrar por inteiro segundo o novo fato gerador, remetendo o contribuinte ao moroso processo de repetição de indébito dos valores pagos constantes de lançamentos originários.

A inércia do fisco não pode implicar responsabilidade do contribuinte além dos limites permitidos em lei, salvo na hipótese de dolo fornecendo dados incorretos para diminuir o valor do imposto.

A outra situação diz respeito à constituição de condomínio (art. 2º, § 1º, inciso II, letra c da Lei nº 6.989/66)

Tivemos um caso em que o cliente instituiu no prédio identificado por um único número de contribuinte (SQL) um condomínio vertical, passando a existir seis unidades autônomas.

Tudo foi feito nos conformes legais culminado ao final com a expedição do auto de vistoria (habite-se), reconhecendo a regularidade da especificação condominial. Esse “habite-se” datava de 2019.

Ocorre que em 2022 o citado cliente recebeu a notificação de lançamento retroativo a 2019, separadamente para cada unidade autônoma, sem compensação do valor pago nos lançamentos originários.

É claro que na hipótese, independentemente, da alteração da ficha cadastral do imóvel pelo contribuinte a Prefeitura tomou conhecimento do fato, desde a expedição do “habite-se” em 2019, cabendo a ela proceder de ofício ao desdobro do número de contribuinte dando margem a seis novos números, tarefa que não cabe ao contribuinte executar.

Logo, o lançamento retroativo a 2019 é ilegal e essa ilegalidade é agravada pela total desconsideração do lançamento único original.

Na pior das hipóteses, cabia à Prefeitura paulistana proceder à compensação proporcional do imposto pago nos lançamentos primitivos relativamente a cada unidade autônoma objeto de novo lançamento.

## **RELAÇÕES DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

**JONAS VEPRINSKY MEHL:**

Advogado. Pós-graduado pela Escola Superior de Advocacia Pública e Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar temas atinentes às relações de trabalho na Administração Pública. Inicia-se com uma comparação entre o Direito do Trabalho nas relações privadas e na Administração Pública. Embora existam semelhanças, o enfoque é voltado às diferenças, em razão da incidência de um regime jurídico publicístico. Em seguida, o estudo se debruça sobre dois temas sensíveis e polêmicos que têm sido objeto de abundantes decisões no âmbito dos tribunais superiores: a proteção à maternidade nas relações de trabalho na Administração Pública e a responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços. O estudo da jurisprudência afeta a tais matérias demonstra um movimento pendular, que, ora se aproxima das regras de direito público, ora se inclina em direção aos parâmetros do direito privado.

**Palavras-chave:** Relação de trabalho. Administração Pública. Estabilidade. Gestante. Terceirização.

**SUMÁRIO** 1. Introdução. 2. Direito do Trabalho nas relações privadas e na Administração Pública: principais distinções. 3. Proteção à maternidade nas relações de trabalho na Administração Pública. 4. Responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços. 5. Considerações finais. 6. Referências.

### **1.Introdução**

O Direito do Trabalho é um ramo autônomo do Direito. Ainda que assim o seja, não pode ser estudado como um todo indivisível, sendo passível de subdivisões. A doutrina debate se haveria uma área específica do Direito do Trabalho voltado às relações em que o empregador é a Administração Pública. Independentemente da conclusão que se chegue, é imperioso reconhecer, nesses casos, o influxo de normas oriundas do regime jurídico de direito público que atraem um tratamento específico para esse tipo de relação.

Com base nisso, é que no presente trabalho buscar-se-á delimitar, inicialmente, o âmbito de incidência do regime jurídico público às relações de trabalho. Fixadas as bases dessa compreensão, partir-se-á para uma abordagem prática do assunto. Nota-se que há uma crescente influência do sistema da *comonn law* no cenário nacional, de modo que a

jurisprudência vem sedimentando parâmetros fundamentais para a aplicação dos direitos em espécie.

O primeiro tema, que tem recebido bastante atenção dos tribunais Brasil afora, é o relativo à estabilidade da gestante. Trata-se de garantia constitucionalmente prevista e que possui estreita relação com o metaprincípio da dignidade da pessoa humana. Em que pese persistirem posições que insistam em não conferir a tal direito a amplitude que lhe é devida, prevalece no âmbito da Suprema Corte a interpretação que prestigia a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Em seguida, o tema da terceirização é objeto de estudo. Depois de muitas idas e vindas, o Supremo Tribunal Federal parece ter colocado uma pá de cal na controvérsia que pairava sobre o assunto, definindo que a responsabilidade do Estado pelo inadimplemento de obrigações pela prestadora do serviço não se dá de forma automática. A determinação de um posicionamento, seja ele qual for, repercute profundamente na gestão pública, denotando a importância do estudo da matéria.

Ao final, o que se espera é que o presente trabalho contribua para a compreensão de temas que se apresentam como de mais alta relevância nos âmbitos do direito público e do Direito do Trabalho. Busca-se, ainda, auxiliar na constante formação dos operadores do Direito, seja de modo a fomentar reflexões acerca de temas imbricados, seja como ferramenta útil para a constante atualização dos estudos jurídicos.

## **2. Direito do Trabalho nas relações privadas e na Administração Pública: principais distinções**

Para examinar as principais distinções entre as relações públicas e privadas no Direito do Trabalho antes se faz necessário aludir, resumidamente, às duas principais espécies de vínculo profissional que são travadas com a Administração Pública<sup>1</sup>. De um lado há os servidores estatutários, titulares de cargos públicos, que têm elo baseado na lei da respectiva carreira. Trata-se de relação de trabalho de cunho institucional fazendo com que seu regime se diferencie em maior medida daquele que rege as relações privadas.

Lado outro, há os empregados públicos que têm regime orientado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A relação nesse caso é de cunho contratual. Desse modo, tais regras são mais próximas daquelas observadas na seara privada, embora também seja possível identificar diferenças.

---

<sup>1</sup> Com o intuito de realizar uma abordagem mais objetiva não se adentrará na comparação com os servidores temporários e com os servidores militares, por serem espécie de menor incidência quando comparados com os vínculos estatutário e celetista.

Uma primeira semelhança entre os vínculos estatutário e celetista, que também serve para marcar a diferença com o regime privado, é o ingresso mediante concurso público e a incidência dos princípios constitucionais que devem ser obedecidos pela Administração Pública, nomeadamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência<sup>2</sup>.

Partindo desse ponto, nota-se que a estabilidade é uma garantia constitucional do servidor estatutário, adquirida após três anos de efetivo exercício<sup>3</sup> não extensível àqueles que tenham vínculo celetistas, seja empregado público ou privado. Os nomeados em comissão e os admitidos na forma do art. 37, IX, da CF, cujos vínculos empregatícios têm sempre um caráter provisório, também não adquirem estabilidade.

Sublinhe-se que a estabilidade não se confunde com a vitaliciedade. Esta última é garantia institucional prevista constitucionalmente de forma exclusiva em favor de magistrados e de membros do Poder Judiciário. É adquirida depois de dois anos de efetivo exercício da função. Uma vez alcançada, o membro só poderá perder o cargo por sentença judicial transitada em julgado<sup>4</sup>.

Voltando a tratar das diferenças entre empregado público e o privado, não se pode ignorar que aquele foi aprovado por concurso público e tem suas relações pautadas nos princípios da Administração Pública, de modo que há casos em que a jurisprudência confere a eles tratamento diferenciado quando se depara com o tema da dispensa sem justa causa.

Como exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu, no bojo do RE 589998, julgado em 10/10/2018, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. Entendeu-se

---

<sup>2</sup> CF/88. 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: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

<sup>3</sup> CF/88. Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

<sup>4</sup> CF/88. Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

Art. 128. (...)§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I - as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

que devem ser garantidos ampla defesa e contraditório e que a motivação da demissão é justificada com base nos princípios da isonomia e impessoalidade, evitando favorecimento ou perseguição de empregados públicos.

Assim, embora os empregados públicos sejam submetidos à CLT, o seu regime sofre mitigações oriundas de normas de direito público para além da exigência de concurso público, tais como teto remuneratório<sup>5</sup> (art. 37, XI, da CF/88) e proibição de acumulação de cargos, empregos e funções (art. 37, XVI e XVII, da CF/88).

Outra relevante distinção é quanto à justiça competente para julgar causas envolvendo essas relações. De acordo com a atual redação do art. 114, I, da CF/88, acrescentado pela EC nº 45/2004, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho<sup>6</sup>.

O STF conferiu interpretação restritiva a esse dispositivo e afirmou que a Justiça do Trabalho não possui competência para julgar demandas propostas por servidores públicos estatutários contra a Administração Pública, mas apenas as causas que envolvam empregados públicos e privados. Nesta toada, os litígios que tenham como partes o Estado e servidores estatutários serão julgados pela justiça comum federal (art. 109, I, da CF/88) ou estadual (art. 125 da CF/88), a depender do ente envolvido<sup>7</sup>.

Há outras diferenças importantes na comparação entre o servidor estatutário e o empregado público ou privado. As normas relativas à extinção do contrato de trabalho com institutos como aviso prévio, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e seguro desemprego são aplicáveis a estes, mas não àqueles. O segundo grupo também poderá fazer jus à participação nos lucros da companhia, o que não ocorre no regime público. Por derradeiro, as regras acerca de aposentadoria, prescrição e regime disciplinar também são distintas.

Além das diversas diferenças explicitadas também é possível vislumbrar semelhanças. É o caso de aspectos atinentes à proteção à remuneração, nomeadamente

---

5 Destaque-se que o teto remuneratório se aplica apenas às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, consoante §9º do art. 37 da CF/88.

6 CF/88. Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

7 Nesse sentido: STF. Plenário. ADI 3395, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 15/04/2020; STF. Plenário. ADI 3395 MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 05/04/2006; STJ. 1ª Seção. CC 129.447/RN, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 09/09/2015; STJ. 1ª Seção. AgInt no CC 156.229/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28/04/2020.

garantia de salário mínimo, irredutibilidade de salários ou subsídios, décimo terceiro salário e férias. Ademais, incidem em ambos os regimes a vedação à discriminação no trabalho, regras de proteção ao trabalho da mulher, licença maternidade e paternidade.

### **3. Proteção à maternidade nas relações de trabalho na Administração Pública**

Em relação à proteção conferida à maternidade e quanto à estabilidade provisória da gestante no regime estatutário importante se fazer alusão, inicialmente, ao tema 542 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (STF) no qual restou consignado que: *"Direito de gestante, contratada pela Administração Pública por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão demissível ad nutum, ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória"*.

O entendimento do STF é embasado no art. 7º, XVIII, no art. 39, §3º, da CF/88 e no art. 10, II, b, do ADCT8. Também serviu de fundamento para a consolidação do entendimento as disposições da Convenção OIT nº 103/1952, que foi formalmente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 58.821/669.

Assim, no regime estatutário a gestante possui estabilidade provisória que vai desde o início da gravidez até depois do parto, garantindo-lhe o pagamento de indenização se for exonerada dentro desse período, seja ela servidora que ocupe cargo efetivo, comissionado ou temporário. Note-se que o único requisito exigido é de natureza biológica, ou seja, basta a comprovação de que a gravidez ocorreu antes da dispensa arbitrária, independentemente do prévio conhecimento do empregador ou da própria gestante<sup>10</sup>.

---

8 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Art. 39, § 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: (...)II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: (...) b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

9 Nesse sentido são os seguintes precedentes da Suprema Corte: RMS nº 24.263/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9/5/03; RE nº 420.839-AgR/DF, Relator Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 26/4/12 e ARE 674103 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-115 DIVULG 17-06-2013 PUBLIC 18-06-2013.

10 STF. Plenário. RE 629053/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 10/10/2018 (repercussão geral) (Info 919).

No que tange à empregada celetista deve-se observar o teor da súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que disciplina o tema da seguinte forma:

Súmula nº 244 do TST. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Desse modo tem-se que, com base na súmula, as celetistas também fazem jus à estabilidade provisória, seja em emprego público, cujo o vínculo se estabeleça por contrato permanente, seja em contrato por tempo determinado. Cumpre destacar, entretanto, que, em novembro de 2019, o Pleno do TST, ao julgar Incidente de Assunção de Competência ([IAC-5639-31.2013.5.12.0051](#)), considerou inaplicável a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante contratada sob o regime de trabalho temporário previsto na [Lei nº 6.019/1974](#).

Ocorre que, esse entendimento, não parece estar em plena consonância com precedentes do STF que reconhecem de forma ampla a estabilidade, inclusive para trabalhadoras com vínculo de natureza contratual por prazo determinado. Nessa linha veja-se o trecho da ementa a seguir:

"(...) As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito

público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (...)” (RE nº 634.093-AgR/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 7/12/11). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento n. 710203, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 9- 5-2008.

Com a máxima vênia ao recente entendimento exarado pelo TST, entende-se que essa não é a melhor solução a ser adotada. Limitar a estabilidade da empregada gestante contratada de forma temporária não atende à máxima efetividade dos direitos fundamentais, mais especificamente ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e à garantia social à estabilidade da gestante, de índole constitucional. O parâmetro para a fixação da estabilidade deve ser o estado fisiológico da mulher durante o vínculo e não a espécie contratual firmada, sob pena de proteger de forma insuficiente a maternidade e o nascituro, violando assim o princípio da proporcionalidade.

#### **4. Responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços**

Como ponto de partida para tratar sobre o tema da responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços, deve se observar o que dispõe o art. 71 da Lei 8.666/9311. Do texto legal é possível extrair, de plano, as seguintes conclusões: (i) em regra a Administração Pública não terá responsabilidade pela inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais e (ii) a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos previdenciários que tenham como causa a execução do contrato é solidária.

Em que pese a terceirização ser prática bastante comum nas relações travadas no mercado de trabalho, até 2017 não havia uma regulamentação clara em lei que tratasse desse tema. Diante disso, o TST editou a Súmula nº 331 estabelecendo requisitos para que a terceirização fosse considerada legítima. Para o que interessa para a presente exposição importante observar o disposto no item V do referido enunciado:

**Súmula 331-TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.  
LEGALIDADE**

---

11 Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (...)

(...) V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Embora para a Administração Pública a contratação mediante concurso público seja a regra, é comum que o ente público figure em posição análoga a da tomadora de serviços quando celebra um contrato mediante licitação, de modo que, em caso de inadimplemento da contratada, também poderá ser responsabilizado.

Importante referir que o mencionado art. 71 da Lei nº 8.666/93 foi declarado constitucional pelo STF no julgamento da ADC 1612. Mesmo após tal decisão o TST apresentou resistência na aplicação da norma. Diante disso, passou a interpretá-la no sentido de que a Administração Pública teria responsabilidade subsidiária caso ficasse demonstrada a sua culpa *in vigilando*. Em outros termos: somente haveria responsabilidade se ficasse comprovado que o Poder Público deixou de fiscalizar se a empresa estava cumprindo adequadamente suas obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais.

A questão voltou a ser examinada pelo STF que fixou tese em direção distinta daquela que vinha sendo assentada pelo TST. Restou consignado pela Suprema Corte em repercussão geral que: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93"<sup>13</sup>.

Ao afirmar que a transferência dos encargos não ocorre de forma automática, o STF exige que eventual defeito na fiscalização das obrigações trabalhistas, a ser feita pela Administração Pública, deverá ser demonstrada no caso concreto. Assim, é necessário o exame detalhado quanto à presença ou ausência de culpa. Assim, se houve fiscalização,

---

12 (...) É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. STF. Plenário. ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 24/11/2010.

13 STF. Plenário. RE 760931/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgado em 26/4/2017 (Repercussão Geral – Tema 246) (Info 862).

não haverá responsabilidade subsidiária do Poder Público em caso de inadimplemento. Caso contrário, haverá responsabilidade subsidiária do Poder Público<sup>14</sup>.

O TST, entretanto, mesmo após a matéria ter sido julgada sob a sistemática da repercussão geral, resistiu a se curvar à interpretação conferida pelo STF, já que é possível identificar precedentes da Justiça do Trabalho em que a *culpa in vigilando*, é reconhecida de forma automática. Esse embate entre os Tribunais restou claro no recente julgamento da Reclamação 36958 AgR/SP e da Reclamação 40652 AgR/DF pela 1ª Turma do STF<sup>15</sup>.

No caso, o STF sublinhou a violação às decisões proferidas na ADC 16 e no RE 760.931 e afastou a responsabilidade subsidiária atribuída à reclamante por não ter sido demonstrado o comportamento sistematicamente negligente ou o nexo de causalidade entre a conduta do poder público e o dano sofrido pelo trabalhador. Ademais, superou a ausência de transcendência do recurso de revista por incompatibilidade com as decisões da Suprema Corte sobre o tema.

Nas relações de trabalho privadas, o tema dos limites da terceirização - se apenas para atividades meio ou também para atividades fim - foi expressamente regulamentado na Lei nº 13.467/2017, que teve a sua constitucionalidade confirmada pelo STF no julgamento da ADPF 324/DF e do RE 958252/MG, em 30/8/2018.

Assim, entendeu-se que a terceirização abrange quaisquer atividades da empresa contratante, inclusive sua atividade-fim. Ocorre que no referido julgamento não foi tratada a questão da terceirização no âmbito da Administração Pública, de modo que os limites na seara pública não estão claros. Certo é que a questão deverá ser analisada à luz da regra do concurso público, positivada no art. 37, II, da CF/88<sup>16-17</sup>.

## 5. Considerações finais

---

<sup>14</sup> Esse entendimento também pode ser identificado no seguinte julgado: (STF. Decisão Monocrática. Rcl. 12925, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 21/11/2012).

<sup>15</sup> STF. 1ª Turma. Rcl 36958 AgR/SP e Rcl 40652 AgR/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 8/9/2020 (Info 990).

<sup>16</sup> 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: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

<sup>17</sup> Vale destacar que no âmbito federal foi recentemente editado o Decreto nº 9.507/2018, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal.

Diante de todo exposto, constata-se que as relações de trabalho travadas no âmbito da Administração Pública recebem um tratamento diferenciado. Não à toa, já que a lógica que pauta as atividades desenvolvidas diretamente pelo Estado, por seus órgãos e por suas entidades é distinta daquela que se faz presente no mercado privado.

O estudo detalhado da jurisprudência afeta às matérias relativas à estabilidade da gestante e à responsabilidade da Administração na terceirização de serviços, demonstra um movimento pendular. No primeiro caso, o STF tem se inclinado no sentido de conferir máxima efetividade a direitos fundamentais, prestigiando a garantia constitucional à estabilidade. Tal posição atrai um maior intervencionismo do Estado nas relações privadas e conseqüentemente o influxo de normas de direito público.

No segundo caso, a Corte Suprema tem adotado um entendimento que aproxima o regime público do direito privado. É dizer, a lógica que tem pautado as decisões da Corte Constitucional é a de que a atividade pública objeto de terceirização não merece tratamento diferenciado quanto à responsabilização única e exclusivamente em razão de o tomador dos serviços ser o Estado.

## 6.Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. São Paulo: Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. Terceirização e subcontratação de atividades inerentes à concessão: distinções necessárias. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, jan./fev. 2018.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 589.998/PI*. Plenário. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748794384>. Acesso em: 14 abril 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 634.093-AgR/DF*. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609454>. Acesso em: 14 abril 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADC nº 16*. Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 14 abril 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 760931/DF*. Plenário. Rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em: 14 abril 2022.

## A INTENSIFICAÇÃO DO PODER EMPREGATÍCIO PÓS REFORMA TRABALHISTA

**BÁRBARA BARBOSA FERNANDES:**  
Advogada e Professora. Especialista em Direito do Trabalho pelo IBMEC/RJ e em Gestão Jurídica Empresarial pela FGV/RIO, Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP.

**RESUMO:** O presente artigo tem a finalidade de analisar as teorias sobre o poder de notáveis autores da filosofia, conforme seus ideais políticos e sociais. A discussão proposta tem como objetivo especificar as modalidades de poder no Direito do Trabalho, relacionando-as com os conceitos filosóficos de poder no que for compatível, além de propor o exame das alterações advindas da Reforma Trabalhista instrumentalizada pela Lei 13.467/2017, no que se refere ao poder empregatício. Assim, sem pretender esgotar o tema, o qual ainda ensejará discussões, dada a recente alteração legislativa, será discutido se de fato a Reforma Trabalhista acarretou a intensificação do poder empregatício unilateral. Buscar-se-á por meio deste artigo verificar se a Reforma Trabalhista gera desequilíbrio de poder na relação empregatícia, acarretando, portanto, a ausência de democratização do poder empregatício nas relações trabalhistas.

**Palavras-chaves:** Poder, Michel Foucault, Norberto Bobbio, Poder Empregatício, Reforma Trabalhista.

**ABSTRACT:** This article has the aim to analyses the theories about the notable authors' power of philosophy, according to their political and social ideals. The propose discussion aims to specify the modalities of power in the Labor Law connect them to the philosophical concepts of power in what is compatible beside to propose the examination the changes arising from the Labor Reform instrumentalized by Law 13.467 / 2017, in what refers to employment power. Therefore, without intending to exhaust the topic, which will still realize discussions given the recent legislative change, will be discussed if indeed the Labor Reform has in fact led to the intensification of unilateral employment power. This article will seek to verify if the Labor Reform create some imbalance of power in the employment relationship, thus in the absence of democratization of the employment power in labor relations.

**Keywords:** Power, Michel Foucault, Norberto Bobbio, Employment Power, Labor Reform.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Teorias Sobre o Poder; 2.1 Por Nicolau Maquiavel 2.2 Por Michel Foucault; 2.3 Por Norberto Bobbio; 3 Formas de Poder no Direito do Trabalho; 4 A Intensificação do Poder Empregatício Pós Reforma Trabalhista; 5 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A temática do poder não é inédita. Na realidade, a busca pela definição, pelo tangível significado, pela compreensão da extensão e dos limites perpetua há séculos, de modo que, renomados autores, ao longo do tempo, trouxeram expressivas definições, tendo sido destacado, no presente artigo, a concepção de poder por Nicolau Maquiavel, por Michel Foucault e por Norberto Bobbio, como será visto a diante.

Bem assim, ressalta-se que às definições e às discussões sobre o poder não pairam apenas na Filosofia do Direito, áreas como a Sociologia, o Direito Administrativo, o Direito Constitucional, entre outras, também traçam diretrizes sobre o poder, tendo sido selecionado neste trabalho, o Direito Laboral, tendo em vista às significativas alterações advindas da Reforma Trabalhista no que se refere ao Poder Empregatício.

Destarte, trataremos das acepções concebidas pelos notáveis pensadores contemporâneos e, ainda, será traçado as definições e as modalidades do Poder Empregatício, traçando um paralelo entre as duas áreas, quais sejam: Filosofia do Direito e Direito do Trabalho, esta última, com base na Lei 13.467 de 2017. Portanto, o presente trabalho se debruça na contribuição teórica dos notáveis filósofos, relacionando às convicções dos mesmos com o poder na esfera trabalhista.

Outrossim, o artigo apresenta a finalidade de analisar à intensificação do poder empregatício e os respectivos desdobramentos legais oriundos da Reforma Trabalhista.

Portanto, no primeiro capítulo será exposta a visão de poder na Filosofia, por intermédio de dois autores que muito contribuíram no estudo do tema e, nos demais capítulos, o estudo do poder encontrar-se-à pautado no Direito do Trabalho.

## 2 TEORIAS SOBRE PODER

A palavra poder deriva do latim *potum/potere* e a sua definição está relacionada à autoridade, ao comando, ao domínio sobre uma coisa, uma pessoa ou um grupo de pessoas.

O poder por si só é a capacidade de agir e produzir efeitos, e, na maioria das vezes, o envolve uma relação de pessoas, sendo considerando um exercício. Portanto, consiste na probabilidade de compelir alguém a agir de acordo com às vontades daquele que detém o poderio.

Na Sociologia, Max Weber (2003, p. 33) ensina "(...) o poder é a imposição da vontade de uma pessoa ou instituição sobre os indivíduos. Quando alguém tenta, pela força física, legal ou de autoridade, impor a sua vontade sobre indivíduos, essa pessoa está exercendo o poder.

Outrossim, a Filosofia apresenta formas e teorias sobre o poder, revelando diversas definições ao longo do tempo, conforme a conjuntura política e social de cada período, na perspectiva de cada autor. A diante, será analisada à concepção de Nicolau Maquiavel, de Michel Foucault e de Norberto Bobbio.

## 2.1 POR NICOLAU MAQUIAVEL

Nicolau Maquiavel nasceu em 1469 na cidade de Florença, na Itália e, viveu durante o renascimento italiano. Na política, exerceu o cargo de secretário, posteriormente passou a assumir relevantes missões diplomáticas. Na época, os embates políticos e a competição pelo poder conferiram às suas obras o notável realismo.

O filósofo foi um dos grandes responsáveis pela ideia moderna de poder. Nesse aspecto, a teoria política criada por ele acarretou uma série de discussões e questionamentos, principalmente pela interpretação impetuosa, que inúmeras vezes se fez de seu pensamento. O autor sempre foi interpretado como um indivíduo desprovido de moral e ética e, por esta razão, a acepção do termo maquiavélico é sempre pejorativa.

Repara-se que o poder é um desígnio que persevera nas relações sociais desde o início da sociedade humana, acarretando uma série de conflitos e fato é que, Maquiavel viveu em um momento na Itália com expressivos alvoroços pela busca do poderio.

A obra *O Príncipe*, além de ter um escopo prático, inspira um significativo estudo sobre as condições de aquisição e de manutenção do poder num principado. O intuito do autor era, por intermédio do governo, unificar a Itália, inclusive, na época, ofereceu tal obra a Lourenço de Medice, para que colocassem em prática seus objetivos.

Para Nicolau Maquiavel, o exercício do poder acarreta embates e se estabelece em confronto com outros poderes. Além disso, frisava que todo e qualquer poder vem do povo, transmitindo o pensamento de que para se manter no poder, o soberano deveria estar de acordo com as pretensões populares, porque a autoridade e o domínio perduram se os subordinados assim quiserem. Sobre a afirmação, dizia o autor, em "O Príncipe" que "a um príncipe é necessário ter o povo como amigo pois, de outro modo, não terá possibilidades na adversidade". (Maquiavel, 2006, p. 38)

Importante destacar que o filósofo, na referida obra, aponta dois modos capazes de se conquistar o poder, quais sejam: por intermédio da *fortuna* ou pela *virtú*. A *fortuna* era considerada a sorte, a qual não advém dos deuses, isto é, vantagens que determinadas pessoas apresentavam e que muitas não valorizavam. Já a *virtú* seria a vontade assídua de alcançar o poder, de forma que o homem virtuoso não aguarda as coisas ocorrerem, mas sim se empenha na busca de seus objetivos.

Sendo assim, Maquiavel deixa evidente o seu pensamento de que o poder emana do povo e, por esta razão, a política é conduzida por intermédio da luta pela conquista e pela manutenção do poder.

## 2.2 POR MICHEL FOUCAULT

Michel Foucault, filósofo francês contemporâneo e pesquisador do *College de France*, nasceu na cidade de Poitiers, em 15 de outubro de 1926, e faleceu em 26 de junho de 1984, aos 57 anos. O prestigiado autor dedicou seus estudos para investigar temas como as relações do poder e o processo de subjetivação.

Dessa forma, nota-se que as teorias de Foucault tratam mormente sobre a relação entre o poder e o saber, e como elas podem ser utilizadas para que se obtenha o controle social por intermédio das instituições. Embora citado como estruturalista e pós-modernista, Foucault repeliu esse estereótipo, optando por apresentar suas ideias como uma história crítica da modernidade.

Em sua notável obra “Microfísica do Poder”, publicada em 1979, concluiu que o poder na contemporaneidade não se encontra centralizado, mas dissolvido na sociedade. Ao tratar da aplicabilidade, o filósofo afirmava que o poder está em todo local e se embasa em discursos e em conhecimentos: “Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir” (FOUCAULT, 2013, p. 8)

O que se vislumbra de maneira evidente na obra é que, diferente das teorias clássicas de poder, as quais conferem ao Estado uma espécie de domínio exclusivo do poder, Foucault analisa o poder retirando o Estado do centro da pesquisa, dando ênfase nos “micro-poderes” e, a partir disso, denota que o poder se encontra em todas as estruturas sociais.

Nota-se que o pensador deixa nítida a ideia de que o efeito do poder não se restringe a repressão e, quando o faz, trata-se de uma concepção puramente jurídica.

Quando se define os efeitos do poder pela repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica deste mesmo poder; identifica-se o poder a uma lei que diz não. O fundamental seria a força da proibição. Ora, creio ser esta uma noção negativa, estreita e esquelética do poder que curiosamente todo mundo aceitou. Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. (FOUCAULT, 2013, p. 8)

Além de notável filósofo, Foucault era psicólogo, o que explica a sua profunda sensibilidade para falar das relações humanas e dos sentimentos, evidentemente demonstrada em sua obra *Microfísica do Poder*.

Há anos, os historiadores ficaram muito orgulhosos quando descobriram que podiam fazer não somente a história das batalhas, dos reis e das instituições, mas também a história da economia. Ei-los todos estupefatos por terem os mais maliciosos dentre eles mostrado que também se podia fazer a história dos sentimentos, dos comportamentos, dos corpos. Que a história do Ocidente não seja dissociável da maneira pela qual a "verdade" é produzida e assinala seus efeitos, eles logo compreenderão. (FOUCAULT, 2013, p. 128)

Segundo Foucault, o poder não é homogêneo e não pode ser compreendido como um bem. Para o autor, o poder opera e se executa em rede, não se aplica às pessoas, mas sim passa por elas, pois se estabelece no meio dos saberes. Ainda, para o filósofo o poder não é formado por ideologias, mas por um conjunto de técnicas que foram se refinando como uma ciência de forma a alcançar os objetivos do poder que é a dominação.

O autor tratou de algumas questões relacionadas ao poder soberano, o qual é exercido pelo Estado. Para o filósofo, o poder concentrado nas mãos daquele que detém soberania poder pode levar à morte ou deixar o súdito viver. Nesse aspecto, trata-se de um poder exercido por intermédio de penalidades, o qual pode ensejar sofrimentos e até mesmo a morte.

Outrossim, merece destaque a obra *Vigiar e Punir*, a qual se deu ênfase ao estudo do poder disciplinar, definido nos seguintes termos:

O poder disciplinar é [...] um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior "adestrar": ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. [...] "Adestra" as multidões confusas [...] (FOUCAULT, 2014, p.143)

Percebe-se que, para o filósofo, o poder disciplinar não se traduz em punições e em proibições, a finalidade é o adestramento do indivíduo, tornando-o justo. Ele atua sobre o povo e segrega, observa, classifica, diferencia e individualiza cada membro da sociedade, por intermédio de uma visão hierárquica (vigília hierárquica) e por meio de regras e normas.

Examinou, ainda, outras modalidades de poder, revelando-se um célebre autor no estudo do tema, destacando-se o Biopoder, traduzido na ideia de exercício do poderio, por intermédio de tecnologia, com a finalidade precípua de aprimorar um estado de vida na população, criando pessoas economicamente ativas, com uma visão coletiva.

Aliás, o poder disciplinar nasce como uma tecnologia que trata o corpo do homem como uma máquina, visando transformá-lo em um instrumento frutífero aos interesses econômicos, com um foco no individual. Por outro lado, o biopoder apresenta um senso coletivo.

Pelo exposto, o filósofo deixou evidente o seu posicionamento no sentido de que o poder não pertence ao Estado ou a um homem específico, mas sim, a todo o povo. Nesse aspecto, o Estado é tão relevante quanto às outras instituições da sociedade, como Escolas, Universidades, núcleo familiar, organizações etc. Assim, o poder deve ser compreendido como uma relação que percorre na sociedade, não concentrando-se nas mãos de uma única instituição ou pessoa.

### **2.3 POR NORBERTO BOBBIO**

Norberto Bobbio foi um historiador, filósofo político contemporâneo e professor, nascido em Turim, na Itália, em 18 de outubro de 1909. Escreveu inúmeras obras de natureza filosófica, jurídica, política e ética que apresentam notável reconhecimento.

Nos anos 1940, com a Itália inserida na Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945), Bobbio fez parte do movimento de resistência, afiliando-se a grupos liberais e socialistas que lutavam contra a ditadura do fascismo. O autor por muito tempo defendeu o individualismo diante do Estado, tendo lutado contra qualquer tipo de ditadura, para que a liberdade fosse assegurada e tivesse mais valor que a autoridade governamental.

Sobre o poder, em uma visão restrita, Norberto Bobbio (2000, p. 954-955) o define “como meio utilizado pelos homens para alcançar alguma vantagem para si”. Nessa percepção, o poder está diretamente relacionado a uma relação intersubjetiva e subsiste na hipótese de o indivíduo deter os meios necessários para impor a outrem um determinado comportamento.

A partir de seus ideais de poder, com uma visão política inspirada em Karl Marx, Bobbio identificou três categorias, quais sejam: o poder econômico, o poder ideológico e o poder político.

O primeiro, relacionado ao exercício por aqueles detentores de riquezas, exteriorizando um conceito de poder de modo que aqueles que possuem menos bens sujeitam-se aqueles que apresentam maior riqueza. Assim, havendo uma situação de

desprovemento de recursos, é possível compelir aqueles que se encontram em estado de miserabilidade a manter determinado comportamento ou a realizar algum tipo de trabalho.

O poder econômico se vale da posse de bens necessários, ou considerados como tais, em uma situação de escassez para induzir aqueles que não os possuem a adotar determinado comportamento, como por exemplo a realização de um trabalho útil a coletividade. Em qualquer sociedade onde haja proprietários e não-proprietários, os primeiros controlam com exclusividade um bem de que os segundos necessitam para trabalhar; assim, detêm um poder e podem impor condições. (BOBBIO, 2003, p. 143)

Por outro lado, o poder ideológico representa a aptidão de criar princípios, ideias e ideologias que são capazes de influenciar pessoas. Dessa maneira, enunciava Bobbio que, diverso do poder econômico voltado para bens materiais, o ideológico se exerce "sobre as mentes pela produção e transmissão de idéias, de símbolos, de visões de mundo, de ensinamentos práticos, mediante o uso da palavra" (Bobbio, 1997, p. 11).

Sobre o poder político, o autor deixou evidente o seu pensamento de que é inviável tratar de política afastando os ideais e conceitos de poder. Nessa seara, por intermédio do poder é conferido ao Estado o direito de utilizar a força física em face do povo.

Ademais, faz-se necessário um poder político uno e universal, capaz de compelir a ordem justa e legítima, por intermédio de normas anteriormente pactuadas entre as partes. Deste modo, o poder político é legítimo, desde que vise alcançar os fins de uma comunidade política.

Via de regra, as referidas formas de poder são exercidas pelos mesmos grupos dentro de uma sociedade, sendo que o poder político do Estado tende a ser comandado por aqueles que têm poder econômico e o poder ideológico.

Sendo assim, para Norberto Bobbio (2000, p.221), existem três formas de poder: o poder econômico, o qual apresenta ampla relevância no contexto do fenômeno contemporâneo da globalização, no qual a sociedade está inserida; o poder ideológico exercido por intermédio dos veículos de comunicação; e, finalmente, o poder político que é a forma mais "eficiente" de poder em razão da possibilidade do uso da força física para o seu pleno exercício.

### **3 AS FORMAS DE PODER NO DIREITO DO TRABALHO**

Como já ressaltado, às discussões sobre o poder pairam em diversas áreas do Direito. Na Filosofia, percebe-se que às concepções de poder variam conforme a

conjuntura história, política e social vivida por cada autor, tratando-se de uma discussão que se perpetua no tempo.

Igualmente, no Direito do Trabalho, o debate sobre as dimensões do poder não é inédito, tratando-se de uma temática que se verifica na área laboral desde a sua existência. Isto porque às relações de emprego envolvem o poder empregatício em todas as formas. Além disso, em qualquer relação contínua entre duas ou mais pessoas ou entre grupos sociais mais extensos, o fenômeno do poder emerge como elemento primário e não seria diverso na relação de emprego.

Nesse sentido, o poder empregatício se concentra nas mãos do empregador por intermédio da relação de emprego e, conseqüentemente, em razão da subordinação jurídica inerente ao vínculo. Logo, a referida subordinação consiste na sujeição do empregado aos poderes do empregador.

Sobre a questão, ensina com Coutinho (1999, p. 71): "(...) vislumbra-se na pactuação do contrato, um trabalho subordinado (...) no contrato de trabalho o empregado é investido em uma situação de inferioridade negocial e, assim, em decorrência lógica desta, o poder de direção e aplicação de sanções é atribuído ao empregador."

Nota-se, nesse aspecto, que o poder empregatício é diretamente ligado ao requisito da subordinação presente no vínculo de emprego, vez que em virtude da sujeição, se verifica a presença dos poderes em suas mais variadas modalidades, como será visto a seguir.

A doutrina trabalhista, em sua maioria, define o poder empregatício como conjunto de prerrogativas relacionado à direção, regulamentação, fiscalização, organização e disciplina no contrato de trabalho. Desse modo, o poder empregatício engloba o poder diretivo, o poder regulamentar, o poder fiscalizatório e, por último, o poder disciplinar.

O **poder diretivo**, denominado também de poder organizativo, consiste na junção prerrogativas do empregador dirigidas a estrutura empresarial, contemplando orientações cotidianas no que se refere à prestação de serviços. Logo, o empregador detém o referido poder para controlar a execução de tarefas, para determinar regras de caráter organizacional

Outrossim, o **poder regulamentar** consiste em prerrogativas do empregador para à fixação de regras a serem atendidas no âmbito do estabelecimento empresarial. Nesse sentido, trata-se da exteriorização do poder diretivo. A título de exemplo, o referido poder confere ao empregador o direito de criar regulamentos, circulares e ordens de serviços.

Além do mais, o poder regulamentar como exteriorização do poder diretivo, tem o condão de criar cláusulas contratuais, bem como alterá-las unilateralmente, desde que a

alteração não seja lesiva ao empregado, sob pena de nulidade, com fundamento no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Inclusive, Vólia Bomfim (2017, p. 237) esclarece que “por ser o dono do empreendimento e correr o risco do negócio, o empregador tem o poder diretivo do contrato de trabalho, podendo variar algumas cláusulas contratuais de acordo com a tendência econômica ou interesse da empresa”.

Sobre o **poder fiscalizatório**, pode-se defini-lo como o conjunto de ações relacionadas ao acompanhamento ininterrupto da prestação de serviço e, ainda a própria vigília realizada ao no espaço empresarial. Portanto, ações de controle de portaria, as revistas, o circuito de câmeras, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas consistem na manifestação do poder de controle.

Há que se ressaltar, que o poder fiscalizatório não é ilimitado, sendo vedada, por óbvio, qualquer prática discriminatória ou vexatória que violem os preceitos constitucionais, assegurando-se incessantemente à dignidade da pessoa humana. Ainda, vale salientar a necessidade de se manter a ética no ambiente organizacional, de modo a conservar os preceitos morais na Instituição.

Por último, quanto ao **poder disciplinar**, evidencia-se a possibilidade do empregador impor sanções aos empregados em razão de descumprimento de obrigações, sendo certo que a legislação permite três hipóteses de sanção: a advertência, a suspensão e a dispensa por justa causa tipificada no artigo 482 da CLT. Destaca-se que a advertência figura como uma penalidade mais leve, a suspensão é mediana e, a justa causa apresenta caráter gravoso.

Na seara dos poderes fiscalizatório e disciplinar, vale traçar um paralelo com a filosofia no que se refere a observação de Michel Foucault (2014, p. 209), em seu livro *Vigiar e Punir*: “o exame combina as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza.” Denota-se com esse trecho que o empregador, estando hierarquicamente superior ao empregado, tem a prerrogativa de vigiar e punir o empregado.

Vale ressaltar, obviamente, que a hierarquia está relacionada a subordinação jurídica no Direito do Trabalho, não se tratando de qualquer tipo de submissão que coloque o empregado em posição de dependência econômica ou social e, menos ainda, de inferioridade. Sobre a questão, Godinho Ieciona (2019, p. 350): “a expressão dependência acentua o vínculo pessoal entre as partes componentes da relação de emprego, correspondendo a uma fase teórica em que não se havia ainda firmado a noção essencialmente jurídica do fenômeno da subordinação”.

Salieta-se que, embora não conste no texto da CLT o termo subordinação de forma expressa, mas sim a palavra dependência, a doutrina acabou por consagrar expressão subordinação, vez que conceito de subordinação jurídica acabou se sobrepondo às noções de dependência econômica, técnica e social. Para que reste claro, compreende-se por subordinação jurídica o dever de obediência e sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador decorrentes do contrato ou da função.

Acentua-se que, embora o empregado esteja sujeito ao poder empregatício nos moldes do que foi exposto, há que se evidenciar a existência do direito de resistência do empregado, como ponto crucial da relação contratual, de modo que o mesmo pode e deve contrapor-se ao Poder Diretivo do empregador, que muitas das vezes, excede os limites de controle, de fiscalização, de regulamentação, entre outros.

A face negativa do poder empregatício se verifica quando o empregador exerce poderes como corolário do direito de propriedade, ficando o trabalhador num estado de subordinação e, não raro, de dependência econômica, ferindo, por óbvio, preceitos que envolvem a dignidade da pessoa humana e, nesse contexto, em razão do conflito entre os poderes do empregador e a subordinação do empregado, surgem às ameaças e às lesões aos direitos da personalidade.

A respeito da dependência econômica, pelos próprios fundamentos de Norberto Bobbio, como já exposto neste artigo, por certo, a posição de inferioridade financeira pode fazer com que aquele que se encontra em situação de insuficiência econômica, se submeta a manter determinado comportamento ou a realizar algum tipo de trabalho como moeda de troca. Aliás, denota-se que poder econômico provoca o funcionamento do capitalismo, fazendo-se com que nas relações de emprego ou trabalho, os trabalhadores sujeitem-se ao poder do empregador.

Pelo exposto, verifica-se uma diversa vertente do poder, na ótica do Direito do Trabalho, sendo possível observar, no entanto, que os conceitos e desdobramentos oriundos da Filosofia, por certo, se relacionam e influenciam às concepções atuais de poder na seara dos contratos laborais, sobretudo, quando abordamos o poder fiscalizatório e o disciplinar.

#### **4.A INTENSIFICAÇÃO DO PODER EMPREGATÍCIO PÓS REFORMA TRABALHISTA**

A reforma trabalhista instrumentalizada pela Lei n. 13.467, de 13.7.2017 ensejou significativas alterações na legislação do trabalho. Por certo, a nova lei ampliou a autonomia privada das empresas por intermédio da dos acordos coletivos<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> CTL. Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.

Nesse contexto, denota-se uma acentuação do poder unilateral do empregador no controle e no gerenciamento da empresa e, principalmente, no contrato de trabalho, reforçando a sua natureza jurídica de contrato de adesão.

Sobre a questão, observa-se que abrandou-se a impositividade de direitos e garantias trabalhistas, tendo, inclusive, criado outra modalidade de contratação que não apresenta proteção quanto à duração de trabalho e, sobretudo, quanto à fixação de salário, aqui fala-se no Contrato de Trabalho Intermitente. Além disso, ampliou o exercício do trabalho terceirizado, entre outros artifícios que demonstram a reforço do poder empregatício.

Outra questão que merece destaque, é a possibilidade de o negociado prevalecer sobre o legislado, vez que o art. 611-A da CLT, fruto da nova legislação, possibilitou a transação de direitos de ordem pública, de caráter indisponível, insuscetíveis de negociação, o que, por certo, favorece o empregador, já que o mesmo apresenta o poder de negociação elevadamente superior ao empregado.

Do mesmo modo, a reforma trabalhista, por meio da Lei 13.467/2017, exteriorizou manifestamente o princípio da intervenção mínima do Judiciário nos acordos e negociações coletivas de trabalho nos artigos 8º, § 3º e 611-A, § 1º, da CLT, o que vem acarretando muitas discussões no ramo juslaboral, sobretudo no que concerne ao direito constitucional de amplo acesso à Justiça. Por certo, o referido princípio propõe que no exame da convenção ou acordo coletivo do trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico nos termos do disposto no art. 104 do Código Civil de 20.

Salienta-se que a intervenção do Judiciário se faz imprescindível na proteção dos direitos e garantias e, qualquer limitação de apreciação pelo Judiciário viola o Princípio constitucional do Amplo Acesso à Justiça, com fundamento no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Observa-se, inclusive, que a apreciação pelo Juiz do Trabalho compele o empregador a cumprir às normas trabalhistas, muitas das vezes desconsideradas no decorrer do pacto laboral. Assim, excluir a apreciação do Judiciário, por certo, acentua o poder do empregador no contrato de trabalho.

Por último, mas não menos relevante, à possibilidade de controle do empregado via meio eletrônico, igualmente, acentua o poder empregatício, principalmente o poder fiscalizatório.

Sendo assim, a Reforma Trabalhista advinda da Lei 13.467 de 2017, de fato, ampliou o exercício do poder empregatício nos contratos laborais, o que, por certo, enseja uma preocupação quanto às arbitrariedades que poderão ser praticadas no âmbito empresarial.

## 5. CONCLUSÃO

O presente artigo revelou à significativa contribuição teórica outorgada pelos filósofos Nicolau Maquiavel, Michel Foucault e Norberto Bobbio na temática do Poder.

Assim, para Nicolau Maquiavel todo poder emana do povo, transmitindo uma imagem de republicano, pelo fato de que para o filósofo o poder o soberano precisa estar em conformidade com os anseios populares.

Por outro lado, Foucault deixa claro que o poder deve ser compreendido como uma relação que percorre na sociedade, não concentrando-se nas mãos de uma única instituição ou pessoa.

Para Bobbio, o poder, essencialmente, representa o meio utilizado pelos homens para alcançar alguma vantagem para si, por meio de uma visão subjetiva.

Ainda, verifica-se que os autores, conceituam modalidades de poder que contribuem para o estudo em outras áreas além da filosofia, tendo sido possível, relacionar conceitos com o Direito do Trabalho atual, o que demonstra a riqueza da pesquisa multidisciplinar e, ainda, o fenômeno atemporal no qual a filosofia encontra-se inserida.

Outrossim, por meio do estudo das dimensões do poder empregatício e, pela análise dos desdobramentos da Reforma Trabalhista, foi possível observar que de fato o poder empregatício intensificou-se em razão da nova legislação.

Ademais, evidenciou-se a necessidade de limitação do poder empregatício, a imprescindibilidade da democratização de seu exercício, para a garantia e efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas.

Finalmente, a flexibilização de direitos advinda da nova legislação, com a consequente mitigação e exclusão de normas conquistadas pelos trabalhadores ao longo do tempo, possibilitam uma concentração maior de poder nas mãos daquele empregador, gerando uma disparidade entre as partes contratantes. Pelo exposto, restou demonstrado que a Reforma vai de encontro ao processo de democratização do exercício do poder empregatício.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**. De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília/São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

\_\_\_\_\_. **O Filósofo a Política**. Tradução César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2017.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Renato Machado. 26 ed. São Paulo: Graal, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. 42ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. Trad. Raquel Ramalhete.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3ª ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, vol. 1.

## AS VÁRIAS FACES DA CRISE MIGRATÓRIA VENEZUELANA NO BRASIL E O CONFRONTO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

**BEATRIZ RAMOS DE SOUZA:**

Bacharelada do Curso de Direito da Universidade de Gurupi- UnirG.

MAYDÊ BORGES BEANI CARDOSO<sup>19</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Após uma crise política, econômica e social na Venezuela, diversas pessoas migraram para o Brasil em busca de uma melhor condição de vida, entretanto, a chegada exorbitante de imigrantes em nosso país desencadeou uma série de problemas. A partir da situação questiona-se quais as causas e efeitos desencadeados pela crise migratória venezuelana para os brasileiros. Diante disto, o objetivo é analisar o fluxo migratório dos venezuelanos para o Brasil e os efeitos ocasionados em sua decorrência. O artigo justifica-se com base na análise a imigração venezuelana, seus problemas gerados e o confronto com as leis do Brasil, além de promover reflexão e visão crítica sobre o assunto. A pesquisa será de revisão bibliográfica através de dados já publicados em livros, artigos científicos, material digital, revistas, dentre outros. O resultado obtido é a análise dos efeitos da imigração no Brasil.

**Palavras-chave:** Fluxo migratório. Venezuela. Lei de Migração.

**ABSTRACT:** After a political, economic and social crisis in Venezuela, several people migrated to Brazil in search of a better living condition, however, the exorbitant arrival of immigrants in our country triggered a series of problems. From the situation, it is questioned what are the causes and effects triggered by the Venezuelan migratory crisis for Brazilians. In view of this, the objective is to analyze the migratory flow of Venezuelans to Brazil and the effects caused as a result. The article is justified based on the analysis of Venezuelan immigration, its generated problems and the confrontation with the laws of Brazil, in addition to promoting reflection and critical vision on the subject. The research will be a literature review through data already published in books, scientific articles, digital material, magazines, among others. The result obtained is the analysis of the effects of immigration in Brazil.

**Keywords:** Migratory flow. Venezuela. Migration Law.

---

<sup>19</sup> Professora do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg. E-mail: mayde@unirg.edu.br

**Sumário:** Introdução. Material e Métodos. 1. Brasil e a crise migratória venezuelana. 2. Impactos da crise migratória. 2.1. Xenofobia. 2.2. A busca da dignidade e o trabalho forçado. 2.3. Saúde em meio ao caos. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A crise migratória venezuelana para o Brasil se deu em decorrência do cenário crítico vivenciada na Venezuela que perdura desde 2013. Com a instabilidade política, econômica, social e institucional, provocando falta dos recursos necessários para uma vida digna e conseqüentemente miséria, fome, violência, desemprego e doenças, milhares de venezuelanos migraram para outros países, dentre eles, o Brasil, com o propósito de encontrarem melhores condições de vida.

Segundo Souza (2018), um dos reflexos negativos dessa crise vivenciada na Venezuela e que como consequência interfere nos seus países vizinhos, principalmente Colômbia e Brasil é o aumento expressivo dos venezuelanos que fogem da fome e da violência. Milhares de pessoas, a maioria sem recursos transpõe as fronteiras em procura de proteção, saúde e alimento. No Estado de Roraima o número de imigrantes foi tão grande que ultrapassou a capacidade de atender com dignidade os refugiados. Com os reflexos negativos na saúde, educação e segurança pública, o Governo Federal brasileiro adotou medidas para solucionar a situação, sendo dessa forma, um fato inédito na história do Brasil.

O Brasil é um dos países mais escolhido pelos imigrantes venezuelanos, pois é considerado um ponto estratégico, a maioria dos refugiados entram no país através da sua fronteira terrestre no estado de Roraima, pela cidade de Pacaraima.

Dessa forma, o presente trabalho busca analisar os impactos ocasionados no Brasil em decorrência da crise migratória venezuelana, pois o fluxo migratório em quantidade elevada, principalmente nas cidades de Pacaraima e Boa Vista, no Estado de Roraima gerou um inchaço na estrutura dificultando tanto o atendimento dos brasileiros quanto a dos estrangeiros em diversas esferas, havendo uma piora na saúde pública, educação, aumentando violência, desemprego, prostituição, dentre outros efeitos.

Nesse sentido, o trabalho procura compreender as causas, bem como, os principais efeitos provocados pelo fluxo migratório venezuelano no Brasil, que sobrecarregaram a ordem econômica, política e social.

## MATERIAIS E MÉTODOS

Esta pesquisa se classifica como revisão bibliográfica, pois é elaborada a partir de material já publicado. A coleta de informações para a realização do artigo foi feita através

de textos, artigos científicos, livros, revistas, jornais, material digital e outras matérias de caráter científico.

Além disso, a pesquisa é descritiva, pois, tem a função de analisar, verificar, observar e descrever fatos ou fenômenos baseados nas situações ocorridas na vida social, política e econômica, no qual, o campo de execução são as Ciências Sociais e Humanas.

## **1 Brasil e a crise migratória venezuelana**

A Lei nº 13.445/2017 institui a Lei de Migração, no qual se trata dos direitos e deveres do migrante e visitante, além disso, regulamenta a entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o imigrante. (OLIVEIRA, 2021)

No Decreto nº 9.199/2017, que regulamenta a Lei de Imigração, em seu artigo 1º, Inciso I e II, possui a definição de migrante e imigrante.

“Art 1º Este Decreto regulamenta a Lei de Migração, instituída pela Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.

I – migrante – pessoas que se desloque de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, em que estão incluídos o imigrante, o emigrante e o apátrida.

II – imigrante – pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalhe ou resida e se estabeleça temporária ou definitivamente na República Federativa do Brasil.”

Desde 2013, uma crise político-econômica surgiu na Venezuela se proliferando rapidamente pelo país, gerando instabilidade econômica e insatisfação na população. Esta crise colocou os venezuelanos em uma situação de pobreza, fome e desnutrição, provocando um sentimento de sobrevivência, tendo como solução, a saída do país em busca de melhoria de vida. (SOUZA, 2020).

Um dos reflexos mais negativos da crise em pauta e que interferem nos países fronteiriços, principalmente Colômbia e Brasil é o aumento significativo de venezuelanos que fogem da fome e da violência. Milhares de pessoas, grande parte sem recursos, atravessam as fronteiras em busca de proteção, saúde e alimento. No Estado de Roraima, a situação chegou a tal ponto que extrapolou sua capacidade de atender com dignidade, os refugiados. Os reflexos negativos nas áreas de saúde, educação e segurança pública motivaram o Governo

Federal brasileiro a adotar medidas para resolver a situação, fato inédito na história do Brasil (SOUZA, 2018, p15)

Diante disto, se iniciou o fluxo migratório (movimento de entrada e saída de pessoas do seu local de moradia por algum período de tempo) dos venezuelanos para o Brasil, sobrecarregando os sistemas e estruturas Federais, Estaduais e Municipais. Em decorrência deste fluxo migratório em quantidade elevada, algumas cidades, como Pacaraima e Boa Vista tiveram suas estruturas sobrecarregada, ocasionando dificuldade aos atendimentos dos brasileiros e dos estrangeiros, piorando a saúde pública, educação, aumentando violência e prostituição nestas cidades. (SOUZA, 2020).

## **2 Impactos da crise migratória**

### **2.1. Xenofobia**

Na sociedade atual, os casos de xenofobia, discriminação, preconceito e racismo tem se multiplicado. A xenofobia pode ser compreendida como aversão ao imigrante, junto com atitudes preconceituosas, discriminatórias e intolerantes em relação a pessoas que não pertencem ao país. (SCARANO, 2018)

Os venezuelanos se transformaram em protagonistas de uma migração gerada pelo enorme sofrimento da população, muitos deles vieram para o Brasil, tal intenso fluxo migratório, junto com um período de incerteza econômica no Brasil, fez surgir entre a população, sentimentos xenófobos. (FRUTUOSO, 2018.)

De acordo com Martine (2005), os imigrantes são vistos pela população local como competidores de empregos, inflacionadores dos custos dos serviços sociais, como, sistema de saúde, escolas e da infraestrutura, além de serem vistos como ameaça permanente a estabilidade social e política da região inseridos.

Em relação a legislação brasileira, a Constituição Federal, Código Penal e a Lei nº 7.716/89 alterada pela Lei nº 9.459/97, faz abordagem ao tema.

Na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 4º, VIII e 5º, XLII, prevê respectivamente, repúdio ao racismo e a caracteriza a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível.

Já o Código Penal, no artigo 140 §3º, estabelece que é crime injuriar alguém ofendendo a sua dignidade ou decoro, e ainda estabelece como qualificadora se a injúria consistir na utilização de elementos sobre a raça, cor, religião, etnia, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Não menos importante, a Lei nº 7.716/1989 alterada pela Lei nº 9.459/ 1997, define os crimes resultantes do preconceito a raça ou cor, incluído a discriminação ou preconceito contra religião, etnias ou procedência nacional, ou seja, integra o conceito de xenofobia.

Diante do exposto, é possível concluir que no Brasil a prática de xenofobia é reconhecido como crime.

## **2.2. A busca da dignidade e o trabalho forçado**

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o trabalho forçado é caracterizado pela situação no qual são impostas as pessoas a trabalhar através de violência ou intimidação, ou por outros meios como retenção de documentos, servidão por dívidas, ameaça de denunciar para imigração.

O conceito de trabalho análogo ao escravo no Brasil foi definido pela primeira vez no art. 149 do Código Penal, tendo sua redação alterada posteriormente.

No Brasil, a chegada dos venezuelanos confirmou as dificuldades da efetivação da política de acolhimento e a fragilidade das instituições no cumprimento do que está previsto na Constituição e nos diplomas internacionais. (JUSTINIANO E BRAGA, 2020)

Essa matéria tem se intensificado, pois possui uma relevância jurídica e social significativa, uma vez que, a Polícia Federal (PF) até setembro de 2018 identificou a entrada de 88.965 Venezuelanos no Brasil, e esse número apresentado cresce mais a cada dia (RODRIGUES; TORELLY; OTERO, 2018), pois de acordo com a ACNUR (2020), as autoridades brasileiras acreditavam ter em média 260 mil venezuelanos vivendo no país.

Desde 1995, o Brasil libertou em média 52 mil pessoas encontradas em situação de trabalho escravo, em 2013, os dados já comprovam que as pessoas encontradas nessa situação estão no meio urbano e na maioria imigrantes (DELGADO e MIRAGLIA, 2018).

A ausência de políticas públicas relacionadas ao acolhimento humanitário com foco aos venezuelanos, e, principalmente, o ingresso de maneira ilegal dos imigrantes e refugiados, vem os colocando em situação de extrema vulnerabilidade, assim, gera um aumento no número de casos de exploração de mão de obra venezuelana no Brasil. (VARGAS E CARVALHO, 2019)

Os migrantes venezuelanos veem no Brasil como uma oportunidade de obter um emprego para que possa se alimentar e possuir uma vida digna, sendo muitas vezes submetidos a condições desumanas e degradantes de trabalho, dessa forma, essa migração forçada manifesta o surgimento de uma nova situação de trabalho no Brasil decorrente da vulnerabilidade a qual estão expostos. (VARGAS E CARVALHO, 2019)

Dessa forma,

[...] é extremamente importante considerar o contexto de luta e compromissos internacionais assumidos em prol da ampliação e efetivação dos Direitos Humanos dos migrantes. É preciso reconhecer o novo, difícil e conflitivo papel dos Estados Nacionais e das políticas sociais em relação aos processos internacionais e internos de distribuição da população no espaço – cada vez mais desigual e excludente. Há que se tomar em conta as tensões entre os níveis de ação internacional, nacional e local. É de fundamental importância considerar que os movimentos migratórios internacionais constituem a contrapartida da reestruturação territorial planetária – que, por sua vez, está intrinsecamente relacionada à reestruturação econômico-produtiva em escala global (PATARRA, 2005, p. 24).

Em outubro de 2020, três migrantes venezuelanos foram resgatados por Auditores Fiscais do Trabalho em operação conjunta com a Polícia Federal (PF), em condição análoga de escravo no Estado do Rio Grande do Sul. Os trabalhadores migrantes foram encontrados em condições degradantes de trabalho, trabalhando informalmente e sem remuneração, além disso, havia agressões físicas e intimidações. (GOV, 2020)

Dessa forma, é necessário proteger os trabalhadores em escala global. Assim, surge uma dupla reflexão: recuperar os sentidos originais do Direito do Trabalho e expor essas bases ao mundo para que as repercussões da exploração humana alcance escala transnacional. (NICOLI, 2016)

O Código Penal Brasileiro reprovava essa conduta em seu artigo 149, considerando como ato ilícito e punível quem reduz alguém a condição análoga a de escravo. Além disso, a Constituição Federal também traz a proteção ao direito a trabalho no rol dos direitos sociais, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Ainda a lei nº 9.474/97 trata sobre o direito ao trabalho dos refugiados no Brasil, estabelecendo um rol de direitos fundamentais aos refugiados.

Portanto, a entrada dos venezuelanos no Brasil é protegida pela Constituição federal, leis infraconstitucionais, declarações internacionais e pela Convenção nº 105 da OIT que prevê a erradicação do trabalho forçado, sendo necessário fazer uma reflexão se as medidas utilizadas atualmente estão alcançando seus fins desejados.

### **2.3 Saúde em meio ao caos**

De acordo com Organização Mundial de Saúde (OMS), saúde pode ser definida quando o indivíduo saudável precisa de bem-estar físico, mental e social, e em decorrência

disto, os fatores que podem desencadear um desequilíbrio na saúde dos migrantes são diversos, pois, podem estarem acometidos por doenças endêmicas ou mentais decorrentes dos conflitos pessoais vividos no processo migratório e período de adaptação na chegada ao novo país. (GRANADA et.al., 2017).

A maioria dos imigrantes ingressam no Brasil em busca de trabalhos temporários, outros, com urgência, por cuidados médicos devido ao colapso no sistema de saúde da Venezuelana.

O grande fluxo imigração vem causando grande discussões sobre o ingresso dessa comunidade em território nacional. A maioria deles buscam trabalhos temporários e outros urgência por cuidado médico, sobrecarregando o sistema público de saúde de Roraima. Mesmo que a migração não seja uma ameaça a saúde, ela aumenta a vulnerabilidade dos sujeitos, porém, mesmo com o sistema sobrecarregado não pode haver restrições aos imigrantes pois seria uma grave violação aos direitos humanos. (BARBOSA, SALES E TORRES, 2020)

Em decorrência dos impactos orçamentários gerados pela imigração venezuelana em Roraima, principalmente no setor da saúde, o Governo Estadual decretou emergência em saúde pública nos municípios de Pacaraima e Boa vista. (Roraima, 2019)

Nessas situações, o sistema de saúde tem o desafio de efetivar a universalização do acesso a saúde de qualidade ao imigrante, além de impactar o mínimo necessário nas condições de acesso e eficiência dos serviços recebidos pelos brasileiros, fazendo com que os profissionais da saúde tenham suas rotinas alteradas devido ao intenso fluxo migratório. (ARRUDA-BARBOSA; SALES, SOUZA; 2020)

Devido ao preconceito em relação ao imigrante, a inclusão dos mesmos nos serviços de atenção primária é um processo complexo, devido, principalmente, a dinâmica acelerada nos processos migratórios, dificuldade de estabelecer residência fixa, viverem em abrigos, espaços públicos ou pelas ruas. (Martin; Goldberg; Silveira, 2018)

Além disso, podemos dizer que o idioma é uma barreira cultural importantíssima nesse processo, pois, a falta de proficiência na língua aumenta o sentimento de desconfiança fragilizando ainda mais o processo de saúde-doença, os tornando ainda mais vulneráveis e agravando os sentimentos de impotência. (ARRUDA-BARBOSA; SALES, SOUZA; 2020)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º estabelece dentre os direitos sociais, a saúde, além disso, a Lei de Migração (Lei nº 13.445/17) vem garantindo aos migrantes no território nacional direito ao acesso a serviços públicos de saúde, em seu artigo 4º, VII. Portanto, mesmo com o direito garantido, em decorrência da superlotação

dos hospitais, preconceito e até mesmo xenofobia, muitas vezes esses direitos não são cumpridos.

## **CONCLUSÃO**

Diante o exposto, é possível concluir que a situação vivenciada na venezuelana desencadeou uma crise humanitária, fazendo com que diversas pessoas que lá habitavam saíssem em busca de melhores condições de vida e meios para sua subsistência, dessa forma, migraram para outros países, dentre eles, o Brasil.

Com a chegada desenfreada e repentina de milhares de pessoas, o Brasil, principalmente o Estado de Roraima devido a sua fronteira terrestre, passou por momentos desesperadores. Devido a superlotação nas cidades de Pacaraima e Boa Vista, RR, diversos problemas surgiram devido a falta de estrutura e políticas públicas.

A população brasileira, ao notar o grande índice de imigrante em suas terras começaram a temer e assimilar todas as mazelas aos venezuelanos, muitas delas já até existente. Diante disto, atitudes xenofóbicas começaram a surgir devido ao aumento ao índice de desemprego, superlotação hospitalares, lotação nas escolas, aumento da violência, criminalidade, prostituição e etc. Entretanto, mesmo que seja “compreensivo” esse sentimento desesperador e a vontade de encontrar um culpado da população brasileira, a xenofobia é crime e pode aumentar ainda mais a onda de violência, portanto, deve-se prezar pelo respeito e a compreensão de que os imigrantes não são os únicos responsáveis por todos os problemas estruturais do Brasil.

Devido a chegada de milhares de imigrantes, muitos brasileiros viram nessa situação de vulnerabilidade uma oportunidade de contratar uma mão de obra mais barata, e muitas vezes até mesmo em condição de trabalho análogo ao escravo. Portanto, é importante ressaltar que essa conduta é reprovada pelo Código Penal Brasileiro, sendo crime, e o fato de utilizarem o desespero dos venezuelanos em proveito próprio é considerado conduta reprovável pela maioria da sociedade também.

A crise na venezuelana é em várias esferas, sendo elas: política, social e econômico. A saúde encontra-se praticamente em todas elas, é necessária uma política pública bem desenvolvida para que haja uma saúde bem fornecida, é necessário o poder econômico e também social. Dessa forma, muitos migrantes ao chegarem no território brasileiro estavam em busca de saúde, e isso ocasionou uma crise na saúde pública de Roraima também. Portanto, mesmo que seja um direito garantido por lei no Brasil, é necessário políticas públicas para que haja melhor fornecimento de tal serviço.

Por fim, conclui-se que atualmente, já é possível notar uma melhor distribuição dos Venezuelanos pelo território brasileiro, mas a sua maior concentração encontra-se ainda

em Roraima. Para que esses efeitos gerados pelo fluxo migratório no Brasil sejam minimizados, é necessária uma análise nos métodos utilizados e a criação e planejamento de melhores políticas públicas, para que haja espaço para todos os brasileiros e imigrantes em todos os âmbitos, saúde, educação, emprego e etc.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA-BARBOSA, Loeste de; SALES, Alberone Ferreira Gondim; SOUZA, Iara Leão Luna de. **Reflexos da imigração venezuelana na assistência em saúde no maior hospital de Roraima: análise qualitativa**. Saúde e Sociedade, v. 29, 2020.

BARBOSA, Loeste de Arruda; SALES, Alberone Ferreira Gondim; TORRES, Milena Ellen Mineiro. **Impacto da migração venezuelana na rotina de um hospital de referência em Roraima**, Brasil. 2020

**Brasil reconhece mais de 7,7 mil venezuelanos como refugiados**. ACNUR, 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/08/28/brasil-reconhece-mais-77-mil-venezuelanos-como-refugiados/> . Acesso em: 20 de fevereiro de 2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 29 de setembro de 2021

BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. **Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm). Acesso em: 8 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Lei de Migração**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm). Acesso em: 29 de setembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) . Acesso em: 10 de janeiro de 2022.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Crimes Resultantes de Preconceito de Raça ou de Cor**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)> . Acesso em: 19 de dezembro de 2021

BRASIL. Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997. **Altera a lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9459.htm) . Acesso em: 19 de dezembro de 2021.

DELGADO, Gabriela Neves; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. 130 anos da Lei Áurea no Brasil: A Regulamentação de uma Representação Simbólica. In: MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo – “desafios e perspectivas”**. São Paulo: Ltr, 2018.

**Fiscalização resgata três venezuelanos de situação análoga a de escravo** no R. Governo Federal, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/trabalho/novembro/fiscalizacao-resgata-tres-venezuelanos-de-situacao-analoga-a-de-escravo-no-rs>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

FRUTUOSO, Suzane Caroline Gil. **Fluxos migratórios no Brasil: cenários e reflexos comportamentais despertando a xenofobia**. Revista FECAF, 2018. Disponível em: <<https://fecaf.com.br/emkt/faculdade/Revista/01.pdf#page=161>. Acesso em: 12 de novembro de 2021.

GRANADA, Daniel. et. al. **Discutir saúde e imigração no contexto atual de intensa mobilidade humana**. Interface, Botucatu, vol.21, n.61, Apr./Jun. 2017

JUSTINIANO, Jeibson dos Santos; BRAGA, Taís Batista Fernandes. **O direito ao trabalho dos migrantes venezuelanos e a busca da dignidade perdida: a importância das éticas da hospitalidade e do cuidado**. Revista Nova Hileia. Vol 8. 2020.

MARTIN, D.; GOLDBERG, A.; SILVEIRA, C. **Imigração, refúgio e saúde: perspectivas de análise sociocultural**. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 26-36, 2018.

MARTINE, G. **A globalização inacabada migrações internacionais e pobreza no século 21**. São Paulo em Perspectiva, v. 19, n. 3, p. 3 – 22, 2005.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Fundamentos de Direito Internacional Social**. São Paulo: LTr, 2016.

**O que é trabalho forçado?** . Organização Internacional do Trabalho (OIT). Disponível em [https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/WCMS\\_393058/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/WCMS_393058/lang--pt/index.htm) . Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

OLIVEIRA, Willam Albuquerque de. **Operação Acolhida: um recorte sobre a maior crise migratória brasileira**, Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

Patarra, Neide Lopes. **Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volumes, fluxos, significados e políticas**. São Paulo em perspectiva. V.19, n.3, p. 23-33, jul./set. 2005. Disponível em: Acesso em 26 abr. 2020.

OTERO, Guilherme; TORELLY, Marcelo; RODRIGUES, Yssyssay. **A atuação da organização internacional para as migrações no apoio à gestão do fluxo migratório venezuelano no Brasil**. ZUBEN, Catarina von, p. 38-44, 2018.

RORAIMA. Decreto nº 26.577-E, de 24 de fevereiro de 2019. **Decreta estado de calamidade na Saúde Pública do Estado de Roraima, em face da crise humanitária e violência na Venezuela impactando o serviço de saúde nos hospitais do Estado localizados nos municípios de Pacaraima e Boa Vista**. Diário Oficial do Estado de Roraima, Boa Vista, ed. 3425, p. 2, 25 fev. 2019.

SCARANO, Renan Costa Valle. **Direitos humanos e diversidade**. Porto Alegre. SAGAH, 2018.

Souza, Bernardo José Frohwein Cordeiro e. **Ajuda humanitária: a crise migratória da Venezuela e os impactos para o Brasil dentre os assuntos de segurança pública**, Rio de Janeiro: ESG, 2020. 87 f.

SOUZA, Robert Maciel de. **Impactos da Crise venezuelana na geopolítica regional – O papel do Exército Brasileiro**. 2018. 75p. Trabalho de Conclusão de Curso ( Especialista em Políticas, Estratégia e Alta Administração do exército ) – Escola de Comando e Estado Maior do Exército , Rio de Janeiro 2018.

VARGAS, Eliziane Fardin; CARVALHO, Eduarda de Souza. **O TRABALHO ESCRAVO DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS EM TERRITÓRIO BRASILEIRO**. Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2019.

## O ALARGAMENTO DA NOÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE PROJETADA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE NO CONTEXTO DE PANDEMIA DA COVID-19

**JONAS VEPRINSKY MEHL:**

Advogado. Pós-graduado pela Escola Superior de Advocacia Pública e Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar o tema relativo aos impactos da pandemia de Covid-19 nos contratos de concessão de serviços públicos de transportes. A partir de uma abordagem interdisciplinar, que combina lições da doutrina civilista com ensinamentos do Direito Administrativo, busca-se aferir o melhor enquadramento para a pandemia. Uma vez feita a reflexão quanto a sua natureza, caberá projetar esse pressuposto aos aspectos atinentes ao equilíbrio econômico financeiro do contrato, mormente quanto à forma de repartição dos prejuízos.

**Palavras-chave:** Concessão serviço público. Transporte. Pandemia. Equilíbrio contratual.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A natureza jurídica da pandemia de Covid-19 e as consequências para o equilíbrio contratual. 3. Considerações finais. 4. Referências.

### 1. Introdução

A pandemia do coronavírus trouxe e ainda está trazendo inúmeros impactos para diversas espécies de contratos. Tais consequências se projetam tanto para avenças mais simples, como um contrato privado de compra e venda a prazo, como para contratos mais complexos, como um contrato administrativo de concessão de serviço público. Em que pesem as particularidades de cada espécie contratual, fato é que a inusitada realidade provocada pelo novo vírus convoca os juristas a propor soluções que levam desde a adequação até a extinção dos negócios previamente celebrados.

Tais propostas ainda estão sendo debatidas, mas uma coisa é certa: independente da natureza do contrato, se privado ou público, se faz necessário revisitar as clássicas categorias do direito civil que guardam relação com o equilíbrio contratual, como a cláusula *rebus sic standibus*, caso fortuito, força maior e, para os contratos administrativos, fato do príncipe e fato da administração.

A partir desse ponto, será possível refletir quanto ao enquadramento da pandemia da Covid-19 em uma dessas espécies. Embora nem sempre as classificações teóricas deem

conta da dinamicidade dos fatos, são extremamente úteis para a construção de um raciocínio jurídico lógico e fundamentado.

A constatação quanto à natureza jurídica da pandemia reflete diretamente nas consequências dos pleitos de reequilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão de transportes públicos causados pela vertiginosa queda da demanda, daí a sua importância. Desse modo, o presente artigo pretende apresentar estândares que poderão auxiliar na tomada de decisões, tanto do gestor público, quanto do julgador em eventual demanda levada ao conhecimento do Poder Judiciário.

## **2.A natureza jurídica da pandemia de Covid-19 e as consequências para o equilíbrio contratual**

Em definitivo, não se tem a pretensão de fixar de forma peremptória a natureza jurídica da pandemia de Covid-19. Trata-se de evento de imensas dimensões que pode ser examinado de múltiplas perspectivas, as quais poderão levar a conclusões diversas. Sem descurar do desafio de subsumir uma circunstância de tamanha repercussão a uma única categoria jurídica, nos parece relevante despender tal esforço.

Isso se faz com o intuito de fixar premissas sólidas que auxiliarão no desenvolvimento de um raciocínio jurídico voltado à solução de outros problemas igualmente complexos, nomeadamente, a distribuição dos ônus oriundos dos pleitos de reequilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão. Desta feita, necessária se faz uma breve análise de cada uma das principais categorias.

Caso fortuito e força maior podem ser compreendidos como efeitos alheios ao comportamento e vontade das partes, ocorrendo sem a sua interferência e que impeça o cumprimento de obrigação anteriormente pactuada. Em que pese a existência de divergências acerca do tema, são institutos tratados como sinônimos por grande parte da doutrina.

Em relação às diferenças, pode-se apontar que o caso fortuito é o evento que não se pode prever e que não se pode evitar. Já os casos de força maior seriam os fatos humanos ou naturais, que podem até ser previstos, mas não podem ser impedidos. A título de exemplo cita-se os fenômenos da natureza, tais como tempestades, furacões e raios, bem como fatos humanos como guerras e revoluções.

O fato do príncipe pode ser caracterizado como um ato de origem estatal, oriundo de uma decisão ou comando de autoridade pública, que repercute em uma relação jurídica já existente. Tal ato causa um dano ou interfere no curso normal de seus efeitos, gerando prejuízos a uma parte que não agira de forma ilícita.

O fato da administração é uma causa que impossibilita o cumprimento do contrato administrativo pelo contratado. Pode ser conceituado como a ação ou omissão do Poder Público, especificamente relacionada ao contrato, que impede ou retarda sua execução. Destarte, a sua incidência pode ensejar a rescisão judicial ou amigável do contrato, ou ainda, a paralisação da execução contratual, até que a situação seja normalizada.

A doutrina aponta como hipóteses de Fato da Administração, as previstas no art. 78, incisos XIV, XV, e XVI, da lei 8666/93, como a suspensão da execução do contrato, por ordem da Administração, por mais de 120 dias; o atraso no pagamento, pelo Poder Público, por mais de 90 dias e a não liberação, pela Administração, de área, local ou objeto para execução de obra ou serviço<sup>20</sup>.

O debate relativo ao enquadramento da pandemia dentro de uma das categorias supra descritas remonta necessariamente à análise do disposto no artigo 393 do Código Civil (CC). Nesse sentido, pretende-se examinar a aplicação do parágrafo único do referido dispositivo aos debates acerca do reequilíbrio econômico financeiro de contratos de concessão de prestação do serviço público de transporte. A matéria será abordada a partir de uma perspectiva abstrata, sem adentrar em disposições contratuais específicas<sup>21</sup>.

Para analisar a aplicação desses institutos clássicos aos contratos de concessão de serviço público de transporte é importante referir a algumas das características destes. Como o próprio nome expressa tais espécies de contrato visam prestar um serviço público para a sociedade, são remunerados por tarifa, preveem cláusulas exorbitantes em favor do poder público, têm longa duração e dividem os riscos entre concessionário e poder concedente. Essa divisão pode ser feita mediante listagem em que dividem os ônus de cada uma das partes ou mais modernamente com o apoio em uma matriz de riscos.

---

20 Lei nº 8.666/93. Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...)XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

21 Que nem por isso deixam de ser relevantes para a solução do caso concreto como será mencionado a seguir.

Sublinhe-se que tais contratos, além de normalmente envolverem complexas e especializadas técnicas para a implementação do serviço, perduram por longos prazos, de modo que possuem como característica intrínseca a mutabilidade<sup>22</sup>. Nessa linha de entendimento, são classificados como contratos de administrativos de investimento, que são pautados por uma lógica completamente distinta dos contratos administrativos de desembolso<sup>23</sup>.

Tais aspectos fizeram com que a doutrina do Direito Administrativo projetasse a teoria da imprevisão, que tem origem remota na teoria geral do direito, aos contratos administrativos referindo à categoria do (des)equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Tamanho a sua incidência nessa seara, que os contratos comumente preveem revisões ordinárias e extraordinárias de suas bases. Trata-se de um reconhecimento de que, em razão do longo período de vigência, as bases inicialmente pactuadas serão necessariamente alteradas. Ademais, espera-se resiliência das partes a fim de garantir a continuidade do serviço público.

Ocorre que, mesmo com a consolidação de institutos jurídicos e com o grande avanço de matrizes de risco que buscam alocar os ônus de cada parte de forma antecipada, nenhum contratante poderia imaginar que no mês de março de 2020 seria declarado o estado de pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS)<sup>24</sup> e decretado o estado de calamidade pública por diversas autoridades governamentais<sup>25</sup>, sendo a redução do contato social a medida mais eficaz para evitar a proliferação da doença.

Não é necessário muito mais para constatar que a demanda por transportes públicos caiu vertiginosamente. Com isso diversas concessionárias têm apresentado requerimentos de revisão extraordinária, buscando o reequilíbrio econômico financeiro

---

22 "Reconhece-se hodiernamente que os contratos concessionais são incompletos e, conseqüentemente, devem ser dúcteis e flexíveis, para se adaptarem às inexoráveis modificações que passam a ser inerentes à sua própria essência." GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parceria e regulação*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 162.

23 MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica do seu Equilíbrio Econômico-Financeiro*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 89-98.

24 A declaração ocorreu em 11 de março de 2020, conforme amplamente noticiado pelos meios de comunicação, a exemplo da reportagem disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em 24.08.2020.

25 No Estado do Rio de Janeiro o estado de calamidade pública foi declarado pelo Decreto nº 46.984, de 20 de março de 2020.

dos contratos perante agências reguladoras e Judiciário<sup>26</sup>. As possíveis alegações das concessionárias em busca da revisão são múltiplas, mas vale sublinhar duas delas em específico a fim de se alcançar o ponto central do presente artigo.

A primeira é de que a pandemia é um caso fortuito<sup>27</sup> e de que esse risco está alocado como de responsabilidade do Poder Concedente. Isso porque, como este vale-se de prerrogativas de direito público, a contrapartida seria suportar os ônus decorrentes desse tipo de acontecimento inesperado. Assim, sustenta-se que o Estado é quem deve arcar com os prejuízos, já que todo o planejamento de investimentos da concessionária ocorrera tendo como referência uma expectativa de receita que não será alcançada.

Com as devidas vênias, essa não parece ser a melhor posição. O caso fortuito é inesperado tanto para o Poder Concedente quanto para a concessionária e poder trazer consequências desastrosas para ambas as partes. Portanto, se não houver cláusula contratual expressa alocando esse risco em um dos polos da relação, não há base legal a justificar que o reequilíbrio seja feito exclusivamente em favor do concessionário<sup>28</sup>.

A segunda alegação é de que o caso seria de fato da administração, porque foi o Poder Concedente quem editou decretos impedindo a circulação de pessoas e com isso

---

<sup>26</sup> A título exemplificativo a seguinte notícia extraída do sítio eletrônico da Agência Reguladora de Transportes do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP) revela a tramitação de revisão extraordinária instaurada pela Supervia: <http://www.agetransp.rj.gov.br/exibeconteudo?article-id=2124405>. Acesso em 24.08.2020.

<sup>27</sup> Entenda-se e expressão como sinônima de força maior, conforme sustentado por grande parte da doutrina nacional.

<sup>28</sup> Nesse sentido é elucidativa a exposição de Paulo Modesto: "(...) entre nós a noção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão tem sido extremamente generosa para o concessionário, pois diante de fatos imprevistos, excepcionais, que afetem a economia do contrato tem-se invocado a responsabilidade integral do Estado pela cobertura destes riscos, enquanto no direito francês os prejuízos decorrentes de fatos imprevisíveis e anômalos (álea econômica) são partilhados entre o concedente e o concessionário. Essa dupla redução de riscos para o concessionário é extraída, pela doutrina majoritária, do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, na parte que estatui que as obras e serviços serão contratados 'com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta'. (...) Mas considero que esta será uma leitura apressada (ou interessada): o dispositivo constitucional obriga que sejam mantidas as condições efetivas da proposta, mas não impede que o legislador determine aos particulares que, na proposta, contemplem objetiva catalogação dos riscos que estão dispostos a assumir em relação a situações típicas de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária" (MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 2, maio/ jul. 2005).

atingiu concreta e diretamente a concessão<sup>29</sup>. Nesse caso não haveria maiores dúvidas de que o contrato deveria ser reequilibrado em prejuízo da Administração, já que se trata de verdadeira hipótese de inadimplemento de sua parte<sup>30</sup>.

Caso o contrato seja omissivo em relação a alocação do risco causado pela pandemia de Covid-19, o que parece ser a hipótese mais provável, essas duas linhas de raciocínio podem ser abordadas levando em consideração o disposto no parágrafo único do artigo 393 do CC. Veja-se a redação do dispositivo:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

A parte final desse dispositivo tem estreita relação com o alargamento da noção de impossibilidade, na esteira da reforma do Código Civil alemão (BGB) em 2001<sup>31</sup>. Embora pareça controversa em relação aos efeitos que se extraem do aludido trecho<sup>32</sup>, são úteis e esclarecedoras as lições e exemplos cunhados pela doutrina portuguesa nesse tema.

Partindo da premissa de que o dispositivo alberga hipóteses em que a prestação que incumbe ao devedor ainda seria possível, mas exigir que este viesse a cumpri-la lhe acarretaria um esforço desproporcional, esclarece Antônio Manuel Menezes Cordeiro, que

---

<sup>29</sup> No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, os Decretos nºs 46.983 de 20 de março de 2020 e 46.986 determinaram o fechamento de 9 (nove) estações ferroviárias, e instaurou regime de acesso restrito em 15 (quinze) outras estações.

<sup>30</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. Direito dos Serviços Públicos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. p. 483.

<sup>31</sup> A reforma consagrou a teoria da impossibilidade relativa (ou subjetiva), que está prevista, em termos gerais, no vigente §275 n.1 do BGB, segundo o qual: "a pretensão ao cumprimento da prestação não subsiste, se for impossível *para o devedor* ou para todos".

<sup>32</sup> Nesse sentido, fazendo referência à controvérsia e já projetando a incidência do dispositivo à pandemia da Covid-19, leciona Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: "O segundo requisito, a ***inevitabilidade***, sede de mais acirradas discussões, diz respeito aos ***efeitos da ocorrência superveniente*** na relação jurídica em concreto. Dessarte, havendo meios razoáveis e exigíveis de o devedor impedir que o fato necessário provoque efeitos prejudiciais na escorregia execução da prestação, deverá assim agir sob pena de inadimplemento. **Como mencionado anteriormente, a pandemia da Covid-19 em princípio parece preencher também o requisito da inevitabilidade, dado que os efeitos se projetarão na relação negocial independentemente da atuação diligente das partes em evitá-los ou atenuá-los**, ressalvadas circunstâncias avaliadas em concreto que indiquem o contrário". (Grifou-se). MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Força maior e descumprimento de contratos na pandemia. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/325782/forca-maior-e-descumprimento-de-contratos-na-pandemia>. Acesso em 24.08.2020.

o exemplo clássico na matéria, dado por HECK, é o da prestação de entrega de um anel, que caiu no fundo arenoso de um lago: *“seria possível drenar o lago e pesquisar adequadamente na areia, numa operação de milhões. Haveria, todavia e perante a boa-fé, um grave desequilíbrio perante o interesse do credor.”*<sup>33</sup>

Essa lógica pode ser aplicada para um contrato de concessão de serviço público de transporte. Da mesma forma que não é exigível que o devedor drene um lago para encontrar um anel, *mutatis mutandis*, não era exigível que o Poder Público se comportasse de outra forma, senão restringindo a circulação de pessoas. Apesar de este ser um trabalho inserido no âmbito jurídico, admite-se que há considerável consenso no campo da epidemiologia no sentido de que, antes da vacinação em massa, o distanciamento social era a forma mais eficaz para conter a proliferação do vírus.

Portanto, ao determinar medidas voltadas à redução do fluxo de transportes, o Estado agiu buscando resguardar o interesse público, mais especificamente, o direito à vida e à saúde da população. Não era exigível que atuasse de forma distinta, ainda que considerada a legítima expectativa gerada pelos pressupostos anteriormente considerados. Frise-se que a boa-fé objetiva, além de incidir à luz do caso concreto, desempenha função interpretativa da avença como um todo e não apenas sob a perspectiva de apenas uma das partes.

Diante disso, ainda que o Poder Público tenha assumido compromisso contratual, que deve gerar o máximo grau de vinculação para ambas as partes, sustenta-se que os decretos que geraram obstáculos para a circulação de pessoas não podem ser interpretados como fato da administração e sim como caso fortuito.

Ora, é evidente que não se está diante de ato que interferiu direta e concretamente apenas nos contratos de concessão de transporte público. Pelo contrário, assim como houve ordens de fechamento de estações de transporte, também assim ocorreu em relação (i) a outros serviços públicos; (ii) a setores da indústria e (iii) a prestação de serviços em geral.

Assim, se na hipótese de fato da administração o reequilíbrio deve se dar exclusivamente em favor do concessionário, que, repita-se, não é a hipótese do caso em apreço, o mesmo não ocorre no caso fortuito. Nesse caso, a justificativa para o reequilíbrio não serão as prerrogativas de direito público, já que se trata de circunstância inesperada

---

33 CORDEIRO, Antônio Manuel Menezes. A Modernização do direito das obrigações. **Revista da Ordem dos Advogados de Portugal**, vol. II, abr./2002. Disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=13744&ida=13767](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=13744&ida=13767). Acesso em 24.08.2020.

para ambas as partes, e sim o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos<sup>34</sup>.

### 3. Considerações finais

Diante do exposto, percebe-se que a controvérsia exposta, não se circunscreve apenas ao âmbito dogmático. A depender da caracterização jurídica conferida à pandemia, independente do *nomen iuris* que se dê, diversas serão as conclusões referentes ao reequilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão de transportes públicos.

Ainda que se reconheça a tenuidade do tema, inclina-se pela configuração de um caso fortuito que surpreendeu tanto o Poder Concedente, quanto o concessionário, não apenas no setor de transportes, como também nas mais diversas searas da vida em sociedade. Consequentemente, deve se reconhecer uma necessária repartição de seus efeitos maléficis do ponto de vista financeiro.

Nesse sentido, sem adentrar de forma minuciosa na controvérsia sobre a forma de cálculo do *quantum* indenizatório em favor da contratada, entende-se que o poder público não terá a obrigação de recompor a totalidade dos lucros esperados pela concessionária. Com efeito, deverá assegurar recursos para que o serviço não cesse, tendo como parâmetro o princípio da continuidade dos serviços públicos, sendo os prejuízos acarretados pela pandemia suportados por ambas as partes, de forma compartilhada.

### 4. Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 480/483.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

CORDEIRO, Antônio Manuel Menezes. A Modernização do direito das obrigações. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, vol. II, abr./2002. Disponível em:

---

<sup>34</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. pp. 480/481.

[http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=13744&ida=13767](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=13744&ida=13767). Acesso em 24.08.2020.

GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parceria e regulação*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 162.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 2, maio/ jul. 2005

MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica do seu Equilíbrio Econômico-Financeiro*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 89-98.



## DEFENSORIA PÚBLICA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA

### **MURILO CALLOU TAVARES DE SÁ:**

Analista Judiciário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Maurício de Nassau e em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale.

**RESUMO:** De acordo com a Constituição Federal, a Defensoria Pública é instituição permanente, democrática, essencial à função jurisdicional do Estado, com atribuição de prestar assistência jurídica, integral e gratuita, aos necessitados e promover transformações de ordem social. Este artigo traz uma breve introdução sobre o surgimento da instituição, a amplitude do seu campo de atuação, o acesso à justiça e seus obstáculos, bem como aborda um pouco sobre a atuação da Defensoria Pública no âmbito coletivo. Um avanço altamente significativo para grande parcela da população brasileira, a qual passou a ter seus direitos assegurados constitucionalmente e por uma instituição que zela pelos seus assistidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Defensoria Pública. Assistência jurídica. Acesso à justiça. Obstáculos; Necessitados;

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O histórico constitucional do desenvolvimento do direito de acesso à justiça; 3. O acesso à justiça; 3.1. As três ondas de Capelletti: assistência judiciária para os necessitados, representação dos interesses difusos e a representação em juízo; 4. Obstáculos do acesso à justiça; 5. Os modelos de prestação da assistência jurídica; 6. Defensoria pública na constituição da república federativa do Brasil de 1988; 7. Conclusão; 8. Referências.

### **1.Introdução**

Devido à sua grande contribuição para a população, a Defensoria Pública é elencada como uma instituição com previsão constitucional de função essencial à justiça, responsável por assegurar a assistência jurídica aos necessitados.

No entanto, por um longo período da história brasileira, a assistência aos necessitados não foi vista como algo importante, motivo pelo qual levou anos para

conquistar uma posição mais significativa. Mesmo com o avanço obtido em 1988, apenas no ano de 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, foi assegurado às defensorias públicas estaduais autonomia administrativa, financeira e orçamentária, conferindo-lhes um tratamento mais próximo ao proporcionado à Magistratura e ao Ministério Público.

Um dos objetivos deste artigo é abordar um pouco da história, sua trajetória de conquistas e retrocessos, a efetivação do acesso à justiça por pessoas necessitadas (vale destacar que a necessidade tratada não se limita apenas ao aspecto econômico) e as perspectivas da Defensoria Pública no Brasil, bem como demonstrar os tão importantes avanços que a instituição obteve para assegurar direitos de origem coletiva, potencializando cada vez o acesso à justiça.

## **2. O histórico constitucional do desenvolvimento do direito de acesso à justiça**

O processo que visa conferir à população vulnerável o acesso à justiça teve início antes mesmo da Constituição de 1988. Ainda no século XVII tem-se o início de uma positivação com vistas a obter esse acesso através das Ordenações Filipinas, as quais atribuíam ao magistrado o dever de indicar o advogado que patrocinaria o indivíduo sem condições financeiras de contratá-lo. Além disso, nesse período o direito de acesso à justiça não era visto como algo importante e seu processo de desenvolvimento foi muito moroso. [1]

Com a Constituição de 1824 é inaugurado um modelo de poder judicial independente, algo próximo ao que hoje temos como trânsito em julgado e a exigência de provocação da autoridade pelas partes envolvidas. Havia também o Poder Moderador, cuja competência era atribuída ao imperador, o qual detinha o poder de suspender juízes, perdoar ou abrandar as penas cominadas aos réus e conceder anistia em caso de humanidade e ao bem do Estado. Observa-se que essa independência jurisdicional acabou sofrendo uma limitação por parte do poder moderador, mas foram incontestáveis os avanços obtidos no campo de direitos e garantias individuais, retratando a inviolabilidade dos direitos civis e políticos e fazendo surgir o embrião do princípio da igualdade.

Mesmo com os relevantes avanços para época, lamentavelmente o direito de acesso à justiça ainda não foi conquistado de modo efetivo na nossa primeira constituição independente.

A Constituição de 1891, inspirada no modelo norte americano, consagrou a tripartição de poderes, onde deixou de existir a figura do poder moderador e conferiu ao poder judiciário uma maior autonomia. Com vistas a reparar atos de coação ou ilegalidades

exaustivamente ocorridos surge o Habeas Corpus, remédio constitucional criado para assegurar a liberdade de locomoção dos indivíduos. Mesmo com essa relevante conquista no campo dos direitos individuais, não foram adotadas medidas facilitadoras para a admissão na justiça, muito menos foi vista alguma inquietude sobre a justiça social.

Além disso, é preciso analisar o momento histórico atravessado pelo país, pois acabara de passar pelo processo de abolição da escravidão. Mesmo tendo um grande peso social, esse fato não despertou o interesse dos líderes em tomar quaisquer atitudes para a integração social da população negra, a qual, repentinamente, passou a ter direitos e deveres perante a sociedade.

Logo depois da revolução ocorrida nos anos 30, a ruptura do estado oligárquico e a inspiração em um governo mais populista, inspirada pela constituição de Weimar de 1919 e pela Constituição do México de 1917, nasce a primeira constituição brasileira a abordar os direitos fundamentais de segunda geração, a Constituição de 1934. Ela elencou um rol de enormes conquistas nos direitos fundamentais individuais, a exemplo da vedação a lei que violasse o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; o princípio da igualdade; comunicação imediata de prisão; instituiu o mandado de segurança; a ação popular, proibiu a pena de caráter perpétuo e a prisão por dívidas, multas ou custas; impediu a extradição por crime político ou de opinião, entre outros.

Uma das mais significativas conquistas se deu na seara da proteção social conferida ao trabalhador, como a vedação de diferença de salarial, o estabelecimento de um salário-mínimo, delimitação de uma carga horária e de idades para o trabalho, férias, direito a saúde e a previdência, entre outros direitos que estão presentes até os dias atuais. [2]

Dentre as tantas novidades trazidas, finalmente há o surgimento do direito de acesso à justiça por meio da criação da assistência judiciária para os necessitados, do mandado de segurança e da ação popular e a criação da justiça do trabalho. Desse modo, o Estado estabelece como um dever se garantir a assistência judiciária aos necessitados, com a opção de advogados a praticarem, por conta própria, com o intuito de caridade. No entanto, essa constituição durou pouco tempo, pois no ano de 1937 foi instituído o autoritarismo do Estado Novo e outorgada a Constituição Polaca.

Esta Constituição fez o país regredir significativamente em seus direitos, suprimindo a ação popular e a assistência judiciária gratuita prevista na Constituição de 1934. Apesar de ter mantido o sistema de tripartição dos poderes, o Executivo, por meio do Presidente da República, era superior autoritariamente aos demais órgãos e poderes. Em meio a tantos retrocessos, vale destacar alguns pontos positivos, a exemplo da Consolidação das Leis do

Trabalho e da conciliação extrajudicial como maneira de resolver conflitos, além da ascensão dos sindicatos, os quais passaram a promover acordos e ações coletivas.

A partir do ano de 1939, o Código de Processo Civil trouxe um avanço nesse tema, através da parte que pontuava sobre o benefício da justiça gratuita, instituto restabelecido para possibilitar a parte escolher livremente o seu advogado, e se não o fizesse a incumbência recaía à assistência judiciária, ou sobre advogado nomeado pelo juiz. O fim desse período ocorreu somente após o fim da 2ª Guerra Mundial, logo após a promulgação da constituição de 1946, a qual teve a intenção de resgatar as conquistas sociais obtidas em 1934 e devolveu ao povo brasileiro o regime democrático, republicano e o pacto federativo e os partidos políticos conquistaram a liberdade de organização, de caráter nacional, nascendo o pluripartidarismo. O avanço também ocorreu na ordem econômica, a qual passa a ser organizada de acordo com os princípios da justiça social. Foi, ainda, reinstaurado o direito a assistência judiciária aos necessitados.

De modo completamente antidemocrático, no ano de 1964 o Brasil mais uma vez perde sua constituição para um governo autoritário, o que levou os direitos fundamentais individuais a serem relativizados novamente. Em 1967 foi promulgada uma Constituição que focava todo o poder no presidente da república, inclusive possibilitando um alargamento da função legislativa por meio de decretos em questões de segurança nacional e finanças públicas. Por conseguinte, o acesso à justiça foi um dos direitos mais uma vez diminuídos por atos institucionais

O ápice desse período ocorreu com o Ato Institucional n.º 5, em 1969, o qual era visto para diversos autores como uma nova constituição, pois retirava toda a eficácia da Constituição vigente, até mesmo o princípio da independência e da harmonia dos Poderes.

No que se refere à atividade judiciária, o Ato Institucional n.º 5 suspendeu as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade conferidas aos juízes e outros membros do judiciário e caberia ao Presidente da República “mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo”. O AI 5 suspendeu, até mesmo, a garantia do habeas corpus em crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Tornava impossível, ainda, a apreciação judicial por quaisquer atitudes tomadas em decorrência deste ato. Nesse cenário, fica constatado que reiteradamente o direito de acesso à justiça sofria enormes violações, tanto na possibilidade de ingresso, de solicitar os direitos individuais ou de indagar dados estatais, quanto na análise da justiça social e da imparcialidade dos magistrados.

Por oportuno, nota-se que o direito de acesso à justiça está umbilicalmente ligado ao Estado Democrático e do enaltecimento de suas instituições, diante da sua importância para a solidificação para os direitos fundamentais, tanto individuais quanto coletivos. Dessarte, mesmo tendo o seu princípio mais simbólico inaugurado em 1946, apenas houve um avanço efetivo com a universalização da jurisdição com a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

Somente alguns anos após a edição do AI 1, em 1978, teve início o processo de redemocratização da república brasileira, através da revogação desses atos antidemocráticos. O regime militar inicia, gradualmente, uma abertura com a volta do multipartidarismo e as eleições diretas para o cargo de governador. Em 1984 surge o movimento pelas “Diretas Já”, o qual buscava a aprovação no Congresso Nacional da emenda constitucional que previas as eleições de forma direta para o cargo de Presidente da República. O objetivo se torna constitucionalizar os direitos fundamentais para vedá-los de atitudes arbitrárias ocorridas no período do Regime Militar.

Cabe destaque a mudança da nomenclatura do instituto de assistência judiciária para assistência jurídica, o que demonstra uma amplitude de seu campo de atuação. Não basta proporcionar um direito de assistência judiciária gratuita, pois tem que ser uma prestação da assistência jurídica, integral e gratuita. Esta conquista, sem sombra de dúvidas, pode ser elencada como uma das mais relevantes para a sociedade, a qual conquistou a atuação de um órgão independente para estabelecer uma ligação entre os que necessitam e a prestação jurisdicional.

### **3.0 acesso à justiça**

Acerca da definição de justiça, cumpre trazer à tona o entendimento do austríaco Hans Kelsen, segundo o qual não está a cargo da Ciência do Direito conceituar o que é justo ou injusto. Além disso, preconiza que uma teoria sobre a Justiça responde por concepções acerca do justo e do injusto, e o que é justo e injusto nem sempre é claro e unânime, porém, que há um justo e que este justo é um justo relativo. [3]

A sociedade brasileira possui um grau bastante baixo de educação, pois há pouco investimento nesta área por parte do Governo, motivo pelo qual muitas vezes a população vulnerável sequer entende os direitos que possui e como efetivá-los.

Não existe uma definição concreta do que é justiça, até mesmo porque no ocidente o significado da palavra justiça é tido como algo em “conformidade com o direito” e que não

seja vista como a “primeira virtude das sociedades”. O doutrinador Serge-Christophe Kolm finaliza um de seus trabalhos com a seguinte pontuação:

A justiça, por conseguinte, é apenas a quarta ou a quinta virtude da sociedade. Isso não torna seu estabelecimento menos necessário, a luta por ela menos justificada nem menos importante a sua compreensão. Mesmo o mero valor instrumental da justiça não é uma contribuição pequena. Paz sem justiça é opressão, espoliação e violação da dignidade. A dignidade sem justiça promove guerras pelo que é devido por direito e pela liberdade. Somente a justiça permite o reino da paz e da dignidade. [4]

Dessa forma, se torna clara a importância de proporcionar a uma dada sociedade a efetivação do acesso à justiça, visto que ela é a base que assegura a efetivação de outros direitos básicos e inerentes aos seres humanos, a exemplo da saúde, educação, segurança e o mais relevante de todos: a dignidade da pessoa humana.

Sobre a definição do acesso à justiça, a doutrina ainda não estabeleceu um conceito uniforme, sendo possível encontrar ao menos três expressões com o mesmo significado. Sobre o tema, escreve Barros:

Justiça gratuita x assistência judiciária x assistência jurídica: esses três conceitos não são sinônimos. A justiça gratuita se refere à isenção do pagamento de custas, taxas, emolumentos e despesas processuais. Por sua vez, a assistência judiciária engloba o patrocínio da causa por advogado e pode ser prestada por um órgão estatal ou por entidades não estatais, como os escritórios modelos das faculdades de Direito e ONGs. Esse conceito se limita à defesa dos direitos dos necessitados na esfera judicial. Por fim, o conceito mais amplo é o de assistência jurídica, que envolve não somente patrocínio de demandas perante o judiciário, mas também toda a assessoria fora do processo judicial - o que engloba desde procedimentos administrativos, até consultas pessoais do necessitado sobre contratos (locação, financiamento, consumo). [5]

É preferível utilizar a expressão assistência jurídica, uma vez que é vista pela doutrina como a atuação mais ampla no acesso à justiça, envolvendo o auxílio tanto judicial quanto extrajudicial.

### **3.1 As três ondas de Cappelletti: assistência judiciária para os necessitados, representação dos interesses difusos e a representação em juízo.**

Com base nos estudos feitos por Cappelletti, nos países ocidentais a medida preliminar a ser adotada foi a implantação de uma assistência judiciária para as pessoas carentes de recursos financeiros. Na maior parte das vezes, essas pessoas dependiam dos casos *pro bono* oferecidos pelos advogados, o que tornava essa prestação jurisdicional falha, pois os melhores advogados do mercado se dedicavam apenas aos casos em que eram remunerados. Dessa forma, a institucionalização estatal de assistência judiciária surgiu na Alemanha, no ano de 1919. Na década de 70 a consciência social começou a ganhar forças para que ocorressem as reformas judiciais por todo o mundo. [6]

Com o desenvolvimento da assistência judiciária, surge no Estados Unidos o modelo *Judicare*, o qual continua a ser prestado por advogados particulares, mas com o pagamento feito pelo Estado. No entanto, esse modelo não se importa em desenvolver uma conscientização dos direitos nas pessoas, muito menos a representação de tutelas coletivas, somente as individuais, pois depende apenas das ações políticas.

Alguns países, a exemplo da Suécia, obtiveram uma junção do sistema *judicare* com os advogados pagos pelos cofres públicos, deixando a critério da parte a escolha de seu representante, tanto individualmente quanto como grupo. Essa forma de assistência judiciária ainda não é efetiva para a promoção do acesso à justiça, seja pela quantidade de advogados, pela insuficiência do apoio estatal ou ainda o descaso com as pequenas causas individuais.

Outro fator de peso para o crescimento do acesso à justiça, intitulado como “segunda onda” por Cappelletti, trata da representação dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, os quais não disponibilizavam de um procedimento adequado para sua concretização. Essa reforma aconteceu por causa de “um desequilíbrio na advocacia, que em muitos casos só pode ser corrigido por advogados pagos pelo governo, para defender os interesses não representados por consumidores, do meio ambiente, dos idosos e de outros interesses não organizados.” [7]

Em um primeiro momento, esses interesses eram incumbência do Ministério Público, mas com a necessidade de especialização e do conflito de interesses públicos, não vingou. Nasceram então as agências públicas especializadas, como por exemplo, a Environmental Protection Agency, nos Estados Unidos. As legislações também começaram a estender a chance de participação de defesa destes direitos para associações, sindicatos, partidos políticos, entre outros, além da formação de novas ações.

Percebe-se que nessa ocasião a preocupação com o acesso à justiça estava vinculada aos direitos sociais da população, não importando a situação econômica da parte, como se observou na primeira fase. “O progresso na obtenção de reformas na assistência jurídica e da busca de mecanismos para a representação dos interesses públicos é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça.” [8]

Nessa perspectiva, emerge uma terceira onda muito mais extensa com a consolidação de programas de assistência judiciária e o êxito nas reivindicações dos interesses coletivos e individuais dos hipossuficientes, com o intuito de destruir os obstáculos processuais existentes. O enfoque dado ao acesso à justiça é tanto na assistência jurídica judicial e extrajudicial, por meio de advogados privados e públicos, quanto na concretização dos direitos individuais e coletivos, através de sistemas procedimentais, estrutura dos tribunais e outras maneiras de resolução de conflitos.

#### **4. Obstáculos do acesso à justiça**

É bastante comum a busca por efetivação do acesso à justiça, visto ser um direito essencial do cidadão e estar dentre os princípios base de um Estado Democrático. No entanto, essa efetivação não se concretizou de modo efetivo por causa de diversos obstáculos, tornando a igualdade almejada uma verdadeira utopia.

O preâmbulo da Carta Magna trouxe como enunciado esta instituição de um Estado Democrático, o qual possui o dever de efetivar o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo a igualdade e a justiça como valores soberanos desta, que deve ser uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, baseada na harmonia social e empenhada em obter soluções pacíficas dos conflitos existentes.

Nessa seara, Mauro Cappelletti e Bryant Garth são firmes ao dizer que “As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas” [9] o que não tem a força de legitimar a desistência da procura pelos direitos previstos.

No entanto, vale aqui trazer alguns dos percalços vistos pelo caminho. É possível conceituar desigualdade como o desnível econômico percebido entre as pessoas dentro de uma mesma sociedade. Essa desigualdade surge a partir do início de uma vida em comunidade, quando os indivíduos sobrevivem com diferentes fontes de recursos e os que possuem mais condições começam a subjugar os outros. Surge aqui uma relevante obrigação do Estado, ao qual cabe balancear as relações e permitir a elevação de uma justiça social.

Ainda na obra de Cappelletti e Garth, importantíssimos autores sobre o tema, surge o conceito de custas judiciais, senão vejamos:

Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes. [10]

Observa-se que o aspecto econômico se torna uma enorme barreira para a efetivação do acesso à justiça. Quanto ao sentido cultural, existe uma inclinação das pessoas mais humildes em não confiar nos advogados, pode ser porque é preciso desembolsar o pagamento pelos serviços, dinheiro fruto de bastante esforço, ou até mesmo pelo fato de que a resposta dada pelo judiciário não corresponde aos seus anseios, o que nos faz esbarrar mais uma vez na questão da falta de educação em direitos para a população de baixa renda.

Esses entraves não são de fácil resolução, mas esta não deve cessar e deve ser feita ininterruptamente, buscando cada vez mais progressos.

Da mesma forma Cappelletti e Garth concluem:

Como fator complicador dos esforços para atacar as barreiras ao acesso, deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar as barreiras por outro. Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminara representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal "reforma". Sem alguns fatores de compensação, tais como um juiz muito ativo ou outras formas de assistência jurídica, os autores indigentes poderiam agora intentar uma demanda, mas lhes faltaria uma espécie de auxílio que lhes pode ser essencial para que sejam bem-sucedidos. Um estudo sério do acesso à Justiça não

pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes. [11]

## 5. Os Modelos De Prestação Da Assistência Jurídica

É possível encontrar na doutrina 5 (cinco) modelos de assistência jurídica: o pro bono; o sistema judicare; o salaried staff model; o sistema misto; e o socialista.

a) Pro Bono: aqui a assistência jurídica é prestada por advogados provados sem qualquer contraprestação, nem da parte nem do Estado.

b) Sistema judicare: os advogados são pagos pelo Estado para prestarem assistência judiciária aos desfavorecidos. Trata-se de sistema eficaz para causas individuais, mas não contribui para efetivação dos direitos coletivos.

c) Salaried staff model: nesse modelo, há profissionais do direito que atuam de forma exclusiva na assistência jurídica e são remunerados pelo estado, como servidores públicos. O maior exemplo é a Defensoria Pública.

d) Sistema misto: é a junção dos outros sistemas com vistas à fornecer a assistência jurídica, ainda que um se sobressaia sobre os outros.

e) Socialista: como a advocacia privada não é permitida nos países que adotam o socialismo, os serviços são prestados por escritórios coletivos, os quais possuem honorários tabelados e são pagos pelo cliente.

## 6. Defensoria Pública na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O modelo de assistência jurídica adotado pela Constituição Federal de 1988 foi o sistema público, conhecido como Salaried Staff Model. A assistência jurídica oferecida à população não ocorre apenas nos aspectos estritamente processuais, mas também fora deles.

O artigo 5º, LXXIV da Lei Maior, estabeleceu que “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Contudo, a Defensoria Pública só surgiu constitucionalmente com artigo 134:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em

todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. [12]35

A defensoria pública alcança um novo perfil constitucional, por meio da EC 80/2014. É por meio dessa emenda, dentre outras mudanças, que são constitucionalizados os princípios institucionais da Defensoria Pública. A autonomia dessa instituição também foi conferida por meio de emendas, as quais conferiram autonomia funcional e administrativa, além da iniciativa de sua proposta orçamentária.

A autonomia funcional diz respeito às funções existentes na Defensoria Pública, as quais podem emergir de acordo com as necessidades da instituição, levando-se em consideração a conveniência e a oportunidade, com vistas a atender da melhor forma seus assistidos. A autonomia administrativa se refere a autonomia para organizar-se da forma que melhor se adequar à instituição. Cabe ao Defensor Público Geral tomar as decisões a respeito das prioridades financeiras, bem como do funcionamento das unidades, entre outras coisas.

## **7. Conclusão**

Ao longo da história, uma parcela significativa da população teve seus direitos suprimidos por falta de uma representação e educação adequadas. A carência de recursos

---

35 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: [Constituicao-Compilado \(planalto.gov.br\)](http://Constituicao-Compilado(planalto.gov.br)). Acesso em: 05 de setembro de 2021.

os impedia de pagar um bom advogado, ao passo que ao governo não se mostrava interessante informar esses indivíduos de todos os seus direitos.

No entanto, com o passar dos anos foi surgindo a necessidade de se cobrar do Estado o cumprimento desse dever essencial, ao qual disponibilizou, em passos lentos, um sistema que conferia o acesso da população hipossuficiente ao judiciário. Após muitas lutas, entre avanços e retrocessos, se conquistou o modelo adotado hoje, com defensores públicos atuando em causa dos necessitados. Vale ressaltar ainda que, apesar dessas vitórias, existe muito caminho a se percorrer, pois a defensoria é uma instituição em extensão, a qual luta para chegar próximo das prerrogativas conferidas aos membros do poder judiciário e do ministério público.

No Brasil, o legislador conferiu aos necessitados a assistência jurídica gratuita por meio do sistema público, designando a Defensoria Pública para tal atribuição. Função essencial à justiça conferida pela Carta Magna de 1988, a Defensoria Pública é uma instituição permanente, expressão e instrumento do regime democrático, à qual cabe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

A Defensoria Pública ganha cada vez mais força, demonstrando de maneira eficaz a relevância de sua atuação para a sociedade, mas mesmo com todas as conquistas históricas para a concretização do acesso à justiça, não se pode esquecer que ainda existe muita coisa a melhorar.

Dentre as soluções demonstradas pelo estudo de Cappelletti denota-se a necessidade de reorganizar os procedimentos em geral, com vistas a garantir mais facilitação e agilidade dos feitos e, conseqüentemente, atingir de forma mais eficaz a parcela da sociedade que muito tempo foi privada de seus direitos por falta de um mecanismo protetivo de seus direitos.

## 8.Referências

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: [Constituicao-Compilado \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/constituicao-Compilado). Acesso em: 05 de setembro de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPEPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfeet. Porto Alegre, Fabris, 1988. Edição 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Apud. BEDIN, Gabriel de Lima. SPENGLER, Fabiana Marion. "O direito de acesso à justiça e as constituições brasileiras: aspectos históricos." Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 135-146, julho/dezembro de 2013.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no Estado Contemporâneo: concepção e principais entraves. In: SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alveme Barreto (Org). **Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento** – Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 237-276

## Notas

[1] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Apud. BEDIN, Gabriel de Lima. SPENGLER, Fabiana Marion. "O direito de acesso à justiça e as constituições brasileiras: aspectos históricos." Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 135-146, julho/dezembro de 2013.

[2] GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.

[3] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A justiça kelseniana, p. 20. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67517/70127/88939>. Acesso em: 05 de abril 2022.

[4] KOLM, Serge-Christophe. Teorias Modernas da Justiça. [Trad.] Jefferson Luiz Camargo, Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 583-584.

[5] BARROS, Guilherme Freire de Melo. Defensoria Pública. Salvador: 2012, p. 29.

[6] CAPEPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfeet. Porto Alegre, Fabris, 1988. Edição 2015. página 32-47.

[7] CAPEPELLETTI, Op.cit. pag 54.

[8] CAPELLETTI, *Ibidem*, pag 67.

[9] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.10-12.

[10] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant *op. cit.*, p.17.

[11] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant *op. cit.*, p. 28-29.

[12] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: [Constituicao-Compilado \(planalto.gov.br\)](http://Constituicao-Compilado(planalto.gov.br)). Acesso em: 05 de setembro de 2021.

## UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO DOMICILIAR À LUZ DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

**VICTOR CARLOS DE MORAES QUADROS:**  
Graduando do Curso de Direito do Centro  
Universitário FAMETRO.

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA<sup>36</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Por força do princípio da isonomia, há de se tratar as pessoas iguais de forma igual e as desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade, pois seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir os mesmos direitos sem distingui-los. A partir disso, a pesquisa foi iniciada a partir da problemática em relação a prisão domiciliar em relação ao princípio da isonomia pela necessidade de trazer a discussão acerca da prisão domiciliar para que ela seja vista com outros olhos, diferente do que a mídia massiva notícia, ler sobre prisão domiciliar como benefício ao preso e ao Estado e a Sociedade. O objetivo desse estudo é analisar a natureza jurídica da prisão domiciliar e os critérios de concessão à luz da Lei de Execução Penal e do Código de Processo Penal. Além disso, o estudo traz à tona alguns casos que foram julgados e concedidos a prisão domiciliar. O estudo foi realizado a partir de pesquisas bibliográficas sobre o tema em questão. Portanto, conclui-se que conforme vimos no decorrer da pesquisa que o princípio da isonomia não é realizado em muitos casos que foram apresentados neste estudo e que de fato há essa desigualdade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão domiciliar. Isonomia. Sistema prisional. Penal.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO DOUTRINÁRIO DE PRISÃO DOMICILIAR. 2.1 Breve esclarecimentos acerca das diferenças entre a prisão domiciliar da LEP e do CPP. 2.1.1 A prisão domiciliar sob vista do princípio da isonomia. 2.1.2 Análise de cada caso em particular. 2.1.2 Diferenças entre a lei nº 7.210/84 e art. 318, do CPP. 3 REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

### 1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista que nos últimos anos o país vem apresentando dados graves de superlotação e de precariedade nas prisões, fato este que em decorrência da omissão do poder público, vem gerando quadros de violação persistente aos direitos humanos, falar sobre prisão domiciliar e seus requisitos utilizando o princípio da isonomia como base torna-se atual e relevante socialmente. Levando em consideração os requisitos para a

<sup>36</sup> Professor orientador formado em Direito, especialista em Direito processual e civil

concessão de prisão domiciliar, podemos citar para exemplificar a motivação do tema à discussão o caso das mulheres em cárcere.

Além disso, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), enviados para o relator do caso no STF, em 16 anos a quantidade de mulheres encarceradas saltou 700%. Em 2000, 5.601 mulheres cumpriam medidas de privação de liberdade. Em 2016, este número foi para 44.721. E quatro de cada dez mulheres presas no país ainda não foram condenadas definitivamente. Segundo o ministro, apenas 34% dos estabelecimentos dispõem de cela adequada para gestante, 32%, de berçários e 5%, de creches. (GOMES et al., 2018, p. 8).

Ademais, salienta-se outros dois casos em que a prisão foi convertida para prisão domiciliar, o caso em que Sergio Cabral foi condenado a mais de trezentos anos de prisão, mas teve a prisão domiciliar concedida, assim como a esposa Adriana Ancelmo teve sua prisão convertida em domiciliar em audiência realizada no dia 17 de março de 2017.

Dessa forma, é necessário compreender quais direitos estão em conflito, de um lado, o direito legítimo da sociedade de exigir que o Estado exerça o seu poder-dever de punir aquele que cometeu um crime em prol da segurança pública, de outro lado os direitos das mulheres e homens em relação aos filhos e principalmente os direitos da criança, a qual não pode sofrer as consequências dos atos praticados por algum de seus responsáveis. (GOMES et al, 2018, p2)

Diante disso, surge o questionamento: o acusado sujeito à “prisão domiciliar medida cautelar” e o réu sujeito à “prisão domiciliar prisão pena”, em razão das divergências entre os artigos 117 da LEP e 318 do CPP, estariam em situações equivalentes, mesmo sendo tratados de forma diversa pela lei? Em hipótese, por força do princípio da isonomia, há de se tratar as pessoas iguais de forma igual e as desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade, pois seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir os mesmos direitos sem distingui-los. Desse modo, não se deve admitir que sejam fixados critérios tão diferentes, já que não é possível enxergar situação jurídica diversa a impor o tratamento desigual a aqueles que se encontram em regime de segregação.

Sendo assim, o objetivo principal desse estudo é analisar a natureza jurídica da prisão domiciliar e os critérios de concessão à luz da Lei de Execução Penal e do Código de Processo Penal. Arelado a isso, demonstrar os critérios de concessão da prisão domiciliar, verificar os critérios de concessão diversos, apesar da situação jurídica semelhante e explicar se ocorre ou não ocorre o uso indevido do princípio da isonomia, pois é necessário esclarecer se os réus com possibilidade de cumprir prisão domiciliar são tratados de maneira equivalente levando em consideração os requisitos propostos.

Demonstrando que a prisão domiciliar sendo bem aplicada, é benéfica aos cofres públicos, amenizando a superlotação dos presídios, garantindo assim a dignidade da pessoa.

A possibilidade metodológica desse estudo é o processo pelo qual se atinge este objetivo. É o caminho a ser trilhado para produzir conhecimento científico, dando as respostas necessárias de como foi realizada a pesquisa, quais métodos e instrumentos utilizados, bem como as justificativas das escolhas. Tem-se que o método de abordagem a ser adotado será o dedutivo, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”. Tomando ainda por referência a classificação dos referidos autores foi adotada a seguinte técnica de pesquisa neste projeto: documentação indireta – com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes secundárias (LAKATOS, 2014, p. 116).

Portanto, a pesquisa foi iniciada a partir de uma pesquisa em que foi levantado a problemática em relação a prisão domiciliar em relação ao princípio da isonomia pela necessidade de trazer a discussão acerca da prisão domiciliar para que ela seja vista com outros olhos, diferente do que a mídia massiva notícia, ler sobre prisão domiciliar como benefício ao preso e ao Estado e a Sociedade, pois o réu poderá voltar a viver em sociedade cumprindo as ordens determinadas pelo juiz, o Estado priorizará os gastos públicos em favor de melhorias para a população, e a Sociedade terá o sentimento de que foi feita a justiça.

## **2 CONCEITO DOUTRINÁRIO DE PRISÃO DOMICILIAR**

A prisão domiciliar se caracteriza pelo cumprimento da pena em domicílio. Ela é bastante polêmica e divergente entre doutrinadores, pois alguns acreditam que gera impunidade, enquanto outros a sustentam como solução à crise do sistema carcerário.

Sobre isso Lopes (2011, p. 13), afirma que “a prisão domiciliar não é, por evidente, uma nova modalidade de prisão cautelar, mas apenas [...] uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva, restrita aos poucos casos estabelecidos no art. 318 do CPP.”

**No próprio Código Penal no Art. 317 há essa definição domiciliar que** a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Já nas palavras de Lima (2011, p. 349):

Levando em consideração certas situações especiais, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tomar menos

desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. Para que ocorra essa substituição, que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve se exigir prova Ivone nos requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP.

Como citado anteriormente é importante considerar situações especiais em relação a prisão domiciliar. Além disso, de acordo com Nucci (2009, p. 79): “a prisão domiciliar é uma forma alternativa de cumprimento da prisão preventiva; em lugar de se manter o preso em cárcere fechado, é inserido em recolhimento ocorrido em seu domicílio, durante 24 horas do dia”.

Nesses termos, o juiz, ao verificar a possibilidade de aplicação de uma medida alternativa à prisão deve optar pela aplicação da prisão domiciliar. É claro que deverá observar o respeito a alguns critérios legais. O importante é garantir, sempre, o cumprimento do objetivo inserido da Lei de Execução Penal, que é o de ressocialização.

Ainda conforme Távora (2011, p. 576):

A prisão domiciliar é decretada em substituição da preventiva, sempre por ordem judicial. Consiste no recolhimento do indiciado ou do acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar por ordem do juiz. Para seu deferimento é exigida prova idônea evidenciando a situação específica que a autorize (TÁVORA, 2011, p.576).

A prova idônea é necessária apresentar os documentos civis e comprovar, por exemplo, no caso do homem que sustenta um filho sozinho, se ele conseguir comprovar. Além de todos os conceitos que foram citados anteriormente a respeito da prisão domiciliar é necessário destacar também que a precariedade do sistema prisional brasileiro faz repensar o cumprimento da pena no regime domiciliar, pois de acordo Norberto Avena (2018, p. 203), afirma que:

Infelizmente, no Brasil a realidade carcerária corre à revelia dessa normatização, caracterizando-se muitas de nossas penitenciárias como ambientes absolutamente insalubres, onde se concentram, na mesma cela, número de presos superior à sua capacidade, prejudicando sensivelmente o processo de readaptação do preso à sociedade. Consequência dessa situação desastrosa que atinge o preso é a criação de ambiente negativo ao reajustamento, facilitando a reincidência criminosa que, bem sabemos, atinge níveis alarmantes no país. Sensível a essa realidade, em muitos casos o Poder Judiciário

tem ordenado a interdição total ou parcial de estabelecimentos prisionais, ora simplesmente proibindo o ingresso de novos sentenciados, ora também determinando sua transferência para outros locais (AVENA, 2018, p. 203).

A prisão domiciliar encontra-se prevista nos arts. 317 e 318, do CPP e é concedida por motivos pessoais do agente, especialmente de natureza humanitária. Além disso, é distinta da medida cautelar de recolhimento domiciliar, previsto no art. 319, V, do CPP, neste o indivíduo tem liberdade para, durante o dia exercer suas atividades profissionais, se recolhendo efetivamente apenas no período noturno. Como as demais medidas cautelares, é substitutiva da prisão preventiva.

O instituto da prisão domiciliar foi incluído em nosso sistema pela Lei 12.403/11, mas seus incisos receberam novo delineamento com a Lei 13.257/16.

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. Passando a ser: Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

A partir do que foi citado por ele percebe-se que a realidade carcerária no Brasil ainda é muito precária, e a prisão domiciliar é vista como uma “saída” para amenizar a situação da superlotação.

## **2.1 Breve esclarecimentos acerca das diferenças entre a prisão domiciliar da LEP e do CPP**

Convém acentuar que, de fato, a prisão domiciliar do art. 117, da LEP, não guarda qualquer relação com a prisão domiciliar do art. 317, do CPP. A prisão domiciliar do art. 117, da LEP, “substitui” o cumprimento da pena em casa de albergado (regime aberto) e tem natureza de prisão-pena. É cabível para condenados maiores de 70 anos (limite etário este não alterado pelo Estatuto do Idoso); condenados acometidos de doença grave; condenadas com filho menor ou deficiente (em razão do princípio da isonomia, abrange os condenados, desde que comprove a dependência do filho); condenadas gestantes.

Por outro lado, a prisão domiciliar do art. 317, do CPP, “substitui” a prisão preventiva e tem natureza de medida cautelar. É cabível para acusados maiores de 80 anos de idade; acusados extremamente debilitados por doença grave; acusados com filhos menores de seis anos ou deficientes; e acusadas gestantes no sétimo mês ou gravidez de risco. Esclarecendo estes fatos, torna-se à indagação: é razoável a distinção das hipóteses de cabimento da prisão domiciliar do art. 117, da LEP, e o art. 318, do CPP? Seria possível conferir à prisão domiciliar do CPP as mesmas hipóteses de cabimento da prisão domiciliar do art. 117, da LEP?

### **2.1.1 A prisão domiciliar sob vista do princípio da isonomia**

Uma primeira noção de suma importância para tratar da questão acima decorre pela análise do princípio da isonomia. Nos termos do ordenamento jurídico vigente, não se pode desinteressar-se da importância dos princípios, que, de acordo com Robert Alexy, são mandados de otimização, normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, a partir de um juízo de ponderação.

Segundo a máxima aristotélica e de acordo com a interpretação conferida por Ruy Barbosa, por força do princípio da isonomia, há de se tratar as pessoas iguais de forma igual e as desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Há algum tempo foi consagrado que o preceito da isonomia é norma dirigida quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Segundo Hans Kelsen, “a igualdade dos sujeitos a ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição.

A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres". No presente caso, vê-se a inexistência de efetivo discernimento a incidir nas hipóteses de prisão domiciliar trazidas pelo art. 117, da LEP, e art. 318, do CPP, embora tratar-se de prisões domiciliares diversas, conforme anotado acima.

Desse modo, não se deve admitir que sejam fixadas hipóteses de cabimento da prisão domiciliar tão diferentes, frise-se, por não se vislumbrar situação jurídica diversa a impor o tratamento desigual àqueles que se encontram em regime de segregação. Em outras palavras, há de se admitir a concessão da prisão domiciliar prevista no art. 317, do CPP, para aqueles acusados que se enquadrem nas hipóteses do citado dispositivo do Código Processual, permitindo-se, ainda, a concessão daquele benefício, substitutivo da prisão preventiva, acaso se verifique uma das situações previstas no art. 117, da LEP. Não se pode esquecer que o preceito da igualdade visa firmar a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas, o que, de certo modo, ocorreu na comparação do art. 117, da LEP, e do art. 318, do CPP.

### **2.1.2 Análise de cada caso em particular**

Para analisar a existência de isonomia em cada caso deve-se:

- a) verificar o elemento tomado como fator discriminante;
- b) estabelecer uma relação lógica abstrata entre o fator e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico;
- c) verificar a consonância desta correlação com o ordenamento jurídico.

Para que não haja ofensa ao princípio da isonomia, é importante que os três aspectos sejam observados cumulativamente, sob pena de descumprimento desse preceito constitucional.

Cumpra-se explicitar os pontos acima elencados para a correta compreensão da situação fática, a ser verificada no momento da aplicação do direito:

- a) o elemento tomado como fator discriminante no caso em análise é o fato de se tratar de prisão domiciliar (prisão-pena) ou prisão domiciliar (medida cautelar);
- b) não se vislumbra a disparidade estabelecida no tratamento jurídico de ambos os casos a partir da análise do art. 117, da LEP, e art. 318, do CPP, restando, neste ponto, afastada a possibilidade de tratamento desigualitário;

c) dessa forma, não há perfeita correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

Cabe destacar que, sob certo aspecto, o ordenamento pátrio está tratando a prisão domiciliar enquanto medida cautelar (art. 317, do CPP) de modo mais rigoroso do que a prisão domiciliar enquanto prisão-pena (art. 117, da LEP), o que demonstra clara violação às garantias constitucionais.

Dessa maneira, verificando-se que o acusado sujeito à “prisão domiciliar medida cautelar” e o réu sujeito à “prisão domiciliar prisão-pena” estariam, neste aspecto, em situação equivalente, mas sendo tratados de forma diversa pela lei especificamente quanto às hipóteses de cabimento de cada uma daquelas medidas, há de se concluir pela ocorrência de ofensa ao princípio da isonomia, não se afigura correto imaginar que aquele que responde por determinado crime tenha situação mais gravosa do que aquele que se encontra definitivamente condenado por decisão judicial transitada em julgado, sob pena de ofensa ao princípio da não-culpabilidade e ao próprio princípio da razoabilidade. Em outras palavras, o preso provisório está numa situação mais desvantajosa do que o preso condenado por decisão judicial transitada em julgado.

Abaixo será citado alguns casos em que foi julgado e decidido pela prisão domiciliar dos réus, o intuito é não analisar os casos de forma profunda, apenas citá-los como exemplos de casos julgados em que foi concedido a prisão domiciliar.

A Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) decidiu, por unanimidade, determinar a substituição da prisão preventiva do ex-governador Sérgio Cabral por domiciliar. Na decisão, o ex-governador deverá cumprir também as medidas cautelares de uso de monitoramento eletrônico e proibição de contato com investigados e réus da Operação Lava Jato.<sup>37</sup>

A decisão foi proferida em julgamento atendendo a pedido da defesa de Sérgio Cabral. A prisão fora decretada no âmbito da Operação Eficiência, que investigou crimes de lavagem de dinheiro, com a ocultação de valores no exterior.

Preso preventivamente no dia 6 de dezembro, Adriana teve sua prisão convertida em domiciliar em audiência realizada no dia 17 de março de 2017. A decisão, de ofício, foi do juiz da 7ª Vara Federal Criminal do Rio, Marcelo Bretas, que levou em consideração o fato de que tanto ela quanto o marido estarem presos dificulta a criação dos dois filhos menores, de 11 e 14 anos, ou seja, um deles a coloca na hipótese do inciso V.

---

<sup>37</sup> Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/12/4970622-justica-concede-prisao-domiciliar-para-sergio-cabral.html>> Acesso em: 22 de mar de 2022.

Porque levaram em atenção ao Estatuto da Primeira Infância, o Superior Tribunal de Justiça manteve prisão domiciliar da advogada Adriana Ancelmo, mulher do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral. A decisão foi tomada nesta terça-feira (27/2), com controvérsia entre os membros da 6ª Turma.

Além dos casos citados acima, há também o caso dos nove réus da Operação Lava Jato que conseguiram habeas corpus do Supremo Tribunal Federal já estão em casa, em prisão domiciliar. São executivos das empresas investigadas por desvio de dinheiro da Petrobras e estavam presos há seis meses. Pela manhã, dois executivos saíram da carceragem da Polícia Federal e sete, de um presídio em Pinhais, na região metropolitana de Curitiba. Todos estavam em carros com proteção nos vidros. Eles foram levados para a Justiça Federal. Saíram de lá com as tornozeleiras eletrônicas liberados para voltarem para suas casas em São Paulo e Brasília.<sup>38</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) aceitou o pedido de habeas corpus e devolveu o direito de ficar em prisão domiciliar ao ex-médico Roger Abdelmassih, de 73 anos, condenado a 181 anos de prisão pelo estupro de 37 mulheres. A decisão foi emitida na mesma data em que o pedido foi protocolado pelos advogados. Abdelmassih havia perdido o direito à prisão domiciliar, de acordo com decisão da juíza Sueli Zeraik Armani, da 1ª Vara de Execuções Criminais, de Taubaté (SP), devido à falta de tornozeleiras eletrônicas no Estado de São Paulo.<sup>39</sup> É importante ressaltar que, não se pode banalizar a prisão domiciliar, nela inserindo os presos que não preenchem os requisitos expressos e exaustivos do CPP. É mais aceitável revogar a preventiva ou substituí-la por outra medida cautelar. Conceder tal “benefício” a pessoas indistintas desvaloriza o novo instituto.

### **2.1.2 Diferenças entre a lei nº 7.210/84 e art. 318, do CPP**

Dispõe o art. 117, da lei nº 7.210/84, que:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - Condenado maior de 70 (setenta) anos; II - Condenado acometido de doença grave; III - Condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - Condenada gestante.

---

38 Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/04/nove-reus-da-lava-jato-deixam-cadeia-e-ja-estao-em-prisao-domiciliar.html>> Acesso em: 22 de mar de 2022.

39 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/stj-confirma-prisao-domiciliar-ex-primeira-dama-adriana>ancelmo#:~:text=Em%20aten%C3%A7%C3%A3o%20ao%20Estatuto%20da,os%20membros%20da%206%C2%AA%20Turma.> Acesso em: 22 de mar de 2022.

Por sua vez, o art. 318, do CPP, preceitua que:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - Maior de 80 (oitenta) anos; II - Extremamente debilitado por motivo de doença grave; *III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - Gestante ) mês de gravidez ou sendo está de alto risco.*

A prisão domiciliar do art. 117, da LEP, “substitui” o cumprimento da pena em casa de albergado (regime aberto) e tem natureza de prisão-pena. Por outro lado, a prisão domiciliar do art. 317, do CPP, “substitui” a prisão preventiva e tem natureza de medida cautelar.

### **3 REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR**

Acerca da prisão domiciliar prevista no Código de Processo Penal, dispõe Avena (2015, p. 438):

Introduzida pela Lei 12.403/2011, a disciplina dos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal contempla a prisão domiciliar como forma de cumprimento da prisão preventiva. Consiste, enfim, no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, de onde apenas poderá sair com prévia autorização judicial (AVENA, 2015, p.438).

Anteriormente à reforma operada no Código de Processo Penal, em 2011, a qual introduziu a possibilidade de concessão de prisão domiciliar substitutiva à preventiva, a Lei de Execução Penal já dispunha dessa possibilidade, entretanto, como hipótese alternativa à reclusão posterior à sentença condenatória (MORAES, 2018).

Além disso, a prisão cautelar domiciliar, concedida na fase investigatória ou processual, possibilita, dentre outras, as vantagens de restringir a liberdade do agente sem submetê-lo às mazelas do sistema carcerário, analisar situações excepcionais em que, por questões humanitárias, necessita-se de flexibilização ao rigor do cárcere, bem como reduzir o contingente carcerário quanto aos presos provisórios e, ainda, reduzir despesas do Estado (MARCÃO, 2017, p. 744).

No artigo 318 do Código de Processo Penal, estão expostas as possibilidades do agente que estiver preso preventivamente ter sua prisão preventiva modificada por prisão domiciliar se estiverem presentes os requisitos que a autorize, por exemplo:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (BRASIL, 1941, online)

Dessa forma, importante observar o preceito contido no artigo 117 da Lei de Execução Penal:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I – condenado maior de setenta anos;

II – condenado acometido de doença grave;

III– condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV – condenada gestante (BRASIL, 1984).

Com efeito, a concessão de prisão domiciliar exige que o detento encontre-se cumprindo pena em regime aberto, conforme o teor do trecho inicial do texto do artigo 117 da Lei de Execução Penal, razão pela qual, em tese, não se admite o recolhimento domiciliar de apenado que cumpra sanção em regime diverso.

Vale salientar também que há diferenças entre a prisão-domiciliar pena é aquela em que se tem a medida como um cumprimento de pena já imposto. Assim, trata-se de uma medida oriunda de uma sentença penal condenatória irrecorrível, desde que cumprido certos requisitos legais. Em relação a prisão-domiciliar processual, diferente da prisão-domiciliar pena vista anteriormente, engloba situações em que o sujeito ainda não foi condenado. Assim, por se tratar de uma medida de natureza processual, há ainda o resguardo do processo de conhecimento, que poderá acarretar uma condenação ou não do acusado (CORTIZO, 2019).

## **CONCLUSÃO**

Há de se excluir qualquer alegação no sentido de que a desigualdade fática residiria no fato de que, no caso do art. 317, do CPP, por se tratar de medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, haveria certa distinção em relação à prisão-pena do art. 117, da LEP, o que justificaria o tratamento desigual. Porém, em nenhum momento pretendeu-se

afirmar que tais prisões domiciliares eram iguais; ao contrário, demonstrou-se que realmente são diferentes.

Contudo, o que não se justifica é trazer hipóteses de cabimento mais restritivas previstas no art. 318, do CPP, do que aquelas constantes no art. 117, da LEP, justamente porque não há fundamento para tal. Tal raciocínio leva à conclusão de que esse tratamento diferenciado não está alicerçado em critério justificável de discriminação, sendo certo que a diferenciação não apresenta razões jurídicas que a fundamente.

Além disso, para que a legislação seja eficiente para a garantia dos direitos de uma população ela precisa que os mecanismos criados por elas garantam a cada indivíduo que serão cumpridos dentro da sua aplicação, sendo assim o princípio da isonomia é o que garante isso. Além disso, às vezes o princípio da isonomia não é bem compreendido, mas sua compreensão torna-se fundamental, uma vez que é um dos pilares do ordenamento jurídico do país. A isonomia formal, dentro do direito, é aquela que apresenta que as normas e legislações vigentes se aplicam a todas as pessoas possíveis, independente das suas diferenças. A isonomia também visa minimizar as diferenças entre os indivíduos de uma sociedade, possibilitando uma aplicação mais justa das leis e diversificando as possibilidades de todos.

Mas como vimos ao longo desse estudo em alguns casos apresentados que condenados foram julgados e sentenciados a prisão domiciliar, o que acaba por ferir o princípio da isonomia em que todos são iguais. No entanto, nos casos que foram citados ao longo do estudo vimos que isso não acontece de fato.

## REFERÊNCIAS

COSTA, Gustavo D' Assunção. As hipóteses de cabimento da prisão domiciliar prevista no artigo 117, da Lei de Execuções Penais, e sua aplicabilidade à prisão domiciliar do artigo 317, do Código de Processo Penal Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 jul 2013, 05:15. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35876/as-hipoteses-de-cabimento-da-prisao-domiciliar-prevista-no-artigo-117-da-lei-de-execucoes-penais-e-sua-aplicabilidade-a-prisao-domiciliar-do-artigo-317-do-codigo-de-processo-penal>. Acesso em: 13 de mar 2022.

CUNHA, Rogerio Sanches **prisão domiciliar** no cpp e na lei de execução penal Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/06/26/prisao-domiciliar-no-cpp-e-na-lei-de-execucao-penal/> acesso em: 21 out 2021.

DOMINGO, Francielen Aparecida da Silva Carvalho. **Prisão domiciliar e as hipóteses de cabimento em face da dignidade humana** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 abr 2020, 04:28. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54437/priso->

domiciliar-e-as-hipteses-de-cabimento-em-face-da-dignidade-humana. Acesso em: 14 mar 2022.

GLOBO, Nove réus da Lava Jato deixam cadeia e já estão em prisão domiciliar. G1.com Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/04/nove-reus-da-lava-jato-deixam-cadeia-e-ja-estao-em-prisao-domiciliar.html>> Acesso em: 22 de mar de 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar. Niterói. RJ: Impetus, 2011.

PACHECO, Lorena de Borba. **A substituição da prisão cautelar preventiva pela domiciliar: relevância e riscos sociais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67476/a-substituicao-da-prisao-cautelar-preventiva-pela-domiciliar-relevancia-e-riscos-sociais>> acesso em: 21 out 2021.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Marina Simiano de. Lei de execução penal e súmula vinculante n. 56: a possibilidade de concessão de prisão domiciliar aos reeducandos do regime semiaberto ante a ausência de Colônia Agrícola para cumprimento da pena. **Direito-Tubarão**, 2018.

ROSARIO, Cassiano. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/12/4970622-justica-concede-prisao-domiciliar-para-sergio-cabral.html>> Acesso em: 22 de mar de 2022.

SILVA, Luana Gabrielle Jacinto Dias. **Análise do instituto da prisão domiciliar, enquanto política criminal, a partir do habeas corpus** 14.3641/SP. 2018.

TAVÓRA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. Curso de direito processual penal. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

## QUALIFICAR PARA SALVAR

JOSY CAETANO DE ALMEIDA

**RESUMO:** A violência praticada contra as mulheres em ambiente doméstico é um problema preexistente à pandemia, todavia, neste período houve um acréscimo no número de mortes violentas intrafamiliares. O esforço legislativo para diminuir esses números visou apenas à retribuição da conduta praticada pelo autor, ignorando a análise da vitimogenese desse delito. Uma das causas apontadas nas pesquisas realizadas sobre o tema indicou que a ausência de renda própria da mulher impedia que ela saísse do ciclo da violência a que era submetida. Como proposta de prevenção das mortes dessas mulheres, surgem parcerias entre órgãos públicos e serviços sociais autônomos para oferecer às vítimas a possibilidade de obterem qualificação profissional gratuita e, conseqüentemente, conferir a mulher autonomia financeira, livrando-a dos riscos de morte que permeiam os relacionamentos abusivos.

**Palavras-chave:** Mulher; Violência; Femicídio; Profissionalização; Renda; Política criminal.

### INTRODUÇÃO

A morte de mulheres vítimas de violência doméstica é um problema mundial e, por isso, emergem diariamente projetos de políticas criminais que visem à prevenção desse delito. Contudo, esse esforço legislativo de proteção vai de encontro aos números cada vez maiores de mulheres assassinadas por pessoas de sua convivência.

No Brasil ostenta-se o triste ranking de ser o 5º país em número de feminicídios. Dados divulgados pelo Sistema de Agravos de Notificações, do Ministério da Saúde, demonstraram que no território nacional uma mulher é agredida a cada quatro minutos (TUNDELA, 2019).<sup>40</sup>

Esses números foram obtidos pelas diversas agências de pesquisa que já alertavam para os riscos que a mulher sofria no ambiente intrafamiliar. Corroborando nesse raciocínio, o Ministério Público de São Paulo realizou a pesquisa “Raio X do Femicídio” e, após os resultados, divulgou uma nota afirmando que “a casa é o lugar mais perigoso para

<sup>40</sup> TUNDELA, Vinicius Matos. **Em briga de marido e mulher não se mete a colher?** Canal Ciências Criminais. Set/ 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/em-briga-de-marido-e-mulher-nao-se-mete-a-colher/>> Acesso em: 04 ago. 2021.

uma mulher”, haja vista que 66% dos feminicídios ocorreram dentro da residência da vítima (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO, 2018). 41

Os números alarmantes de casos de violência doméstica listados acima foram amealhados através de pesquisas realizadas com vítimas antes da brusca mudança social ocasionada pela proliferação mundial da COVID-19, fato esse que culminou mais riscos às mulheres, visto que “a crise sanitária sacudiu as estruturas em todas as casas de mulheres”. 42

## 1 O IMPACTO DA PANDEMIA NA VIDA DA MULHER

A infestação globalizada da Covid-19 acarretou graves consequências à sociedade. Foram contabilizadas mais de 3,5 milhões de pessoas mortas pela infecção do vírus pelo mundo. Além disso, trouxe um profundo impacto econômico que culminou em altos níveis de desemprego e, conseqüentemente, perda e/ou diminuição de renda. Para se ter uma ideia do problema, no Brasil mais de 14 milhões de famílias voltaram à condição de extrema pobreza. 43

Esse impacto sanitário e econômico ocasionado pela Covid-19 traz à tona que crises na saúde revelam as desigualdades preexistentes ao período pandêmico, visto que outras epidemias, como o vírus da Zika (2015) e Ebola (2013), evidenciaram que diferenças relacionadas às questões socioeconômicas, raça, idade e gênero ficam ainda mais acentuadas nesses períodos de crise (BUENO *et al*, 2021). 44

Nessa toada, a organização internacional “ONU Mulheres” divulgou os dados sobre o aumento expressivo de pedidos de ajuda realizados nos canais de atendimento às

41 MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Raio X do feminicídio em SP é possível evitar a morte**. 2018. Disponível em: < <https://sobef.com.br/wp-content/uploads/2018/03/2018-RAIOX-do-FEMINICIDIO-pdf>> Acesso em: 04 ago. 2021.

42 GN, Gênero e Número; SOF, Sempre Viva Organização Feminista. Sem Parar: o trabalho e a vida das mulheres na pandemia. Agosto/2020. O estudo analisou as respostas de 2.641 mulheres entre os meses de abril e maio, e levou em consideração variáveis como etnia e área de residência das participantes, se moram em zonas rurais ou urbanas. Disponível em: <<http://mulheresnapanademia.sof.org.br/>>. Acesso em: 04 ago. 2021.

43 Mais de 14 milhões de famílias brasileiras estão na linha da extrema pobreza. **Isto É**. Maio/2021. Disponível em: <<https://istoe.com.br/mais-de-14-milhoes-de-familias-brasileiras-estao-na-linha-da-extrema-pobreza/>> Acesso em: 04 ago. 2021.

44 BUENO, Samira; MARTINS, Juliana; PIMENTEL, Amanda; LAGRECA, Amanda; BARROS, Betina; LIMA, Renato Sérgio. **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 3 ed. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021. Disponível em: < <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>> Acesso em: 05 ago. 2021.

vítimas, destacaram que, no crescimento dos números, as mulheres eram as que mais se socorriam desses meios de denúncia. 45

No Brasil não foi diferente, a pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em 2021 demonstrou que a pandemia impactou mais as mulheres do que os homens, seja na perda de renda, emprego ou na maior vitimização (PAIVA PAULO, 2021). 46

Outro dado interessante relevado pelo FBSP, ao monitorar os casos de violência doméstica ocorridos entre de abril a junho de 2020, foi a constatação de uma queda no número de registros e, em contrapartida, o aumento expressivo de homicídio de mulheres, demonstrando ser um indício do agravamento do conflito doméstico no período pandêmico. 47

Igualmente, o relatório divulgado constatou que casos de feminicídio cresceram 22,2% entre março e abril. Muitas mulheres mortas nesse período nunca tinham registrado um boletim de ocorrência, evidenciando a subnotificação desses crimes (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020). 48

Esse antagonismo entre queda no número de registros e aumento de mortes podem ser explicados, além do isolamento social, pelos fatores que levam a mulher vítima a permanecer em um relacionamento abusivo, como por exemplo, dependência emocional, medo do agressor e, principalmente, ausência de renda própria.

Portanto, além dos impactos econômicos, passa a ser objeto de análise dos organismos internacionais as mudanças sociais que influenciaram o aumento do número de crimes intrafamiliares que vitimaram fatalmente mulheres na pandemia. No Brasil,

---

45 Segundo a ONU Mulheres (2020), países como Canadá, Alemanha, Espanha, Reino Unido, Estados Unidos e França relataram aumento de casos de violência durante os primeiros meses da crise do coronavírus. Outros países como Singapura, Chipre, Argentina e Austrália também apresentaram aumento de solicitações de ajuda em linhas telefônicas, com 33%, 30%, 25% e 40% a mais de ligações nesse período, respectivamente.

46 PAIVA PAULO, Paula. Mulheres vítimas de violência estão entre as que mais perderam renda e emprego na pandemia, aponta pesquisa. **G1 São Paulo**. Jun/2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/06/07/mulheres-vitimas-de-violencia-estao-entre-as-que-mais-perderam-renda-e-emprego-na-pandemia-diz-datafolha.ghtml>> Acesso em: 05 ago. 2021.

47 Na última edição da nota técnica, foi identificado que entre março e maio de 2020, houve diminuição de 27,2% dos registros de lesões corporais dolosas, diminuição 31,6% nos registros de estupro e aumento de 2,2% de casos de feminicídios

48 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência Doméstica durante pandemia de Covid-19**. Jun/2020. Disponível em: <[https://forumseguranca.org.br/publicacoes\\_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-02/](https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-02/)> Acesso em: 05 ago. 2021.

especialistas alertaram que mulheres negras foram mais impactadas por estarem nos grupos de maior vulnerabilidade socioeconômica (ANTUNES, 2020). 49

A pesquisa quantitativa organizada pelo Instituto Datafolha em parceria com o FBSP, divulgada em junho de 2021, demonstrou que foram mais vítimas de violência às mulheres que perderam o emprego ou tiveram reduzida a renda familiar em razão da pandemia.

A pesquisa recebeu o nome de “Visível e Invisível: A Vitimização de Mulheres no Brasil”. Constatou-se que maioria das vítimas de violência doméstica (25%) assinalou que a falta de autonomia financeira as deixavam em uma situação de vulnerabilidade. Demais questões como maior convivência com o agressor ou dificuldade de procurar a polícia receberam, respectivamente, 21,8% e 9,2% (BUENO, 2021).

Esses dados atinentes a vitimização das mulheres torna evidente a necessidade de aprofundamento na problemática. Seguindo a mesma lógica, o Instituto Patrícia Galvão realizou uma pesquisa e descobriu-se que 79% das entrevistadas afirmaram que possuir renda própria permite ter mais condições em denunciar crimes de violência doméstica. Outro dado revelado foi que 80% das mulheres acreditam que a perpetuação do relacionamento agressivo ocorre por que muitas não têm condições financeiras para sustentar os próprios filhos (AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO, 2020).50

Depreende-se que a problemática violência doméstica necessita de um olhar multidisciplinar para prevenir a morte da mulher, tendo como foco criar para vítima meios que possibilitem a obtenção de renda própria como forma de não se submeter a agressões cotidianas em virtude de viverem sob o jugo econômico do parceiro (MACHADO *et al*, 1999). 51

## 2 A PROFISSIONALIZAÇÃO DA MULHER COMO FORMA DE PREVENIR O FEMINICÍDIO

---

49 ANTUNES, Leda. Coronavírus: pandemia impacta as mulheres de forma diferente. E isso precisa ser levado em conta para enfrentar a crise. O Globo, 3 de abril de 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/celina/coronavirus-pandemia-impacta-as-mulheres-de-forma-diferente-isso-precisa-ser-levado-em-conta-para-enfrentar-crise-24330849>>. Acesso em: 05 ago. 2021.

50 Pesquisa confirma: mulheres relacionam trabalho remunerado a autonomia, independência e não sujeição à violência doméstica. **Agência Patrícia Galvão**. Nov/2020. Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/trabalho/pesquisa-confirma-mulheres-relacionam-trabalho-remunerado-a-autonomia-independencia-e-nao-sujeicao-a-violencia-domestica/>> Acesso em: 05 ago. 2021.

51 MACHADO, L.Z.; MAGALHÃES, M.T.B. Violência conjugal: os espelhos e as marcas. In: Suarez, M.;BANDEIRA,L.et AL.(Orgs). **Violência, gênero e crime no Distrito Federal**. Brasília: Paralelo 15, Editora Universidade de Brasília, 1999.

A independência econômica da mulher apresenta-se como um fator predominante para que ela consiga sair do “ciclo de violência doméstica”, o qual se consubstancia em três fases distintas: tensão, agressão e lua de mel. Esse ciclo, característico de uma relação abusiva, repete-se cada vez em menor tempo e com a progressão dos atos de violência. (BRASIL, 2020)<sup>52</sup>

Visualizando esse grave problema, dados apresentados pelo Ministério da Saúde mostraram que mulheres agredidas possuem até 151 vezes mais chances de serem mortas ou cometer suicídio. (FIGUEIREDO. 2020) <sup>53</sup>

Urge a imprescindibilidade da adoção de estratégias de política criminal que previnam esse tipo de crime. Dentre essas ações, ganham destaque as medidas que visam à profissionalização das mulheres para ingressarem no mercado de trabalho a fim de garantir autonomia financeira e, conseqüentemente, terem uma vida digna.

Projetos de profissionalização das mulheres em situação de violência doméstica surgiram em alguns Estados, como por exemplo, a iniciativa do Tribunal de Justiça de Sergipe que, através de parceria com o SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), disponibilizaram vagas nos cursos profissionalizantes, para que assim a vítima possuía meios de se autossustentar. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, 2014) <sup>54</sup>

Seguindo os mesmos objetivos de libertar as vítimas da dependência financeira do parceiro, o programa “Recomeçar” <sup>55</sup> na cidade do Guarujá (SP) e o projeto “Tua Vez” <sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> BRASIL. **O que é o ciclo da violência?** Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Jul/2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/o-que-e-o-ciclo-da-violencia>> Acesso em: 05 ago. 2021.

<sup>53</sup> FIGUEIREDO, Patrícia. Mulheres agredidas têm 151 vezes mais chance de morrer por homicídio ou suicídio. **Galileu**. Fev/2019. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2019/02/mulheres-vitimas-de-agressoes-tem-151-vezes-mais-chance-de-morrer-por-homicidio-ou-suicidio.html>> Acesso em: 05 ago. 2021

<sup>54</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. **Conectando com o Social: cursos para mulheres vítimas de violência doméstica**. Coordenadoria da Mulher, 2014. Disponível em: <<https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/noticias/item/142-conectando-com-o-social-cursos-para-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica>> Acesso em: 05 ago. 2021.

<sup>55</sup> Guarujá lança programa voltado às mulheres vítimas de violência doméstica. **G1 Santos**, Maio/2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/05/20/guaruja-lanca-programa-voltado-as-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica.ghtml>> Acesso em: 05 ago. 2021.

<sup>56</sup> CASTRO, Beatriz; SILVEIRA, Mônica. #TodosPorElas: projeto oferece cursos profissionalizantes para vítimas de violência doméstica terem independência financeira. **G1 e TV Globo Pernambuco**. Ago/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2019/08/30/todosporelas-projeto-oferece-cursos-profissionalizantes-para-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica.ghtml>> Acesso em: 05 ago. 2021.

no Recife (PE) oferecem cursos para que as mulheres possam ingressar no mercado de trabalho.

A criação dessas parcerias entre órgãos públicos e serviços sociais autônomos permite que a mulher mude sua realidade, exerça seus direitos fundamentais e, principalmente, não se submeta a conviver no ciclo de violência que aumenta expressivamente a probabilidade dela ser morta nesse relacionamento ligado pela dependência financeira com o agressor.

Desta maneira, como forma de prevenir o feminicídio, a política criminal deve analisar e fomentar essas ações que auxiliam na prevenção dessas mortes em ambiente intrafamiliar através da disponibilização de qualificação profissional gratuitas para elas.

## CONCLUSÃO

Os casos de violência doméstica apresentam-se como uma antinomia entre os sentimentos de afeto e agressão e, por isso, acarreta um alto grau de complexidade na elaboração e adoção de medidas de enfrentamento.

Ao buscar medidas de prevenção a esse delito, por vezes, a legislação ocupa-se com o agressor e ignora a vitimogenese dessa conduta. Essa desídia em buscar a origem do problema culmina na falta de efetividade das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (Lei 11. 340/2006). É preciso aprofundar no problema para que assim surjam estratégias que atuem de modo resolutivo no conflito doméstico. (LOPES, 2018) 57

Fica cristalino o entendimento que a autonomia financeira é um fator importante para que a mulher consiga quebrar o “ciclo da violência” que ela sobrevive. Entretanto, tal iniciativa esbarra na falta de interesse dos governos em investir seriamente nessa política criminal extrapenal, seja pelo custo financeiro e/ou pelos resultados dessa estratégia ser visualizados em longo prazo.

O resultado dessa falta de interesse estatal em resolver o problema culmina na elaboração de leis penais de cunho midiático e que renegam as vítimas à própria sorte. Cabe à política criminal buscar instrumentos que previnam a morte das mulheres em ambiente doméstico, devendo essa compreensão subsidiar não apenas a elaboração de

---

57 LOPES, Rénan Kfuri. *Política Criminal e Lei Maria da Penha: da obrigatoriedade de comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação como a principal medida protetiva de urgência*. Doutrina Pátria. Abril/2018. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/politica-criminal-e-lei-maria-da-penha-da-obrigatoriedade-de-comparecimento-do-agressor-programas-de-recuperacao-e-reeducacao-como-principal-medida-protetiva-de-urgencia/> Acesso em: 05 ago. 2021.

leis, assim como, oferecerem o conhecimento prático-valorativo para resolver esse tipo de conflito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Leda. Coronavírus: pandemia impacta as mulheres de forma diferente. E isso precisa ser levado em conta para enfrentar a crise. **O Globo**, 3 de abril de 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/celina/coronavirus-pandemia-impacta-as-mulheres-de-forma-diferente-isso-precisa-ser-levado-em-conta-para-enfrentar-crise-24330849>>. Acesso em: 05 ago. 2021.

BRASIL. **O que é o ciclo da violência?** Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Jul/2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/o-que-e-o-ciclo-da-violencia>> Acesso em: 05 ago. 2021.

BUENO, Samira; MARTINS, Juliana; PIMENTEL, Amanda; LAGRECA, Amanda; BARROS, Betina; LIMA, Renato Sérgio. **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 3 ed. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>> Acesso em: 05 ago. 2021.

CASTRO, Beatriz; SILVEIRA, Mônica. #TodosPorElas: projeto oferece cursos profissionalizantes para vítimas de violência doméstica terem independência financeira. **G1 e TV Globo Pernambuco**. Ago/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/peernambuco/noticia/2019/08/30/todosporelas-projeto-oferece-cursos-profissionalizantes-para-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica.ghtml>> Acesso em: 05 ago. 2021.

FIGUEIREDO, Patrícia. Mulheres agredidas têm 151 vezes mais chance de morrer por homicídio ou suicídio. **Galileu**. Fev/2019. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2019/02/mulheres-vitimas-de-agressoes-tem-151-vezes-mais-chance-de-morrer-por-homicidio-ou-suicidio.html>> Acesso em: 05 ago. 2021

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência Doméstica durante pandemia de Covid-19**. Jun/2020. Disponível em: <[https://forumseguranca.org.br/publicacoes\\_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-02/](https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-02/)> Acesso em: 05 ago. 2021.

LOPES, Rénan Kfuri. Política Criminal e Lei Maria da Penha: da obrigatoriedade de comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação como a principal medida protetiva de urgência. Doutrina Pátria. Abril/2018. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/politica-criminal-e-lei-maria-da-penha-da->

[obrigatoriedade-de-comparecimento-do-agressor-programas-de-recuperacao-e-reeducacao-como-principal-medida-protetiva-de-urgencia/](#) Acesso em: 05 ago. 2021.

MACHADO, L.Z.; MAGALHÃES, M.T.B. Violência conjugal: os espelhos e as marcas. In: Suarez, M.; BANDEIRA, L. *et al.* (Orgs). **Violência, gênero e crime no Distrito Federal**. Brasília: Paralelo 15, Editora Universidade de Brasília, 1999.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Raio X do feminicídio em SP é possível evitar a morte**. 2018. Disponível em: < <https://sobef.com.br/wp-content/uploads/2018/03/2018-RAIOX-do-FEMINICIDIO-pdf>> Acesso em: 04 ago. 2021.

PAIVA PAULO, Paula. Mulheres vítimas de violência estão entre as que mais perderam renda e emprego na pandemia, aponta pesquisa. **G1 São Paulo**. Jun/2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/06/07/mulheres-vitimas-de-violencia-estao-entre-as-que-mais-perderam-renda-e-emprego-na-pandemia-diz-datafolha.ghtml>> Acesso em: 05 ago. 2021.

SEMPREVIDA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA (SOF). Sem Parar: o trabalho e a vida das mulheres na pandemia. Ago/2020. Disponível em: <<http://mulheresnapanademia.sof.org.br/>>. Acesso em: 04 ago. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. **Conectando com o Social: cursos para mulheres vítimas de violência doméstica**. Coordenadoria da Mulher, 2014. Disponível em: <<https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/noticias/item/142-conectando-com-o-social-cursos-para-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica>> Acesso em: 05 ago. 2021.

TUNDELA, Vinicius Matos. [Em briga de marido e mulher não se mete a colher?](#) Canal Ciências Criminais. Set/ 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/em-briga-de-marido-e-mulher-nao-se-mete-a-colher/>> Acesso em: 04 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Mais de 14 milhões de famílias brasileiras estão na linha da extrema pobreza. **Isto É**. Maio/2021. Disponível em: <<https://istoe.com.br/mais-de-14-milhoes-de-familias-brasileiras-estao-na-linha-da-extrema-pobreza/>> Acesso em: 04 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Guarujá lança programa voltado às mulheres vítimas de violência doméstica. **G1 Santos**, Maio/2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/05/20/guaruja-lanca-programa-voltado-as-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica.ghtml>> Acesso em: 05 ago. 2021.

## **TRIBUTAÇÃO DA NUVEM: DA NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DO CONCEITO DE ESTABELECIMENTO PERMANENTE**

**RAFAEL BARROSO DE ANDRADE:**

Mestrando no PPGD UERJ na linha de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento

**RESUMO:** O estudo busca identificar a origem e o motivo de adoção pelos instrumentos internacionais o conceito de estabelecimento permanente, a evolução de sua definição e de seu tratamento. Paralelamente, busca-se explorar os desafios da nova economia digital e pontuar a influência que exerce sobre o conceito de estabelecimento permanente. O objetivo do trabalho é a compatibilidade do atual critério para permitir a tributação pelos Estados que são fontes da renda nas operações transfronteiriças.

**PALAVRA-CHAVE:** Tributação internacional. Estabelecimento permanente. Estabelecimento permanente virtual.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 1.1 Da regra do estabelecimento permanente nos instrumentos internacionais sobre a tributação. 1.2 Da atuação da Organização da Cooperação e Desenvolvimento Econômico. 2 O ESTABELECIMENTO PERMANENTE NA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE. 2.1 Preço de transferência: o controle dos preços praticados pelos contribuintes. 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DO ESTABELECIMENTO PERMANENTE. 3.1 Resultados do Plano de Ação do BEPS. 4 ESTABELECIMENTO PERMANENTE E A ECONOMIA DA NUVEM. 4.1 Soluções trazidas pelo Plano de Ação do BEPS. 5 DA ATUAÇÃO DE MEDIDAS UNILATERAIS POR PARTE DOS ESTADOS. 5.1 Da vida útil do conceito de estabelecimento permanente. 6 CONCLUSÕES.

### **1.INTRODUÇÃO**

O Direito é um fenômeno social, não podendo existir fora da sociedade, mas também dependendo para sua configuração da própria sociedade a que está atrelado. Isso significa que uma mudança na sociedade obrigatoriamente afetará o Direito, como é o caso da evolução da economia e do comércio passando a abranger a denominada economia digital.

Essa conclusão não se aplica somente à ordem interna de cada país, refletindo-se também nas relações entre dois ou mais países, notadamente nos tratados internacionais. Assim, a economia digital impõe desafios não só à ordem interna, como também gera dificuldades na aplicação de normas internacionais, estabelecidas considerando um modelo comercial tradicional.

Aliado à ideia de que o poder de tributar é o poder de distribuir, conforme registrado nas sustentações orais em *McCulloch v. Maryland*,<sup>58</sup> é tradicional a busca por acordos tributários para aliviar a carga tributária incidente sobre as atividades de uma empresa que atua em mais de um país.

### **1.1 Da regra do estabelecimento permanente nos instrumentos internacionais sobre a tributação**

Se, quanto aos impostos aduaneiros, vale a máxima de que não se exportam tributos, com a redução da incidência dos denominados tributos indiretos sobre utilidades remetidas a outros países, para os impostos diretos, há o esforço dos Estados em evitar uma bitributação.

Para isso, foram criados mecanismos de dedução ou hipóteses de não incidência tributária, utilizando-se, como critério de identificação de uma empresa que expandiu sua atuação para outros países, de um critério físico. De fato, num modelo comercial tradicional, haveria a atuação significativa de uma empresa noutro país se houvesse uma representação física sua.

Esse critério foi nomeado de estabelecimento permanente. Assim, havendo um estabelecimento permanente de uma empresa noutro país, e havendo tratado tributário entre esse país e o país de domicílio da empresa, seriam criados mecanismos para impedir que a renda obtida por esse estabelecimento fosse duplamente tributada.

A economia digital trouxe novos desafios, mostrando que os fatos não se curvam ao Direito. Como afirmar atualmente que uma empresa cuja atividade seja de vendas online e entregas internacionais não possui uma presença significativa em outros países? Há ainda situações mais complexas para o Direito: no caso de utilidades digitais, como venda de músicas, filmes, ou mesmo acesso via *streaming* desses bens, em que os consumidores estão espalhados pelo mundo, é cristalina a possibilidade de uma empresa dominar um mercado em vários países sem que necessite estar presente fisicamente em nenhum deles.

Além desses problemas decorrentes diretamente do crescimento da economia digital, diversos países sofreram uma perda na arrecadação em decorrência da atuação de grandes empresas que passaram a se valer desse descolamento entre realidade e norma.

Considerando a desnecessidade de presença física para atuar em determinado mercado, mostra-se vantajoso para os atores da economia digital possuir domicílio em países com menor carga tributária ou com regimes tributários diferenciados.

---

<sup>58</sup> USA. *McCulloch vs Maryland*. 17 US 316 (1819).

Assim, grandes contribuintes, que deveriam recolher vultosos valores em decorrência de sua capacidade contributiva, acabam por deixar de pagar tributos em diversos países em que atuam, em decorrência de tratados internacionais, também por reduzir o montante pago no local de seu domicílio tributário, através de uma política agressiva de planejamento tributário.

## **1.2 Da atuação da Organização da Cooperação e Desenvolvimento Econômico**

Uma organização multinacional que atua à frente de conflitos como essa é a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que possui diretrizes relativas aos preços de transferências para empresas multinacionais e Administrações Fiscais, elaboradas em 1995. Tratou-se de trabalho pioneiro, considerando-se que os problemas se agravaram com o que se convencionou chamar de tributação da nuvem, cuja evolução será ainda abordada.

Esse trabalho foi atualizado em 2017 para incluir os avanços dos trabalhos de combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros (BEPS, na sigla em inglês).<sup>59</sup> Esse trabalho sim foi direcionado aos mais recentes problemas com a economia digital e enfrentou diretamente os problemas da tributação da nuvem.

A própria OCDE atribui a erosão da base tributária e a transferência de lucro à exploração de vácuos e desajustamentos entre diferentes sistemas tributários que afetam todos os países, motivo pelo qual deve haver uma ação conjunta dos países para restaurar a confiança nos sistemas tributários nacionais e internacionais.<sup>60</sup>

Todo esse esforço decorre do fato de que a perda anual com o BEPS é na ordem de 100 a 240 bilhões de dólares norte-americanos em perda de arrecadação, anualmente, o que corresponde a uma fatia entre um vigésimo e um décimo da arrecadação global de imposto sobre a renda de empresas.<sup>61</sup>

Dentre os planos da OCDE, está justamente o estudo sobre mudanças na definição de estabelecimento permanente usada em sua convenção modelo com fins a endereçar as estratégias utilizadas pelas empresas para evitar uma presença nas jurisdições nacionais elegíveis para serem taxadas sob as normas dos tratados.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> <https://www.oecd.org/tax/a-ocde-e-o-brasil-lancam-projeto-para-examinar-as-diferencas-nas-regras-fiscais-internacionais.htm>

<sup>60</sup> <https://www.oecd.org/tax/beps/>

<sup>61</sup> Idem.

<sup>62</sup> <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action7/>

## 2.O ESTABELECIMENTO PERMANENTE NA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE

A convenção modelo da OCDE para evitar a bitributação entre os signatários utiliza o termo *permanent establishment*, usualmente traduzido para o português como estabelecimento estável ou estabelecimento permanente.

Apesar de haver um cognato perfeito com a segunda expressão, o entendimento da própria organização e dos países que a compõem é que não precisa haver um lapso temporal extremamente longo do estabelecimento no país que não é seu domicílio, mas que deve haver uma continuidade mínima desse estabelecimento. Assim, ambas as expressões podem ser utilizadas indistintamente.

O conceito de estabelecimento estável é tratado no art. 5º da Convenção Modelo, e traz três requisitos centrais: a presença física, a necessidade de estreita ligação entre a empresa situada no exterior e a atividade desenvolvida no país de domicílio e a ligação econômica regular.

A primeira característica é a que traz maiores problemas com a economia digital, porque exige um local fixo de negócios através do qual a empresa desenvolva suas atividades no Estado-fonte. Com a crescente desmaterialização da economia, a exigência de um local no sentido geográfico mostra-se uma barreira quase intransponível para a maioria das novas atividades econômicas.<sup>63</sup> Nesse sentido:<sup>64</sup>

*The concept of permanent establishment (PE) was developed in the pre-digital world to prescribe the minimum thresholds required to constitute a significant economic presence in a particular jurisdiction. This is significant, as income tax treaties (tax treaties), which recorded the agreed allocation of taxing rights between countries, were mostly in favour of residence-based taxation as opposed to source-based taxation.*

*Therefore, based on the various thresholds agreed between countries under tax treaties, when a significant economic presence arises in a*

63 Não se trata de uma barreira efetivamente intransponível porque ainda é possível, no comércio digital, que se verifique esse ponto físico. Exemplo disso é a notícia de uma grande operadora de vendas *online* (*e-commerce*), que sempre operou diretamente da China, abriu um armazém no Brasil para facilitar a entrega de certos produtos: <https://br.financas.yahoo.com/noticias/gearbest-abre-dep%C3%B3sito-no-brasil-140000507.html> – essa política não é exclusiva de uma empresa, nem é exclusiva para o Brasil. Contudo, não se trata de uma tendência universal.

64 UNNIKISHNAN, Anandapadmanabhan; e NAGAPPAN, Meyyappan. Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice. INTERTAX, Volume 46, Issue 6 e 7. 2018 Kluwer Law International BV, The Netherlands, p. 520.

*particular jurisdiction, the income arising from that jurisdiction could also be taxed in that jurisdiction. Naturally, these thresholds were physical or tangible thresholds, as at that time it was inconceivable for businesses to be operated without any physical presence in another jurisdiction.*

A segunda característica é diretamente associada a situações que, aparentemente, formariam um estabelecimento permanente, mas não são considerados como tal pela legislação: atividades acessórias ou meramente auxiliares. Por isso, somente atividades diretamente relacionadas com a atividade fim da empresa é que são aptas a gerarem um estabelecimento permanente.

Por fim, a terceira característica exige uma efetiva ligação entre a empresa do Estado-domicílio com a empresa do Estado-fonte, não bastando uma relação societária entre as duas, ou ainda que uma delas seja controladora da outra. Com ênfase nessa ligação econômica, a convenção modelo aceita a figura do agente dependente como estabelecimento permanente (*dependent agent EP*), ou seja, aceita-se como estabelecimento estável quando um agente habitualmente firmar contratos em nome de outrem.

Pode-se apontar, então, que a definição de estabelecimento permanente está intimamente associada àquela de *physical facilities*, um local de negócios. Não se exige exclusividade da atuação desse local para a empresa do Estado-sede, nem que haja uma relação de direito real, ou seja, o estabelecimento pode operar em imóvel locado ou arrendado.

Nos próprios comentários da OCDE à convenção, é possível concluir que o estabelecimento estável não exige um tempo mínimo muito alongado, ou mesmo planejamento prévio sobre o futuro da presença da empresa no Estado-fonte. A organização apenas exige que o local físico esteja configurado, pelo menos, há seis meses, motivo pelo qual algumas traduções ao português utilizarem o termo estável ao invés de permanente para a identificação do estabelecimento.

A consequência da verificação ou não de um estabelecimento permanente no Estado-fonte é tratada no artigo 7º da convenção modelo, sob a rubrica *lucros das empresas*, que possui sete itens, sendo mais relevantes para o presente trabalho os dois primeiros, que dispõem:

1. Os lucros de uma empresa de um Estado contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua

atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável.

2. Com ressalva do disposto no n.º 3, quando uma empresa de um Estado contratante exercer a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado, serão imputados, em cada Estados contratante, a esse estabelecimento estável os lucros que este obteria como se fosse uma empresa distinta e separada que exercesse as mesmas atividades ou atividades similares, nas mesmas condições ou em condições similares, e tratasse com absoluta independência com a empresa de que é estabelecimento estável.

Mostra-se claro que o objetivo principal do tratado é isentar o lucro das empresas quando elas atuam fora do Estado de seu domicílio (Estado-domicílio). Assim, cria-se uma cláusula de exceção: a tributação só será possível caso haja um estabelecimento estável no Estado fonte da renda (Estado-fonte) – esse caráter excepcional é reforçado no próprio item 1, que prevê que os lucros tributáveis serão somente aqueles imputáveis a esse estabelecimento estável.

O item 2 traz uma orientação geral para a tributação: os lucros serão imputados ao estabelecimento como se fosse uma pessoa jurídica distinta daquela do Estado-domicílio. Esse tratamento como pessoa jurídica independente abre margem para a empresa realizar negociações consigo mesma, como a venda de produtos pela empresa sediada no domicílio fiscal para o estabelecimento permanente, realizando deduções e ajustes no lucro de cada jurisdição.

## **2.1 Preço de transferência: o controle dos preços praticados pelos contribuintes**

Para regular as operações realizadas pelo contribuinte, é preciso observar o preço de transferência.

Segundo Marjaana Helminen, um grupo de empresas legalmente independente, mas parte do mesmo grupo econômico, podem realizar transações econômicas que não seriam aceitas por atores independentes, justamente porque as forças de mercado não têm efeito nessas pessoas jurídicas.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> HELMINEN, Marjaana. EU Tax Law – Direct Taxation. IBFD. 2013 edition, p. 257.

A autora justifica o interesse no preço de transferência apontando que é necessário determinar qual renda e quais custos pertencem a cada integrante do grupo econômico, em especial quando as transações transbordam as fronteiras dos países.<sup>66</sup>

Assim, os países possuem normativa própria para definir se as deduções e ajustes realizados pela pessoa empresa estão em consonância com o mercado, evitando uma utilização dessas transações com o único intuito de redução do montante devido de tributo através de planejamento tributário.

Não se trata de impedir o planejamento tributário ou de impedir especificamente a contabilização de gastos entre jurisdições tributárias distintas, mas tão somente de controlar as operações comerciais ou financeiras realizadas entre partes relacionadas.

### **3.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DO ESTABELECIMENTO PERMANENTE**

A evolução do tratamento do estabelecimento permanente é importante para avaliar a forma como a OCDE vem lidando com o instituto, que, sob certo ponto de vista, pode ser visto como contrário ao que o próprio plano BEPS foi pensado originalmente.

Explique-se: as alterações pontuais realizadas no conceito de estabelecimento permanente tiveram, aparentemente, o objetivo de reduzir sua verificação, o que traz como característica a concentração da tributação da renda nos países de domicílio. Não se trata de uma tendência inesperada, considerando os integrantes da OCDE, países desenvolvidos que, historicamente, sempre se mostraram como Estados-domicílios.<sup>67</sup>

A primeira utilização desse instituto foi no Tratado Áustria-Hungria-Prússia de 1899, a evidenciar a importância para os Estados de controlar o peso da incidência da tributação direta nas empresas que atuam em mais de um Estado.

O primeiro organismo internacional que adotou o estabelecimento estável foi a Liga das Nações, em sua convenção modelo de 1927, que foi atualizado em 1943. O objetivo dessas convenções foi de, atendendo aos anseios dos países em desenvolvimento, permitir a tributação das rendas decorrentes das atividades desenvolvidas nos Estados-fontes, historicamente países em desenvolvimento.

Indicou-se como estabelecimento permanente, além de uma instalação física para os negócios, os contratos de agenciamento, contendo regras específicas para canteiros de

---

<sup>66</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>67</sup> GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; e BOSSA, Gisele Barra. *Tributação direta dos rendimentos provenientes da computação na nuvem: estabelecimento permanente.* In PISCITELLI, Tathiane (Org). *Tributação da nuvem – conceito tecnológicos, desafios internos e internacionais.* São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 105.

obras e excluindo viajantes comerciais e subsidiárias (já com a ideia de se tributar somente aqueles empreendimentos no Estado-fonte que tivessem um mínimo de permanência).

Havia, contudo, uma limitação grande para o estabelecimento estável: a necessidade de que possuísse caráter produtivo. Assim, nem toda instalação física, ainda que fosse verificada sua permanência no Estado-fonte, era considerada estabelecimento permanente, gerando dificuldades para que os Estados-fonte fixassem o montante tributável em seu território.

A OCDE somente apresentou um modelo de convenção 1963, que passou por alterações pontuais, especialmente em 1977, permanecendo basicamente inalterada por 40 anos, somente sendo atualizada com as ações do BEPS em 2017. Sua base, contudo, remonta do Modelo de Londres de 1946, ou seja, a base da estrutura do estabelecimento estável adotada pela organização já possui 73 anos, o que ajuda a compreender as dificuldades em enfrentar novas camadas da economia.

Pela convenção modelo de 1963, exigia-se como requisito para o estabelecimento estável uma instalação fixa de negócios e o desenvolvimento de atividade empresarial. A *contrario sensu*, excluía-se do conceito de estabelecimento permanente a instalação física, ainda que dotada de permanência, em que não houvesse desenvolvimento de atividade empresarial, bem como o desenvolvimento de atividade empresarial que não contasse com um local físico dotado de permanência.

Houve, contudo, uma evolução em relação à definição adotada pela Liga das Nações, já que não se exigia o caráter produtivo, ou seja, o estabelecimento não necessitava gerar rentabilidade própria para que restasse configurado.

A despeito desse alargamento da definição de estabelecimento permanente, as convenções modelos da OCDE contavam com maiores exceções à configuração de estabelecimento permanente, bem como limitações para agentes dependentes, que deveriam necessariamente assumir obrigações em nome da empresa do Estado-domicílio para que fosse considerado agente dependente para fins de configuração de estabelecimento estável.

A própria proibição de que atividades de natureza preparatória pudesse configurar um estabelecimento permanente foi estendida em 1977 para abarcar também atividades auxiliares, com claro intuito de dificultar a tributação pelos Estados-fontes.

### **3.1 Resultados do Plano de Ação do BEPS**

As alterações realizadas em 2017 foram em sentido oposto, ou seja, tiveram claro objetivo de facilitar a configuração de estabelecimento estável, permitindo, como consequência, maior tributação pelo Estado-fonte. O objetivo não foi alterar a redação da

convenção, tendo os esforços se dirigido especialmente para a interpretação das cláusulas já existentes.

O Plano de Ação nº 7 do BEPS teve por conclusão a indicação de preferência à substância dos atos em detrimento da forma adotada<sup>68</sup> pelos contribuintes. Trata-se de clara reação ao já mencionado planejamento tributário agressivo adotado pelos contribuintes, que manipulavam as hipóteses de exceção tão somente para evadir-se da tributação nos Estados-fontes.

Desse modo, duas soluções principais foram adotadas, ambas com o objetivo de fortalecer a verificação de estabelecimento permanente: limitar interpretativamente as hipóteses de exceção e utilização da regra de antifracturação.<sup>69</sup>

Está englobada na primeira solução a releitura de certas visões, como a referente às atividades acessórias e preparatórias. Um armazém, por exemplo, não pode ser considerado preparatório se o objeto principal da empresa é a venda de bens, porque a entrega desses bens a partir de um armazém, já localizado no Estado-fonte, é um valor adicional muito importante para a empresa.

Assim, o mesmo local e negócios que existia no Estado-fonte antes do aprimoramento realizado em 2017 não era considerado estabelecimento permanente, enquanto a partir da atualização passou a ser considerado como estabelecimento permanente, permitindo, assim, a tributação da renda no local da fonte.

Essa segunda medida visa a coibir que empresas integrantes do mesmo grupo econômico obtenham vantagens tributárias ao dividir suas atividades com o intuito de não configurar um estabelecimento permanente.

Dois comentários podem ser feitos sobre o Plano de Ação 7 do BEPS: houve uma mudança na perspectiva histórica da OCDE de restrição das hipóteses verificáveis de

<sup>68</sup> APELBAUM, Ronaldo. O conceito de estabelecimento permanente: evolução do conceito e as alterações propostas pelo Plano de Ação 7 do BEPS. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). *A tributação internacional na era pós-beps. soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 66.

<sup>69</sup> [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report\\_9789264241220-en#page7](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report_9789264241220-en#page7) Também nesse sentido, vide BIANCO, João Francisco; e FERNANDES, Fabiana Carsoni Alves. *Aspectos relacionados à tributação direta local e internacional - Estabelecimento permanente: legislação tributária brasileira e desafios na economia digital*. In MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo. *Tributação da economia digital : desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo : Saraiva Educação, 2018, posição 1138 de 36461.

estabelecimento estável, contudo não se chegou a combater a economia da nuvem, somente o *e-commerce*.<sup>70</sup>

O comércio digital possui as mesmas premissas da economia da década de 1940, época da qual remonta as bases do estabelecimento permanente das convenções modelo da OCDE. Bens e serviços são comercializados, havendo a entrega de moeda corrente com a contrapartida da entrega de mercadoria física ou de serviço que gera um produto físico.

Pode-se citar como exemplos a venda de filmes e músicas em mídia física, roupas, eletrodomésticos, dentre outros, através de sítio eletrônico. A única diferença nesses casos é que local da transação comercial deixa de ser um local físico e passa a ser realizado no mundo virtual.

Atividades tratadas antes como meramente preparatórias ou auxiliares, como a manutenção de um estoque de mercadorias num armazém para facilitação da entrega ao consumidor final, passam a ser aceitas pela OCDE como suficientes para caracterização de um estabelecimento permanente. Não há como se questionar, desse modo, que houve um avanço no tratamento da matéria pela organização.

Contudo, a mudança foi somente interpretativa, ou seja, a norma já era passível de ser extraída do texto da convenção antes da implementação do Plano de Ação do BEPS.

Não houve um endereçamento específico quanto à incapacidade do conceito de estabelecimento permanente de englobar novas tecnologias, em especial a economia da nuvem. O tema foi ventilado, chegando-se à sugestão de se adotar um conceito de estabelecimento permanente virtual, mas foi abandonada pela OCDE,<sup>71</sup> mantendo-se a posição assentada desde a Conferência Ministerial de Ottawa de 1998.

A ideia ventilada era de tratar de modo diferente o comércio eletrônico do comércio tradicional, o que poderia exigir uma separação das atividades de uma mesma empresa. Essa proposta punha em risco princípios que a OCDE considerou mais caros, como a neutralidade, a segurança, simplicidade e justiça.<sup>72</sup>

#### **4. ESTABELECIMENTO PERMANENTE E A ECONOMIA DA NUVEM**

---

<sup>70</sup> Sobre os diferentes perfis a serem combatidos na economia: KOFLER, Georg; SINNIG, Julia. Equalization Taxes and the EU's 'Digital Services Tax'. INTERTAX, Volume 47, Issue 2. 2019 Kluwer Law International BV, The Netherlands, p. 183.

<sup>71</sup> GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; PRZEPIORKA, Michell; FERRARI, Bruna Camargo; BERGAMINI, Adolpho; BOSSA, Gisele Barra; e CANEN, Dóris. *Op cit*, p. 45.

<sup>72</sup> Idem, *Ibidem*. p. 45.

Segundo análise da própria OCDE, através do Plano de Ação 1 do BEPS, a economia digital possui características que desafiam a tributação: utilização de ativos intangíveis, uso de dados e adoção de múltiplos modelos de negócios.<sup>73</sup>

Cada uma dessas características mostra-se um desafio para a tributação em geral bem como especificamente para a definição de estabelecimento permanente.

Devido à utilização de ativos intangíveis, além de a transação com os consumidores poder ser em ambiente virtual, o próprio produto vendido é virtual, sendo difícil até o controle pelos Estados-fontes da “entrada” desse produto no país.

Uma empresa situada em qualquer lugar do mundo pode atuar no mercado de *streaming* de vídeo ou de música, possuir anúncios direcionados a cada país em que atua, mas somente possuir um único local físico (sua sede), caso em que nunca será verificado um estabelecimento estável.

No Brasil, por exemplo, já há notícia de que usuários de um serviço de *streaming* ultrapassaram a marca de dez milhões,<sup>74</sup> a mostrar que não se trata de uma questão teórica ou ainda muito distante.

A segunda característica, que é o uso de dados, inclusive dados pessoais, gera uma dificuldade inclusive para mensurar a atividade da empresa. O serviço de *big data* é essencialmente um serviço de informação, mas não é uma utilidade que possua um histórico de preços. Vários atores do mercado digital colhem informações sobre os usuários para fazer propaganda dirigida a essas pessoas, por conta de uma série de fatos, inclusive se essa pessoa já demonstrou, em sua navegação pela internet, interesse nesse tipo de produto ou serviço.

Novamente, trata-se de atividade que pode ser realizada de qualquer lugar do mundo, o que dificulta sobremaneira a utilização de balizas materiais como um estabelecimento permanente em um estado para viabilizar a tributação.

Por fim, a adoção de múltiplos modelos de negócios envolve a questão de que não há mais uma obrigação histórica de o lucro da empresa decorrer de uma venda de um bem ou da prestação de um serviço plenamente identificável e individualizável.

A própria colheita de dados, como preferências de consumidores, pode ser uma atividade em separado, enquanto a associação dessas informações com um serviço de publicidade direcionada pode ser uma atividade em separado, prestada por outra pessoa

---

<sup>73</sup> <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/>

<sup>74</sup> <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/ooops/2019/09/26/netflix-confirma-que-ja-passou-de-10-milhoes-de-assinantes-no-brasil.htm>

jurídica. Além da colheita de dados, há serviços que são prestados gratuitamente – isto é, sem contrapartida imediata pelo consumidor do serviço –, o que aumenta a dificuldade na identificação do local em que há a agregação de valor do serviço e que gera renda diretamente ao prestador.<sup>75</sup>

Além disso, há ainda os serviços prestados diretamente na nuvem, conhecidos pelas siglas IaaS, PaaS e SaaS. No primeiro, *Infrastructure as a Service*, há simples disponibilização de espaço na nuvem para o contratante; no segundo, *Platform as a Service*, tem-se uma camada destinada aos desenvolvedores de tecnologia; enquanto no terceiro, *Software as a Service*, há a efetiva disponibilização de uma utilidade para o consumidor, que não precisa ter o produto, seja físico seja digital.

No modelo de SaaS, o consumidor acessa diretamente através da internet, serviços que não estão localizados em seu próprio computador, tablet ou celular. Todo o acesso é feito de modo virtual, o que permite afirmar que é possível que não haja qualquer conexão geográfica entre a localidade do consumidor e a atividade que resultou na aquisição de renda pelo prestador.

Portanto, um dos principais desafios da nova economia, inclusive um passo prévio à identificação do estabelecimento permanente, é identificar como as empresas adicionam valor e geram lucros, para só então adaptar as regras para evitar a erosão da base tributável e a realocação de lucros (objetivo do BEPS).<sup>76</sup>

#### **4.1 Soluções trazidas pelo Plano de Ação do BEPS**

Ainda durante a fase de debates do BEPS (antes da alteração levada a cabo em 2017 na convenção modelo), foram sugeridas algumas alterações pontuais para solucionar o descolamento entre a realidade e a previsão do estabelecimento permanente dos tratados. São eles: alterar as exclusões previstas para a configuração de estabelecimento permanente; estabelecer um novo nexo para qualificação de estabelecimento permanente: a presença digital significativa; e a realização de um teste de presença significativa.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> BIANCO, João Francisco; e FERNANDES, Fabiana Carsoni Alves. *Aspectos relacionados à tributação direta local e internacional - Estabelecimento permanente: legislação tributária brasileira e desafios na economia digital*. In MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo. *Tributação da economia digital : desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo : Saraiva Educação, 2018, posição 1088 de 36461.

<sup>76</sup> *Idem*. *Ibidem*, posição 1088 de 36461.

<sup>77</sup> BIANCO, João Francisco; e FERNANDES, Fabiana Carsoni Alves. *Aspectos relacionados à tributação direta local e internacional - Estabelecimento permanente: legislação tributária brasileira e desafios na economia digital*. In MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo. *Tributação da economia digital* :

Em relação à primeira sugestão, conforme mencionado, a OCDE fez alterações em especial quanto à interpretação dessas cláusulas de exceção, com vistas a facilitar o reconhecimento de estabelecimento permanente. Contudo, essas alterações não são suficientes para solucionar os desafios propostos pela economia digital.

A segunda sugestão também já foi mencionada no presente trabalho, quando se afirmou que a OCDE se recusou a tratar de modo diferente o comércio eletrônico do comércio tradicional, a exigir uma separação das atividades de uma mesma empresa (que atuasse no mercado tradicional e no mercado digital). Ainda assim, pela importância da proposta, cumpre mencionar que, por esse nexos alternativo:

[...] poderia ser qualificada a existência de um estabelecimento permanente em outro país quando uma empresa envolvida em certas “atividades digitais totalmente desmaterializadas” mantivesse “presença digital significativa” na economia de outro país. Nesse caso, haveria estabelecimento permanente somente se verificadas certas condições, como, por exemplo, nas hipóteses de: (i) o desempenho da atividade principal requerer, integral ou substancialmente, o uso de bens digitais ou de serviços digitais; (ii) nenhum elemento físico e nenhuma atividade envolver a criação de bens e serviços e sua entrega; (iii) os contratos geralmente serem concluídos remotamente via internet ou por telefone; (iv) os pagamentos serem feitos unicamente por intermédio de cartões de crédito ou outros meios de pagamentos eletrônicos, utilizando-se de formas ou plataformas online ligadas ou integradas aos respectivos websites etc.<sup>78</sup>

Por fim, pela terceira proposta, seria utilizado o critério de presença significativa, que ainda é muito atrelado à ideia de presença física, mas que já cria espaço para que seja feita uma adaptação à nova economia digital. Desse modo,

[...] segundo a OCDE, a contribuição das relações com o cliente para a agregação de valor. Os critérios para esse teste seriam: (i) relacionamentos com clientes ou usuários que se estendem ao longo de seis meses, combinados com alguma presença física no país, diretamente ou por meio de um agente dependente; (ii) venda de bens ou serviços por meio do envolvimento com clientes no país, incluindo (a) website redigido em língua local; (b) entrega feita por fornecedores na jurisdição; (c) uso de serviços bancários e outras instalações de fornecedores no país; ou (d) fornecimento de bens ou serviços provenientes de fornecedores no país; (iii) fornecimento

---

*desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 1138.

78 *Idem*, *ibidem*.

de bens ou serviços a clientes do país envolvendo o uso de dados ou contribuições de conteúdo de pessoas no país.<sup>79</sup>

Apesar de não acatado pela OCDE, é grande a aceitação na doutrina especializada que é uma falha essa falta de reconhecimento de que a economia digital exige um tratamento diferenciado.<sup>80</sup>

## **5.DA ATUAÇÃO DE MEDIDAS UNILATERAIS POR PARTE DOS ESTADOS**

Tem-se observado, através das proposituras da própria OCDE, cujos interesses refletem mais aqueles dos países desenvolvidos, que há uma confluência dos países para adaptar suas regras tributárias para abranger a nova realidade econômica, em especial pela economia digital.

Isso decorre da própria alteração da relação que os consumidores possuem com os fornecedores de bens e serviços, em diversos campos, seja na publicidade, na comunicação e até no pagamento.

Exemplo nítido ocorreu quando da chegada de *smartphones*, e mais precisamente quando do surgimento dos mercados de aplicativos para celular. Nesse momento inicial, as empresas permitiam o acesso aos aplicativos de qualquer lugar do mundo, mas somente aceitavam pagamentos em certos países.

Era evidente que toda a relação, no mundo dos fatos, ocorria no Estado-fonte, até porque normalmente o telefone móvel era vendido globalmente, contudo no plano jurídico havia uma ficção, como se todos os consumidores domiciliados em países que não possuíam o mercado de aplicativos possuíssem um domicílio ficto nos países em que as lojas já funcionavam. O maior entrave para os consumidores era possuir um meio de pagamento internacional, usualmente um cartão de crédito, mas também eram utilizados cartões pré-pagos.

Essa falta de base tributária, antes restrita aos países em desenvolvimento, atingiu os países desenvolvidos<sup>81</sup> com a crescente digitalização da economia e o consequente aumento do leque de possibilidade das grandes empresas de, através de um planejamento tributário agressivo, escaparem da incidência tributária.

---

<sup>79</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>80</sup> PISCITELLI, Tathiane (Org). Tributação da nuvem – conceito tecnológicos, desafios internos e internacionais. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 44.

<sup>81</sup> <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,starbucks-decide-pagar-impostos-britanicos,157388e>

Nesse movimento para impedir a perda de arrecadação devido ao planejamento tributário agressivo, cresceu a ideia de se dividir a tributação das empresas entre o Estado-domicílio e o Estado-fonte, fortalecendo a ideia de identificar a renda obtida nos Estados-fonte.

Por outro lado, considerando a posição da OCDE de evitar um *ring-fencing* das atividades da economia digital daquelas da economia tradicional, a tributação diretamente da renda obtida no Estado-fonte tomando por base a ideia de estabelecimento estável perdeu fôlego. Esse movimento, contudo, abriu espaço para que os Estados adotassem medidas unilaterais para evitar a erosão da base de cálculo tributável.<sup>82</sup>

Anandapadmanabhan Unnikrishnan e Meyyappan Nagappan<sup>83</sup> conseguiram identificar os principais movimentos dos países para contornar a queda da arrecadação. Cada uma dessas medidas tem como premissa a insuficiência do conceito tradicional de estabelecimento permanente para permitir a tributação de operação e da renda derivada da economia digital.

Os autores indicam que Austrália, Japão, Nova Zelândia, Rússia, e África do Sul fizeram alterações em suas legislações internas quanto à tributação indireta para permitir a tributação transfronteiriça, na qual um residente nesses países adquire produtos ou serviços de outros Estados. Mas além dessa medida, também houve alterações na tributação direta.

São citadas duas medidas, a primeira delas sendo a adoção de medidas anti-erosivas da base tributável. Tanto o Reino Unido quanto a Austrália criaram um tributo para combater o planejamento tributário agressivo e a transferência de lucros por multinacionais. Desse modo, cada um desses países tributa a renda considerada indevidamente retirada de suas jurisdições, por fuga deliberada da configuração de estabelecimento permanente ou por classificações artificiais puramente direcionadas a reduzir o montante pago a título de tributo.

Trata-se de medida mais voltada para aquelas empresas que realizam uma erosão da base tributável e não especificamente uma medida que combata especificamente a falta de tributação valor agregado gerado para empresas digitais pelos consumidores dos Estados-fontes.

A segunda medida citada é exatamente a expansão do conceito de estabelecimento permanente virtual, mas realizado a nível nacional, através de legislação interna, e não

---

<sup>82</sup> KOFLER, Georg; SINNIG, Julia. Equalization Taxes and the EU's 'Digital Services Tax'. INTERTAX, Volume 47, Issue 2. 2019 Kluwer Law International BV, The Netherlands, p. 179.

<sup>83</sup> UNNIKISHNAN, *Op cit*, p. 520-540.

através de um instrumento bilateral ou multilateral. Dentre os países que adotaram tais técnicas, são relevantes as experiências de Israel, Kuwait, Arábia Saudita e Itália.

Para determinar a existência de um estabelecimento permanente, Israel deu menos ênfase à localização física do que características como serviço de propaganda, de suporte e desenvolvimento. Assim, reputou existir estabelecimento estável em seu território caso houvesse número significativo de contratos com residentes no país, ou o número de clientes israelitas, a customização para o país (como o uso da língua hebraica), dentre outros.

Não foram seguidas as orientações da OCDE vigentes, que são direcionadas à existência ou não de um local físico de negócios. Representou uma grande quebra de paradigma, sendo, contudo, questionável como quebra de cláusula contratual de instrumentos internacionais.

As medidas do Kuwait e da Arábia Saudita foram similares e deram maior ênfase ao período em que o serviço é prestado ao consumidor residente nesses países – e não ao local físico. Conforme detalhado, o estabelecimento estável, segundo a OCDE, é aquele local físico que possui uma permanência mínima.

Apesar de a medida não ser referente ao estabelecimento permanente, já que tem como parâmetro a duração do contrato que é executado a residente, sua adoção acaba por criar um estabelecimento virtual nos casos em que o fornecedor contratado não tem um local físico permanente no Estado-fonte. Assim, ambos os países passaram a tributar o rendimento de empresas multinacionais como se elas possuíssem um estabelecimento permanente em seu território.

Já a Itália utilizou um critério misto, aliando a permanência contínua de atividades entre consumidores residentes e fornecedores não residentes que renda um fluxo mínimo de cinco milhões de euro. A maior diferença para os outros três países é que a Itália buscou limitar a abrangência desse tributo a somente grandes contribuintes, mas também pode ser acusada de violar acordos internacionais por fugir da previsão da OCDE.

Por fim, os autores indicam a Índia, que adotou não uma medida única para combater a erosão da base tributária e a transferência de lucros, mas uma série de medidas nesse sentido, sempre com foco na renda gerada através de transações digitais.

Para fins de ilustração, são citadas: fixação de regras sobre preço de transferência, instituição de uma norma contra planejamento tributário agressivo, de um tributo equalizador (*equalization levy*), regras sobre subcapitalização, além de expansão do imposto sobre bens e serviços. Também foram alteradas regras para a caracterização de uma conexão empresarial com o país, caracterizando, assim, um estabelecimento permanente virtual.

Essas medidas, contudo, são perigosas e ameaçam tanto o crescimento da economia quanto a própria integração do país que a adota com a economia digital. Os autores endereçam o assunto desta maneira:

[...] appropriate taxation of this sphere [digital market] is important, keeping in mind that while source states must tax such income in proportion to the value created in its jurisdiction, such tax must also be balanced against the global interest of promoting growth in the digital sphere and its numerous associated benefits. The increasing trend of unilateral tax levies may lead to greater uncertainty and compliance burdens for taxpayers while undermining the tax treaty framework.<sup>84</sup>

A adoção de medidas unilaterais pelos países cria barreiras para o crescimento e integração dos mercados – apesar de solução satisfatória em termos de arrecadação imediata, em especial para países em desenvolvimento, a medida potencialmente reduz novos investimentos, além de representarem uma barreira a investimentos estrangeiros.

### **5.1 Da vida útil do conceito de estabelecimento permanente**

Considerando a tendência da adoção de medidas unilaterais conforme as mencionadas, surge o questionamento: está-se diante do fim da utilidade do estabelecimento permanente?

Enquanto essas medidas forem a exceção, ou seja, enquanto a maioria dos países continuar adotando as soluções indicadas por organismos multilaterais como a OCDE e a ONU, não há que se falar em desuso do instituto do estabelecimento permanente. Contudo, o que se tem observado é a adesão cada vez maior a soluções descompromissadas com o acordo coletivo

Por outro lado, essas próprias medidas unilaterais podem conduzir a um novo *proxy*, como um empirismo científico. Explique-se: é possível que uma ou algumas dessas medidas unilaterais gerem frutos positivos e acabem sendo adotadas pelos organismos internacionais.

Seja pela adoção de critérios unilaterais para a tributação de empresas internacionais, seja o abandono pelos Estados signatários dos convênios devido a adoção desses critérios para tributação, conforme feito, por exemplo, por Israel, Kuwait, Arábia Saudita, Itália e Índia, forçoso é se reconhecer que os países podem vir a abandonar o conceito de estabelecimento permanente.

---

84 UNNIKISHNAN, Anandapadmanabhan; e NAGAPPAN, Meyyappan. *Op cit.*, p. 520.

Se, na primeira discussão sobre estabelecimento virtual, o foco era o *e-commerce*,<sup>85</sup> que pouco se distingue da economia tradicional por manter-se vinculado à necessidade de entrega do bem ou da prestação do serviço, os desafios atuais são outros. Não há que se falar que uma conclusão em sentido oposto agora vá criar alguma incongruência com a postura adotada há duas décadas.

As novas situações, em especial a nova situação fática, merecem uma segunda análise pelos organismos internacionais, dissociada do histórico da própria entidade internacional e dissociada do histórico do próprio conceito de estabelecimento permanente virtual.

## 6. CONCLUSÕES

A tributação internacional hoje precisa enfrentar dois grandes desafios: (i) a erosão da base tributária e a transferência de lucro e (ii) o descolamento da realidade com o direito, tornando defasado o critério do estabelecimento permanente.

Não há de se olvidar que o primeiro problema pode estar associado ao segundo, já que o citado descolamento permite que as empresas multinacionais consigam, através de planejamento tributário, transferir lucros de uma jurisdição para outra, dilapidando a base tributária.

Não obstante o histórico restritivo, verifica-se que a OCDE, na última atualização de sua convenção modelo, buscou reforçar o instituto do estabelecimento permanente numa tentativa de combater ambos os desafios apontados.

Contudo, tratou-se de medida tímida, que não atende aos anseios dos Estados que veem essa contínua perda de arrecadação – às vezes essa perda não é nem para outro Estado, mas simples planejamento tributário agressivo das empresas multinacionais – e buscam tomar atitudes para solucionar esse quadro através de medidas unilaterais.

É necessária uma revisitação do conceito de estabelecimento permanente considerando não a economia de modo geral, numa visão global, ou ainda o *e-commerce*, que possui somente meio distanciamento da economia tradicional. O enfrentamento deve ser realizado entre os atuais mecanismos à disposição em Direito e a realidade da nova economia, baseada totalmente em dados, em produtos e serviços digitais, que não respeitam fronteiras físicas ou jurídicas.

## REFERÊNCIAS

---

85 UNNIKISHNAN, Anandapadmanabhan; e NAGAPPAN, Meyyappan. *Op cit*, p. 523.

GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). *A tributação internacional na era pós-beps. soluções globais e peculiares de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sérgio André *et all. Manual de direito tributário internacional*. São Paulo: Dialética, 2012.

HELMINEN, Marjaana. *EU Tax Law – Direct Taxation*. IBFD. 2013 edition.

KOFLER, Georg; SINNIG, Julia. *Equalization Taxes and the EU's 'Digital Services Tax'*. *INTERTAX*, Volume 47, Issue 2. 2019 Kluwer Law International BV, The Netherlands.

MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo. *Tributação da economia digital : desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

PISCITELLI, Tathiane (Org). *Tributação da nuvem – conceito tecnológicos, desafios internos e internacionais*. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018.

UNNIKISHNAN, Anandapadmanabhan; e NAGAPPAN, Meyyappan. *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*. *INTERTAX*, Volume 46, Issue 6 e 7. 2018 Kluwer Law International BV, The Netherlands.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DOS AGENTES PÚBLICOS

**JONAS VEPRINSKY MEHL:**  
Advogado. Pós-graduado pela Escola Superior de Advocacia Pública e Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

**RESUMO:** O presente estudo visa examinar os principais aspectos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilidade civil do Estado e dos agentes públicos. Inicia-se com uma análise das teorias que versam sobre o tema, à luz do contexto histórico em que cada uma se desenvolveu, culminando na teoria do risco administrativo. Esta última é alvo de enfoque por ser a que tem maior incidência no contexto brasileiro. Pelo viés prático que a matéria possui, o artigo é desenvolvido com base em entendimentos consolidados no âmbito dos tribunais superiores. Ao final, o objeto de estudo é particularizado para a responsabilidade civil dos agentes públicos, mormente à luz da teoria da dupla garantia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil do Estado. Agentes públicos. Risco administrativo. Dupla garantia.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil do Estado. 2.1. Evolução histórica. 2.2. Aplicação no ordenamento jurídico brasileiro 2.3. A responsabilidade civil do agente público. 3. Considerações finais. 4. Referências.

### 1. Introdução

A vida em comunidade envolve riscos. Trata-se de condição indissociável da lógica de desenvolvimento contínuo que impulsiona a sociedade globalizada. Embora sejam indesejáveis, bem como sejam louváveis os esforços no sentido de mitigá-los, uma coisa é certa: eles se manifestarão e causarão prejuízos.

Além dos danos perpetrados por indivíduos, por sociedades empresárias e pelo acaso, merece atenção aqueles que têm origem na atividade estatal. Em um regime pautado no Estado Democrático e Social de Direito, a figura do Poder Público se faz bastante presente, de modo que inevitavelmente gerará danos na esfera dos particulares.

Desta feita, faz-se necessário refletir sobre como tais danos, uma vez concretizados, devem ser reparados. Como se detalhará adiante, já foram muitos os avanços em direção à responsabilização civil do Estado, conquista que pode ser associada ao fortalecimento da teoria da reparação integral que tem origem no direito privado.

Frise-se que o tema em epígrafe deve ser analisado sob as lentes de um ordenamento jurídico que visa impor limites ao poder estatal. Nesse sentido, a fixação de balizas claras à responsabilidade estatal está diretamente relacionada à efetivação de uma ordem constitucional que visa a proteger e concretizar garantias fundamentais.

## **2. Responsabilidade civil do Estado**

Antes de enfrentar o tema da responsabilidade civil do servidor público é necessário perquirir a forma como se dá a responsabilidade civil da Administração. Após longo percurso histórico, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) adotou, para os atos comissivos, a teoria do risco administrativo que implica na responsabilidade objetiva do Estado.

A doutrina costuma distinguir as seguintes etapas da responsabilidade civil do estado: (i) irresponsabilidade civil do Estado; (ii) responsabilidade em situações expressas na lei; (iii) responsabilidade subjetiva; (iv) teoria da falta do serviço ou culpa anônima; (v) teoria do risco administrativo e (vi) teoria do risco integral.

### **2.1 Evolução histórica**

Em um primeiro momento vigia a máxima *the king can do no wrong*. Em um regime absolutista entendia-se que o Estado, personificado no monarca, não poderia ser responsabilizado por seus atos, já que estava munido de um poder supremo. Com o advento da Revolução Francesa passou-se a questionar essa máxima. Assim, tornou-se possível vislumbrar a responsabilidade do Estado, mas apenas em situações pontuais especificamente delimitadas na lei.

O reconhecimento da responsabilidade do Estado, à margem de qualquer texto legislativo e segundo princípios de Direito Público, conforme tradicional lição da doutrina, teve por marco relevante o famoso aresto Blanco, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873.

A menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua em Bordeaux, foi atropelada por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo. Seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes.

Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público.

Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades

do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados. Ainda que nesse caso tenha se fixado que a responsabilidade do Estado 'não é nem geral nem absoluta' e que se regula por regras específicas, desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei.

A teoria pautada na responsabilidade subjetiva do Estado procurava distinguir, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam dos atos de Direito Privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, protetivas da figura estatal.

Ainda na seara da responsabilidade subjetiva é de relevo a teoria da falta do serviço ou da culpa anônima. Para a sua incidência basta que a vítima prove que o serviço não foi prestado, não foi prestado de forma eficiente ou foi prestado de forma atrasada. Essa responsabilidade surgiu entre os franceses e foi denominada *faute du service*. Por dispensar a identificação da pessoa culpada, também recebeu o nome de culpa anônima.

Embora comumente a doutrina narre cada uma dessas teorias de forma estática e cronológica não é esse o melhor sentido que deve se dar a tal classificação. Embora haja uma inspiração histórica é possível identificar a sobreposição dessas teorias no tempo e até mesmo a complementação entre elas dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

A teoria do risco administrativo tem como fundamentos os princípios da isonomia (art. 5º, *caput*, e inciso I, da CF/88) e da solidariedade (art. 3º, I, da CF/88). Entende-se que o Estado age em nome e no interesse de toda coletividade. Assim, da mesma forma que os bônus beneficiam a todos, os ônus também deverão ser suportados de forma coletiva, devendo haver verdadeira repartição dos encargos sociais. Desse modo, caso sobrevenham danos causados pela atividade estatal, lícita ou ilícita, culposa ou dolosa, o Estado deverá ressarcir o particular.

A teoria do risco integral se aproxima da teoria do risco administrativo, salvo por uma importante distinção: não admite excludentes de responsabilidade. É a teoria adotada pelos Tribunais Superiores, mormente pelo STJ, em casos de danos nucleares, atos terroristas e danos ambientais<sup>86</sup>.

## 2.2 Aplicação no ordenamento jurídico brasileiro

---

<sup>86</sup> STJ. 2ª Seção. REsp 1374284-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/8/2014 (Info 545).

No que tange aos atos comissivos, a teoria do risco administrativo foi acolhida pela CF/88, sendo a responsabilidade civil do Estado objetiva, ou seja, independe de dolo ou culpa e só poderá ser afastada caso demonstrada uma excludente de responsabilidade. É o que se extrai da literalidade do §6º do art. 37 da CF/88<sup>87</sup> ao consignar que tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A interpretação *a contrario sensu* da parte final do referido dispositivo conduz à conclusão de que é desnecessária a averiguação do dolo ou culpa do agente para fins de configuração da responsabilidade estatal, sendo o elemento subjetivo relevante apenas na ação de regresso em face do servidor público que causou o dano. Desse modo são elementos da responsabilidade civil do Estado: a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Desse modo, ao pleitear determinada indenização a vítima terá que se desincumbir do ônus de comprovar a existência do dano suportado, da conduta estatal que gerou o dano e do nexo de causalidade como fator aglutinante entre os dois primeiros. Ressalte-se que, em regra, o ônus é de quem alega, ou seja, cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito. Nesse sentido é o disposto no art. 373, I, do Código de Processo Civil (CPC).

Sem prejuízo da regra geral é plenamente possível – e inclusive frequente – que o juiz inverta o ônus da prova, seja pela aplicação da teoria da carga dinâmica (art. 373, §1º, do CPC), seja por expressa disposição de lei<sup>88</sup>. Como exemplo desta última hipótese tem-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) na prestação de serviços públicos remunerados por tarifa ou por taxa (art. 6º, X), uma vez que, o diploma

---

87 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

88 Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

consumerista, positiva tal instituto (art. 6º, VIII)<sup>89</sup>. Importante referir que a inversão do ônus da prova é regra de instrução, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa e não regra de decisão<sup>90</sup>.

Caso haja a inversão do ônus da prova caberá ao Estado comprovar a ocorrência de alguma causa excludente de sua responsabilidade, como o fato exclusivo da vítima, o fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Noutro giro, quando o Estado debilita, enfraquece, ou até mesmo sacrifica um direito de outrem, exercitando um poder que a ordem jurídica lhe confere, não haverá responsabilidade civil do Estado. Nessas situações o Estado age munido de autorização para praticar um ato cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém. É o caso, por exemplo, de uma desapropriação.

Outro ponto relevante é a aferição do grau de responsabilidade do Estado em determinada situação concreta. A responsabilidade será primária quando o Estado, por meio de seus agentes, causar de forma direta o dano. É o caso por exemplo de um dano causado por uma obra pública executada diretamente pelo Estado ou de um dano causado por um agente de segurança pública estatal.

Além dessa espécie vislumbra-se cenários em que há mais de um agente envolvido na produção do dano. Em caso de concessões de serviços públicos o Estado delega a terceiros, mais comumente pessoas jurídicas de direito privado, a prestação dos serviços. Nesses casos, a responsabilidade do Estado será, em regra, subsidiária, podendo responder quando a concessionária não o fizer ou não puder adimplir a obrigação. É o que se extrai do teor do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/9591.

À luz da atual jurisprudência do STJ essa parece ser a regra<sup>92</sup>, mas é possível identificar casos em que a responsabilidade do Estado é reconhecida como solidária em

---

89 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

90 STJ. Segunda Seção. EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012.

91 Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

92 Nesse sentido o STJ já entendeu que a autarquia responsável pela conservação das rodovias responde pelos danos causados a terceiros em decorrência da má conservação, contudo remanesce ao Estado a

razão da deficiência no desempenho de seu papel de Poder Concedente. Destaque-se ainda, os casos de responsabilidade civil por dano ambiental em que o STJ entende que os responsáveis pela degradação ambiental são coobrigados solidários, formando-se, em regra, nas ações civis públicas ou coletivas litisconsórcio facultativo. Frise-se que, nesses casos, embora a responsabilidade seja solidária, a execução em face do ente público será subsidiária<sup>93</sup>.

Ademais, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado<sup>94</sup>.

Cumpra fazer uma breve digressão, pois escapa ao escopo da presente exposição, quanto à responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. A jurisprudência dos tribunais superiores firmou entendimento ao longo dos últimos anos no sentido de ser subjetiva a responsabilidade por atos omissivos, sob o argumento de que o estado não poderia ser um “salvador universal”. Assim, não é porque uma pessoa é acometida por um dano que, em tese, poderia ser evitado pela ação estatal, que o Estado deverá necessariamente repará-lo. Para que haja direito à indenização o requerente deverá demonstrar que o Estado agiu com dolo ou ao menos com culpa em sua inação.

Em que pese parecer ser ainda esse o posicionamento prevalecente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>95</sup> vem caminhando para uma tendência de ampliação da responsabilidade objetiva por atos omissivos. Assim, há julgados no sentido de que se o Estado se omite em situação na qual tem o dever específico de agir a responsabilidade pela omissão será objetiva. É o caso, por exemplo, da morte de detento ocorrida no interior de estabelecimento penitenciário.

Conforme mencionado, o Estado fica obrigado a indenizar terceiros pelos danos causados, seja por atos ilícitos quanto lícitos. Quanto aos atos ilícitos aplica-se o art. 186,

---

responsabilidade subsidiária, não havendo que se falar em responsabilidade solidária deste. (AgRg no AREsp 539057/MS. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0157052-6. Relator (a) Ministro HERMAN BENJAMIN).

<sup>93</sup> Nesse sentido é o teor da recente Súmula 652 do STJ: A responsabilidade civil da administração pública por danos ao meio ambiente, decorrente de sua omissão no dever de fiscalização, é de caráter solidário, mas de execução subsidiária.

<sup>94</sup> Trata-se de entendimento do STJ publicados na edição nº 30 de Jurisprudência em Teses. No caso de omissão no dever de fiscalização a responsabilidade será de caráter solidário, mas de execução subsidiária (STJ. 2ª Turma. AgInt no REsp 1362234/MS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 05/11/2019).

<sup>95</sup> A título de exemplo veja-se: STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1305259-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2/4/2013 (Info 520); STF. Plenário. RE 580252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854).

combinado com o art. 927, *caput*, ambos do Código Civil (CC). Em relação aos atos lícitos incide a previsão do parágrafo único do art. 927 do CC96, seja por se tratar de um caso especificado em lei, seja porque a atividade normalmente desenvolvida pelo Estado implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Vale citar o clássico exemplo de um dano suportado pelo particular em razão de uma obra de infraestrutura regularmente licenciada desenvolvida pelo Estado. Trata-se de ato lícito, mas que gera risco de danos aos particulares, que, com espeque no princípio da solidariedade, deverão ser indenizados.

Outro ponto relevante quanto à indenização é a sua quantificação. Os danos podem ser de diversas espécies, sendo os danos materiais, morais e os estéticos as espécies mais corriqueiras. A primeira espécie tem como elementos os danos emergentes – aquilo que efetivamente se perdeu – e os lucros cessantes – aquilo que se deixou de ganhar<sup>97</sup>.

A segunda espécie é de quantificação mais tormentosa para a jurisprudência por faltarem critérios objetivos para a reparação de danos causados à integridade psicofísica da vítima. Por isso, o STJ desenvolveu o critério bifásico para quantificação dos danos morais pelo qual em um primeiro momento se fixa um valor básico para a indenização com base na jurisprudência que examinou casos semelhantes. No segundo momento são consideradas as circunstâncias do caso concreto para a fixação definitiva da indenização<sup>98</sup>.

Quanto aos danos estéticos cumpre sublinhar que é firme a jurisprudência do STJ quanto à possibilidade de cumulá-los com os danos morais por serem de espécies distintas. O entendimento encontra-se expresso na Súmula 387, que assim dispõe: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

---

<sup>96</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>97</sup> Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

<sup>98</sup> Nas palavras do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino ao julgar o REsp 1.152.541: “Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz”.

A culpa concorrente entre Estado e vítima não afasta a responsabilidade, mas a jurisprudência firmou-se no sentido de que a indenização deve ser reduzida de acordo com a participação de cada um. Quando não for possível medir a participação de cada um aplica-se o percentual de 50%. Trata-se da incidência do sistema da compensação das culpas previsto no art. 945 do CC99.

Os danos oriundos de atos estatais podem ser os mais diversos. Em razão dessa variedade, distintas também são as possibilidades de reparação. A mais conhecida é a reparação em dinheiro. Quando essa obrigação extrapolar o valor fixado para Requisição de Pequeno Valor (RPV) fixado no âmbito do respectivo ente, a indenização será adimplida mediante precatório<sup>100</sup>.

Também é possível que seja prestado diretamente serviço que vise à reparação do dano (*v.g.* serviços médicos prestados na rede pública de saúde) ou ainda o pagamento de pensão mensal. Quanto a esta última espécie é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que pode ser cumulada com a indenização por danos morais e com benefício previdenciário, já que não possui caráter indenizatório<sup>101</sup>.

Consoante entendimento do STF e do STJ, a prescrição para ação de responsabilidade civil em face do Estado é, em regra, quinquenal, na esteira do disposto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32102. Entretanto, o STJ tem posição firme no sentido de que tal regra não se aplica às ações de indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção, que são imprescritíveis<sup>103</sup>.

### **2.3 A responsabilidade civil do agente público**

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria do órgão de Otto Gierke, de modo que os agentes públicos atuam como presentantes do Estado, manifestando, através do desempenho de suas funções, a vontade estatal. Após extenso debate doutrinário e jurisprudencial culminou-se na atual redação do §6º do art. 37 mencionada alhures. De seu

---

99 Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

100 Art. 100 da CF/88. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

101 STJ. AgRg no AREsp n. 541.568, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.

102 Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

103 STJ. 2ª Turma. REsp 1.374.376-CE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 25/6/2013 (Info 523).

texto não há dúvida quanto à responsabilidade objetiva do Estado, por um lado, e da responsabilidade subjetiva de seus agentes, por outro.

À luz da teoria do risco administrativo, acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público.

Assim, não importará, para tais fins, o saber se os poderes que manipulou de modo indevido continham-se ou não, abstratamente, no campo de suas competências específicas. O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva.

Entretanto, o texto não deixa claro se a vítima está autorizada a ajuizar a ação apenas em face do Estado, em face do Estado e do servidor em litisconsórcio passivo, ou ainda apenas contra o servidor. Trata-se de questão processual da mais alta relevância considerando os impactos práticos que a sua conclusão gera na esfera das vítimas, dos servidores públicos e do Estado.

Durante longo período houve divergência entre o STJ e o STF. O Tribunal da Cidadania entendia que era uma faculdade da vítima ingressar com a ação apenas em face do Estado<sup>104</sup>. Para essa corrente o dispositivo constitucional não vedaria a possibilidade de a vítima acionar diretamente o servidor público causador do dano.

Nesse sentido, caberia à vítima avaliar as vantagens e desvantagens na composição do polo passivo. Tendo apenas o Estado como réu não terá que comprovar dolo ou culpa, mas se ganhar o pagamento será em precatório. Tendo o servidor no polo passivo terá que comprovar o dolo ou a culpa e é possível que não haja patrimônio suficiente para a reparação do dano. Por outro lado, a execução irá tramitar de forma mais célere a execução será mais simples.

Em complemento, essa corrente sustentava que a denúncia da lide seria possível, mas não seria obrigatória. A decisão quanto à intervenção de terceiros seria do Estado, ou seja, a não denúncia não geraria nulidade nem comprometeria a ação de regresso<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Posição adotada pela 4ª Turma do STJ no REsp 1.325.862-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 05/09/2013. Também era posição defendida por parte da doutrina, como Celso Antônio Bandeira de Melo e José dos Santos Carvalho Filho.

<sup>105</sup> Havia ainda outras correntes quanto à possibilidade de denúncia à lide, das quais se destacam: A súmula 50 do TJRJ que não admite a denúncia da lide. O fundamento principal é de que a denúncia da lide traz a discussão da culpa para a demanda. A vítima fica esperando a discussão da culpa do agente, entre o estado e servidor, perdendo o efeito do artigo 37, parágrafo 6º da CRFB que tinha uma pretensão célere; Para Yussef Cahali e Di Pietro caberá dependendo do caso concreto. Se a vítima não imputa a culpa

Com a máxima vênia, entende-se que essa posição é equivocada. A interpretação mais consentânea com o referido dispositivo constitucional é de que a ação deve ser ajuizada exclusivamente em face da pessoa jurídica. Desse modo protege-se a vítima na medida em que o Estado tem patrimônio suficiente para pagar a indenização e há a aplicação da teoria objetiva, bem como o agente público, já que, devido ao princípio da impessoalidade, seus atos não podem ser imputados à sua pessoa, mas sim ao ente público em nome do qual atua<sup>106</sup>, assim a responsabilização do agente seria somente perante a Administração Pública.

Trata-se da chamada teoria da dupla garantia: uma em favor do particular; outra, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer. Assim, uma vez condenado a pagar, o Estado ajuíza ação regressiva contra o agente, na qual a responsabilidade será subjetiva. Essa tese foi encampada pelo STF em sede de repercussão geral no julgamento do RE 1027633/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio e julgado em 14/8/2019. Com isso, ao que tudo indica, a aludida controvérsia encontra-se superada.

Embora não se discuta que a responsabilidade dos agentes públicos é subjetiva, há grande dificuldade em se delimitar o elemento subjetivo que conduz as condutas praticadas no exercício da função, principalmente em se tratando de culpa conceituada de forma mais genérica e casuística do que o dolo. A fim de reduzir o campo de insegurança jurídica que incide na matéria, o legislador acrescentou, por meio da Lei nº 13.655/2018, o art. 28 à LINDB dispondo que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

No que tange ao termo *a quo* para o ajuizamento da ação regressiva, prevalece na jurisprudência que é o momento do trânsito em julgado da ação principal. Há autores, por todos José Santos Carvalho Filho, cujo entendimento é de que o momento inicial do prazo prescricional é o do pagamento feito pelo Estado. Vale sublinhar que o STJ já entendeu que não é necessário o deslinde da ação indenizatória contra o Estado para que este venha a exercer seu direito de regresso contra o seu agente<sup>107</sup>.

Os servidores públicos sujeitam-se a três principais espécies de responsabilidade: penal, civil e administrativa. Em regra, essas instâncias são independentes, mas poderão, excepcionalmente, se comunicar. Caso o agente seja absolvido na seara penal por

---

ao agente público na inicial, o estado estaria proibido de denunciar a lide. Ao contrário, se ela identifica, lhe imputa uma culpa, o estado poderia lhe denunciar a lide. Se a vítima não discutiu a culpa do servidor, não poderia o estado trazer em momento posterior trazer esse elemento novo ao processo.

<sup>106</sup> Essa é a opinião, por exemplo, de José Afonso da Silva. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>107</sup> Foi o que estou decidido no REsp 236.837, de 03/02/2000.

inexistência do fato ou por negativa da autoria se estará diante de uma hipótese de absolvição geral, ou seja, o agente deverá ser absolvido em todas as instâncias. Importante atentar para o fato de que qualquer outro fundamento para a absolvição não justifica a comunicação das instâncias<sup>108</sup>.

Além disso, se no processo penal for reconhecida uma excludente de ilicitude essa questão fará coisa julgada no processo civil, mas isso não significa que o resultado será o mesmo em ambas as instâncias.

A decisão condenatória na esfera penal só causa reflexo se o fato ilícito penal se caracterizar como fato ilícito civil, ocasionando prejuízo aos cofres públicos. Em relação aos reflexos na seara administrativa, há que se distinguir os crimes funcionais dos não funcionais.

Nos crimes funcionais a condenação necessariamente refletirá na seara administrativa, já a absolvição segue a regra geral supra referida<sup>109</sup>. Já nos crimes não funcionais a condenação só repercutirá nos casos em que a pena impuser a perda da liberdade. Se por tempo inferior a 4 anos, o servidor poderá ficar afastado do cargo, recebendo o benefício de auxílio-reclusão. Se superior a 4 anos, poderá perder o cargo, sendo certo que se trata de efeito não automático (art. 92, I, b, do CP)<sup>110</sup>.

Ademais, entende o STJ que não deve ser paralisado o curso de processo administrativo disciplinar exclusivamente em razão de ajuizamento de ação penal destinada a apurar criminalmente os mesmos fatos investigados administrativamente. Isso porque as esferas administrativa e penal são independentes, não havendo razão suficiente para a suspensão do processo administrativo<sup>111</sup>.

Uma vez constatado o dano, o Estado poderá regredir em face de seus agentes, caso esses o tenham causado culposa ou dolosamente. Essa cobrança poderá se dar na via

---

<sup>108</sup> É o que extrai dos seguintes dispositivos legais: Art. 66, CP. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. Nesse sentido veja-se ainda: STF. 2ª Turma. RMS 32357/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 17/3/2020 (Info 970).

<sup>109</sup> Sobre o tema o STF editou a Súmula 18: Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.

<sup>110</sup> Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

<sup>111</sup> STJ. 1ª Seção. MS 18090-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 8/5/2013 (Info 523).

administrativa ou na judicial. Na via administrativa, o pagamento da indenização pelo agente será resultado de um processo administrativo que deverá observar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88)<sup>112</sup>.

O pagamento de indenização ao final do processo administrativo dependerá de acordo entre as partes ou, pelo menos, de anuência do agente público. Ao Estado é vedado estabelecer qualquer regra administrativa que obrigue o agente, por seus próprios meios, a pagar o débito. É ilegal, por exemplo, qualquer norma que autorize o Estado a descontar, por sua exclusiva iniciativa, parcelas indenizatórias dos vencimentos do servidor.

A depender da gravidade do dano causado e do elemento subjetivo que o motivou o agente público poderá ser sancionado. Nesse caso deverá ser instaurado processo administrativo disciplinar (PAD), no qual também serão necessariamente observados contraditório e ampla defesa.

Sublinhe-se que a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa não se confunde com a obrigatoriedade da presença de advogado, sendo esse o entendimento constante da Súmula Vinculante nº 5: "*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*". Desse modo, a presença de advogado em PAD é facultativa, ou seja, caso haja auxílio de advogado, tal circunstância não gera a nulidade do PAD.

Ademais, a pena fixada deverá ser proporcional à gravidade do ato e acompanhada de motivação. O STJ possui entendimento consolidado no sentido de que não cabe a revisão do conjunto fático-probatório apurado no PAD, com a incursão no mérito administrativo, por ser questão estranha à competência do Judiciário. Por outro lado, admite-se o exame da proporcionalidade e da razoabilidade da penalidade imposta ao servidor, porquanto se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo<sup>113</sup>.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, constata-se que o aprofundamento dos estudos relativos à responsabilidade civil do Estado e de seus agentes é fundamental para que o instituto venha a ser interpretado e aplicado em consonância com a ordem constitucional vigente. Embora seja possível identificar uma sequência histórica atinente à responsabilidade civil

---

<sup>112</sup> 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: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>113</sup> Nesse sentido: STJ. AgInt no MS 20.515/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/06/2017, DJe 01/08/2017.

do Estado, identifica-se a sobreposição dessas teorias, de modo a se complementarem. É dizer, é possível que se aplique diferentes teorias em um mesmo recorte temporal, a depender das circunstâncias que se apresentem de forma concreta.

Considerando a redação do §6º do art. 37 da CF/88, a teoria que incide com maior frequência é a do risco administrativo. Neste trabalho foram elencados diversos entendimentos dos tribunais superiores que têm aplicado essa teoria considerando determinadas particularidades de situações específicas.

Por fim, aludiu-se ao tema da responsabilidade civil do agente público. Até agosto de 2019 pairava grande insegurança jurídica acerca do tema. Embora houvesse relativo consenso quanto à responsabilidade civil do Estado, STJ e STF divergiam quanto à possibilidade de inclusão do agente público no polo passivo da ação.

A questão foi pacífica pela Suprema Corte prevalecendo o entendimento estribado na teoria da dupla garantia. Com efeito, pode-se afirmar que, no contexto atual, há uma garantia em favor do particular e outra em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer. Assim, uma vez condenado a pagar, o Estado ajuíza ação regressiva contra o agente, na qual a responsabilidade será subjetiva.

## REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; atualizador Gustavo Tepedino. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. - Rio de Janeiro: GZ ed., 2012. p. 55.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro, MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). *Doutrinas essenciais de direito ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. v, 2011, p. 43-48.

## **A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ABORDAGEM POLICIAL: A QUESTÃO DA TORTURA**

**GABRIEL SILVA DAS DORES:**

Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Brasil – Campus Fernandópolis

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES

(Orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho visa demonstrar a violação dos direitos humanos durante a abordagem policial, mais especificamente o uso dos meios de tortura e a constante preocupação da polícia militar do Estado de São Paulo com a formação adequada de seus agentes. Faz-se uma abordagem histórica quanto ao surgimento dos direitos humanos, da antiguidade aos dias atuais. Após descreve-se os direitos humanos no Brasil como um enfoque na legalidade dos meios e aparatos a serem utilizados contra a violação dos direitos humanos e a dignidade das pessoas. Finalizando, demonstra-se preocupação da Polícia Militar do Estado de São Paulo desde a formação até a atuação de seus agentes de segurança, seguindo os preceitos legais e orientadores da conduta policial.

**Palavras-chave:** Abordagem policial. Direitos Humanos. Formação.

**ABSTRACT:** The present work aims to demonstrate the violation of human rights during the police approach, more specifically the use of the means of torture and the constant concern of the military police of the State of São Paulo with the adequate training of its agents. A historical approach is made to the emergence of human rights, from antiquity to the present day. Afterwards, human rights in Brazil are described as a focus on the legality of the means and devices to be used against the violation of human rights and the dignity of people. Finally, the concern of the Military Police of the State of São Paulo is demonstrated, from training to the performance of its security agents, following the legal precepts and guidelines for police conduct.

**Keywords:** Police approach. Human Rights. Formation.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. CAPÍTULO I – INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS. CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES . CAPÍTULO II - DIREITOS HUMANOS NO BRASIL. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E A SEGURANÇA PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEI DE COMBATE À TORTURA: ABORDAGEM HISTÓRICA E OUTROS ASPECTOS. CAPÍTULO III - A ABORDAGEM POLICIAL: DA FORMAÇÃO A ATUAÇÃO. DIREITOS

HUMANOS E A ATIVIDADE POLICIAL. A FORMAÇÃO DO POLICIAL MILITAR. REQUISITOS DA ABORDAGEM. CONSIDERAÇÃO FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## **INTRODUÇÃO**

Desde algum tempo o mundo vem se despertando para as questões de violação dos direitos humanos, mais especificamente após a 2ª Guerra Mundial e o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Neste sentido, procurou-se reconhecer a dignidade da pessoa humana em vários aspectos, entre eles a violação dos direitos humanos durante a abordagem policial, mais especificamente a questão da tortura.

Cabe salientar que na formulação deste trabalho acadêmico adotou-se como método de abordagem o dedutivo. Como técnica de pesquisa foi utilizada, fundamentalmente, a bibliografia e documentos, onde, para conseguirmos obter um resultado final, perpassamos por alguns marcos teóricos intermediários, analisando a legislação vigente e doutrinas pertinentes ao tema.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar que a atividade policial possui suas peculiaridades quanto ao uso da força, mas que não permite ao agente público violar os direitos humanos e utilizar-se de técnicas de torturas para obter êxito nas abordagens policiais. Já os objetivos específicos são de ratificar que a não violação aos direitos humanos deve ser observada em todas as circunstâncias durante a abordagem da polícia. Logo, deve-se realizar uma análise no uso das técnicas de abordagem no âmbito da segurança pública e, desta forma, demonstrar que a tortura é uma conduta que viola os direitos humanos, relatando assim, que os procedimentos operacionais proferidos pela Polícia Militar do Estado de São Paulo e a observância na pirâmide do escalonamento da força devem ser seguidos na íntegra para que possamos evitar abordagens violentas e sem observação aos direitos humanos.

Cabe salientar que o presente trabalho monográfico é dividido em três capítulos: No Capítulo I, verifica-se a internacionalização dos direitos humanos, bem como o papel da Organização das Nações Unidas na internacionalização destes mesmos direitos. Desta feita, são delimitados os principais órgãos que compõem a ONU, como o Conselho de Segurança, a Assembleia Geral, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado. Dando continuidade na pesquisa, aborda-se as cinco dimensões dos direitos humanos, a declaração universal dos direitos humanos, o Pacto San José da Costa Rica, bem como os principais tratados e convenções inerentes aos direitos humanos e os respeitos a dignidade das pessoas.

Já no Capítulo II, tem-se como meta demonstrar os direitos humanos no Brasil, efetuando uma abordagem propedêutica do Artigo 144 da Constituição Federal de 1988, visando nortear os órgãos que fazem parte da segurança pública. Faz-se ainda, verificação da Lei 9.455/97 (Lei de tortura) e com a necessidade na complementação deste Capítulo, descreve-se o código de conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei. Além disso, no Capítulo III vislumbra-se uma abordagem ao ensino da atividade policial, demonstrando desde a formação até a atuação policial. Logo se delimita o contraponto entre a atividade policial e os direitos humanos, bem como o programa nacional dos Direitos Humanos, a matriz curricular nacional e a preocupação da Polícia Militar do Estado de São Paulo com o ensino. Cabe frisar que a pesquisa demonstra o amparo legal para a realização da abordagem policial, com visão aos procedimentos operacionais padrão da Polícia Militar do Estado de São Paulo, a pirâmide do escalonamento do uso da força e, por fim, a Súmula Vinculante nº 11/STF, que versa sobre o uso legal das algemas.

## **CAPÍTULO I – INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

### **EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

A evolução histórica são fatos sucessivos que aconteceram durante milhares de anos que trouxeram ganhos e conquistas para os direitos humanos. São fatos de extrema importância, merecendo salientar que os preceitos de direitos humanos foram adquiridos durante os últimos três milênios da civilização, sem se ignorar a necessidade de voltar ao ano de 2040 A.C para analisarmos o Código de Ur-Nammu.

Aquele Código de foi criado na Suméria, conhecida por ser uma terra sem lei, não civilizada, uma terra onde todos resolviam seus próprios problemas da forma que quisessem, sem qualquer intervenção estatal. Desta feita, surgiu o princípio da reparabilidade dos danos morais.

É preciso analisar o período histórico com atenção para que possamos entender as atuais classificações dos direitos humanos. Já na antiguidade, acerca do surgimento do desenvolvimento dos direitos humanos com a tomada do Império Romano pelos povos bárbaros. É necessário destacar que, inicialmente, não existia nenhuma previsão normativa para regular a vida das pessoas em sociedade, de maneira que cada pessoa defendia os seus interesses da forma que melhor lhe favorecesse. Assim sendo, a desproporcionalidade se mostrava como uma característica patente. No entanto, devido a necessidade de regulamentar a conduta das pessoas em sociedade, surgiram também normas com esse intuito, como o Código de Hamurabi e a Lei das Doze Tábuas.

Alexandre de Moraes, em seu curso de Direito Constitucional destaca:

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e na Mesopotâmia, no terceiro milênio A.C. onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao estado. O Código de Hamurabi talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. (Moraes, 2000. p.24)

Por isso, cabe frisar que o Código de Hamurabi foi elaborado para regular a vida em sociedade nas cidades babilônicas. Antes disso não havia regra de convivência naquela sociedade para que pudesse ser predeterminado aos seus integrantes conduta a ser cumprido. Desta forma, verificou-se que o Código de Hamurabi conta com penas cruéis, infamantes, desumanas e até sansão mortal era largamente empregada. A pena capital não raramente era aplicada em série de eventos.

O Código de Hamurabi fazia a divisão em três classes: 1º classe awelum (filho do homem), onde eram aplicadas penas pecuniárias. Já a 2º classe mushkenum (cidadão livre), era uma classe intermediária, cujos integrantes, se violassem as normas, ora teriam penas reparatórias pecuniárias, ora teriam penas capitais, dependendo da gravidade da infração. Por fim, a 3º classe wardum (escravos marcados) poderiam ter a propriedade, mas suas penas nunca eram pecuniárias e, se violassem as normas, as penas seriam cruéis: morte ou mutilação. A pena de morte era largamente aplicada, seja na fogueira, na forca, por afogamento ou empalação. A mutilação era infligida de acordo com a natureza da ofensa.

Para entendermos que com tais penas há certa proteção dos direitos humanos é necessário compreender que antes disso não tínhamos nenhum tipo de sanção para quem cometesse qualquer crime, ex: a partir do Código de Hamurabi, quem furtava perdia uma mão, quem furtava pela segunda vez perdia a outra mão, vejamos então que havia certa proteção aos direitos humanos.

Já na idade média, apesar de ser considerado o período da história mais obscuro, foi nele o momento que mais se desenvolveu a proteção dos direitos humanos. Diante disso, cabe salientar e destacar que nesta época que tivemos o surgimento da Magna Carta na Inglaterra, em 1215.

A referida Magna Carta foi em consequência de uma sucessão de erros por parte do Rei João, a ponto de levar os Barões ingleses a se revoltarem e imporem limites ao poder real. Havia naquela época uma contenda entre a igreja, monarquia e a nobreza, entre o Papa Inocêncio III e o Rei João Sem Terra, onde a nobreza estava insatisfeita. Diante disso, os Barões obrigam o Rei João Sem Terra a ceder direitos: é o fim do absolutismo, o rei não possuía mais o poder absoluto. Com isso, o rei ficou sem prestígio, inclusive com a igreja.

Portanto, os Barões revoltados invadiram Londres e o Rei João Sem Terra, para continuar no poder, foi obrigado a assinar o histórico documento, que é a Magna Carta.

Em alguns artigos da Magna Carta, fica claro que alguns princípios estão explícitos no decorrer do texto: princípio do devido processo legal, da supremacia da justiça, onde nenhum ser humano seria impedido do direito à justiça bem como ser julgado de acordo com a lei.

A magna carta de 1215 foi um marco limitador para os monarcas da época, pois eles detinham o poder, e com a vigência deste ordenamento foram restringidos os poderes monárquicos, a partir deste momento os detentores do poder também tinham que seguir o que preceituava a lei, especialmente o Rei que assinou a magna carta. Foi desta forma que o povo conseguiu impedir o exercício do poder absoluto, antes “O Rei era a Lei”, a partir da magna carta ele deveria obedecer à lei e não mais seria ele a própria lei. (COMPARATO. 2010. P. 92)

Em 1776 criou-se a declaração da independência dos Estados Unidos da América, a qual foi escrita por Thomas Jefferson em 1776. Ela trouxe importante marco teórico com a previsão dos direitos naturais, com destaque para sua reconhecida influência iluminista. Esta declaração foi criada pelas treze colônias que estavam sendo invadidas pelos ingleses. Estes estavam se aproveitando da América do Norte com aumento excessivo de impostos para pagar prejuízos das guerras por eles em que se envolviam. Cabe salientar que os ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade tiveram grande importância na confecção da Declaração da Independência dos Estados Unidos da América.

Em 26 de agosto de 1789 foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual foram abordados os seguintes temas: o respeito pela dignidade das pessoas, a liberdade e a igualdade dos cidadãos perante a lei, o direito à propriedade individual, o direito de resistência à opressão política, a liberdade de pensamento e opinião e o início da laicidade dos Estados. Cabe salientar que tais pontos abordados serviram de parâmetro para outras constituições. Foi então criada a Constituição Francesa, que também trouxe uma abordagem bastante significativa a determinados temas, entre eles a igualdade jurídica entre os indivíduos, livre comércio, fim dos privilégios do clero e da nobreza, proibição de greves, liberdade de crenças, separação do Estado e da igreja e, principalmente, a separação dos poderes em executivo, legislativo e judiciário.

Outro marco histórico importante, mas desastroso, foi a segunda guerra mundial, pois foi onde surgiram vários tratados, os principais serão abordados ainda neste capítulo. Ainda em 1945 na cidade de São Francisco, realizou-se uma conferência para criação da Organização das Nações Unidas -ONU.

## **DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS**

A observância da evolução dos direitos humanos é de suma importância para que possamos entender os momentos históricos em que os direitos humanos fundamentais foram, em tese, concretizados. Segundo Hoffmann (2009, p.32):

Importante registrar que os direitos humanos não se sucedem nem são substituídos, entretanto a divisão dos direitos em gerações trata-se da trajetória evolutiva e não de sucessão. Os direitos são complementares uns aos outros e as gerações não se sucedem com exclusão.

Cabe frisar que hoje em dia a maioria dos doutrinadores não utiliza mais a nomenclatura de "Gerações" de Direitos Humanos, mas sim "Dimensões" de Direitos Humanos.

Primeira Dimensão – Liberdade: Os direitos humanos de primeira dimensão, via de regra, visam proteger o indivíduo do poder do Estado. São os direitos que surgiram logo após a revolução dos iluministas, mais precisamente após a Revolução Francesa em 1789. Foi quando contestou-se o poder estatal em detrimento ao poder individual. Tais direitos são também denominados como direitos civis e políticos, correspondendo em grande parte, por um prisma histórico, a uma fase inaugural do constitucionalismo no ocidente. Fase por excelência de predomínio do apogeu dos direitos individuais. Tais direitos são gerados por um pensamento de luta e oposição ao poder absoluto do Estado, fato que já se consolidou pela sua universalidade formal, de tal sorte que, nesta altura do ambiente histórico, não há nenhuma constituição que não a reconheça programaticamente em toda sua extensão e plenitude.

O importante é compreender o verdadeiro sentido da ideologia liberal. Não é no sentido econômico de neoliberalismo, mas de se garantir ou de se buscar a liberdade do indivíduo frente ao domínio do Estado, fazer com que a sociedade tivesse liberdade para agir da maneira como ela bem entendesse, respeitados, é claro, determinados limites legais frente a atuação do Estado.

Desta forma é feita a limitação do poder do Estado, dando ênfase as liberdades individuais. Foi um marco na destruição ao absolutismo estatal. São direitos de cunho negativo para que o Estado não interfira no particular. Foi a positivação dos direitos de liberdade, fato este reconhecido e respeitado pelo Estado.

Diante disso, Hoffmann (2009, p.33) nos instrui que:

Na violação do Direito Natural do Estado, não há defesa possível, a não ser a resistência, por meio de pressão à ordem constitucional

pelo ente maior. Essa conscientização de que os direitos são conquistados e não outorgados pelo governante, gerou a ampliação dos direitos fundamentais, os quais ultrapassam a esfera do natural para chegar aos direitos políticos.

Podemos concluir que a primeira dimensão dos direitos humanos teve como inspiração os ideais da Revolução Francesa bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Pode-se concluir, ainda, que um dos objetivos era a preservação da vida e da liberdade, onde o titular desse direito era o indivíduo, o homem na sua mais essência singularidade.

Segunda Dimensão – Igualdade: Essa dimensão dos direitos humanos surgiu logo após a Revolução Industrial. Esses direitos dominam a preocupação jurídica do século XX, da mesma forma que os direitos de primeira geração dominaram no século XIX. São direitos de segunda dimensão os direitos sociais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade introduzido no constitucionalismo das distintas formas de estado social. Esses direitos surgiram abraçados ao direito de igualdade do qual não se pode separar.

Os direitos de segunda dimensão visam à igualdade entre as pessoas e os povos, são os direitos sociais, econômicos e culturais que eclodiram logo após a Primeira Guerra Mundial de 1914, tendo como base histórica ainda o Tratado de Versalhes e a Constituição Mexicana da mesma época.

Nesta linha de pensamento Moraes (2007, p.202) define os direitos sociais:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado social de direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático (...)

Os direitos sociais são expressos pela própria necessidade humana. O ser humano deve sempre estar imbuído da coletividade. Para tanto, necessita de um ambiente livre, justo e igual em direito e deveres, fatos estes preponderante acarretam a dignidade da pessoa humana.

Terceira Dimensão – Fraternidade: Após a Segunda Grande Guerra, levando em consideração as dificuldades e as conquistas das gerações anteriores, uma nova perspectiva e novos direitos passaram a surgir, direitos que até então não eram tratados como prioridades, que são os direitos de fraternidade e da solidariedade. São direitos

difusos, tanto que o período de positivação desses direitos foi muito semelhante ao de inserir os direitos humanos em uma visão coletiva. É sabido que dentre os aspectos mais preponderantes dos direitos de terceira dimensão, temos a paz, a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, o meio ambiente, a qualidade de vida e o patrimônio histórico e cultural.

Hoffmann (2009, p.34) descreve:

Na terceira geração dos direitos, cujo postulado é a fraternidade, eleva a abrangência para alcançar novos rumos em sua titularidade: a humanidade. Os direitos de terceira geração não se assentam em apenas um indivíduo, mas na coletividade. Parte-se, ainda, de uma visão individual: a igualdade real de cada um, merecedora de proteção do Estado – direito a educação, ao pleno emprego, à segurança etc.

Temos um ambiente de coletividade onde cada membro da sociedade deve “fazer a sua parte”, para que todos tenham os mesmos direitos e possam gozar das mesmas riquezas e das mesmas benesses inerentes a vida humana.

Quarta Dimensão – Democracia, Informação, Pluralismo e Biodireito: A quarta dimensão dos direitos humanos é mais que apenas uma variante dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensão. O bem da verdade é a expansão da liberdade, do entendimento e da tolerância às individualidades, de respeito à evolução do desenvolvimento histórico dos direitos humanos fundamentais e ao biodireito.

A quarta dimensão dos direitos humanos ainda é um tema moderno e que não conta com muitos doutrinadores, mas cabe a nós refletir e discutir o assunto, pois esta dimensão é de extrema relevância para entendermos os direitos humanos e suas diferentes facetas. Essa dimensão de direitos humanos trata na verdade dos direitos ligados ao pluralismo, a democracia e ao biodireito. Logo temos direito a diferença, à informação, a pluralidade e o respeito aos menos favorecidos, as minorias e as pesquisas na área do biodireito e da genética humana.

É preciso compreender que os direitos humanos encontram-se em um infindável estado de descoberta e desenvolvimento. Vimos ao longo da história diversos momentos que o Estado abstevesse das discriminações e arbitrariedades, bem como criou mecanismos de proteção e afirmação dessas minorias. Não podemos deixar que essas conquistas de direitos sejam minoradas. Os direitos humanos de quarta dimensão são de fundamental importância na abertura de novos paradigmas normativos de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana.

Quinta Dimensão – Direito à Paz: Paulo Bonavides segue a linha de direito a paz. Contudo, como a quinta dimensão ainda é algo novo, não temos como descrevê-la com clareza e extrema delimitação. Mas cabe salientar que o direito à paz é um dos notáveis progressos da defesa dos direitos humanos fundamentais. A paz é algo que todas as nações buscam, sejam elas de grande ou pequeno porte, é um direito imanente. A quinta dimensão dos direitos humanos vem coroar um espírito humanístico, de busca pela dignidade jurídica que ecoa no reconhecimento universal do ser humano com ente fundamental na composição do mundo. Conforme Bonavides (2008, p.83): “o direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas”.

A busca pela paz pode nos trazer algumas dificuldades, é preciso lutar por ela e transformar a convivência em sociedade possível, mas, para isso, temos que respeitar uns aos outros com suas diferenças; é preciso respeito a dignidade no âmbito individual para que possamos nos dar o luxo de termos uma sociedade mundial livre, justa e igualitária, para que desta forma todos nós consigamos viver em paz e em harmonia.

Portanto, a paz é nossa e jamais podemos deixá-la escapar. Devemos processar e julgar os autores das guerras, os quais, pois por si sós, são verdadeiros violadores dos direitos humanos, mais especificamente dos direitos humanos de quinta geração.

### **CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES**

Para existência da tortura, segundo este tratado, é essencial que exista a prática de atos que produzam dor ou sofrimento a uma pessoa, também é necessário que verifiquemos adequadamente o objetivo da conduta do agente, e, por fim, mas não menos importante, exige-se a presença do funcionário público. É plenamente possível ampliar a aplicabilidade da norma, já que o próprio Art. 1º em sua parte final, autoriza que os Estados o façam. No entanto, ainda que não houvesse autorização explícita do tratado internacional, seria possível ao Estado Brasileiro, por exemplo, extrair um dos requisitos para alcance da norma. Nesta hipótese, devemos aplicar a regra geral inerente aos direitos humanos.

A convenção traz uma divisão em três partes, a primeira aborda o sujeito passivo e ativo da tortura e tem em seu Art. 1º:

Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimento agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou

outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infringidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, por sua instigação ou com seu consentimento ou aquiescência.

A segunda parte trata da formação e atuação dos comitês contra tortura, no que diz respeito aos membros integrantes, duração dos mandatos e ainda da emissão dos relatórios. Já a terceira parte, cuida da adesão dos Estados à convenção. Portanto, é um diploma normativo importante na proteção dos direitos humanos e regulador dos atos pertinentes aos agentes públicos, que visa, também, disponibilizar provas aos outros Estados membros para que desta forma possam avocar para si a legalidade do direito de punição dos infratores.

## **CAPÍTULO II - DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

### **A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E A SEGURANÇA PÚBLICA**

Tema bastante amplo, mas que merece uma reflexão mais aprofundada dada a sua importância na composição e respeito aos direitos humanos, bem como a manutenção da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 144 que: "A segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio público (...)".

A Ordem Pública tem como objetivo a busca do bem estar social, ou seja, pode-se dizer que é a própria segurança em todos os seus aspectos, posto que o Estado-social busca em seu fim a realização do bem comum, e atingindo esse objetivo consequentemente mantém essa ordem pública.

Diante dos pontos abordados acima, julgamos importante também conceituar o segundo tipo ao qual o caput do artigo 144 da CF/88 se refere, que é a incolumidade.

Logo, Felix Teixeira (2009. p. 53) entende-se por incólume:

A manutenção do estado de conversação, sem dano ou sofrimento, seja ele material ou moral. [...]. Desta forma entende-se que incolumidade pública é a conservação do status quo do indivíduo, bem material, imaterial, pessoal – objetivo ou subjetivo, ou qualquer outra hipótese em que o Estado seja sujeito desta relação.

Diante do exposto, entende-se que é essencial mantermos o *status quo*, que por vezes necessitamos do poder do Estado para mantermos os bens em conservação, sem dano ou sem sofrimento.

## **SEGURANÇA PÚBLICA**

A Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 144, no texto constitucional está descrito que:

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

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - policiais civis;

V – policiais militares e corpos de bombeiros.

É desta forma que o texto constitucional delimita e organiza as instituições que compõem o sistema de segurança pública, desta forma, não podemos nos furtar em relacionar o Art. 144 com o previsto no §7º do mesmo artigo 144 da CF/88, a lei disciplinar, sua organização e funcionamento de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, essa lista é taxativa, não podendo o legislador ampliar as hipóteses ou os órgãos que compõem o sistema de segurança pública. Isso só pode ser mudado através de emenda à Constituição, por isso não se considera as guardas municipais como órgão que fazem parte da segurança pública.

O sistema de segurança pública é dividido entre polícia ostensiva, que executa o serviço de prevenção, e a polícia judiciária, que realiza a repressão. A polícia ostensiva tem como foco o patrulhamento que visa uma atuação antes da ocorrência do fato delituoso. Ela utiliza fardamentos, viaturas e armamento de forma ostensiva, ou demonstrando seus equipamentos, para que desta forma iniba a ocorrência dos crimes.

Agora se a polícia ostensiva não consegue inibir a prática de um crime e se aquele delito ocorre, entra em cena a polícia judiciária ou repressiva, que, por sua vez, atua após o cometimento dos crimes. Tem como função principal apurar as infrações penais. Depois

que aconteceu aquele crime a polícia judiciária vai instaurar um inquérito policial pelo delegado de polícia, que terá que colher indícios de autoria e materialidade do delito.

Por isso, em geral, a polícia judiciária não trabalha uniformizada, não trabalha com viaturas caracterizadas. Esses policiais trabalham com roupas civis (normais) para poderem realizar as investigações.

### **LEI DE COMBATE À TORTURA: ABORDAGEM HISTÓRICA E OUTROS ASPECTOS**

A lei de combate à tortura foi criada após intensas reações sociais aos excessos no uso da força e exageros policiais. Cabe salientar que essa lei é uma norma relativamente nova pois foi concebida apenas em 1997 com o objetivo de coibir o uso abusivo da força policial por agentes despreparados e que não condizem com os poderes legais a eles constituídos.

Gonçalves (2014, p. 25) cita:

A criminalização da tortura é recentemente não apenas no Brasil, mas em vários países europeus que integram o sistema romano-germânico. A Constituição Federal Brasileira, de 5 de outubro de 1988, em seu Art. 5º, inciso III dispõe: "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante", reproduzindo assim dispositivos dos tratados internacionais de direitos humanos. Já no inciso XLIII do mesmo artigo, afirma que a prática da tortura, entre outros crimes, é insuscetível de graça e anistia. Nesta esteira, em 1997, a tortura foi tipificada no Brasil, por meio da Lei 9455/97. Pela referida lei, vários tipos de condutas que importem sofrimento físico e psíquico são consideradas tortura.

Cabe esclarecer que, em 2005, houve uma visita do Comitê Internacional para combate a tortura da ONU no Brasil e foi esse comitê que deu origem a um relatório que disse aquilo que todos nós já sabíamos: existe tortura no Estado Brasileiro. Será que a lei é a forma mais eficaz de combater a tortura? Será que a nossa lei está adequada ou necessita de adequações?

Cabe salientar que esta visita só pôde ser possível após uma grave denúncia perante a ONU em 2002, dizendo que o Brasil praticava tortura, sobretudo no sistema prisional. Após a visita, chegou-se a conclusão que estava estampada de forma rotineira a tortura no sistema penitenciário brasileiro.

O problema é que o relatório foi emitido somente em 2006 e a Lei de Tortura é de 1997. Diante disso, podemos concluir que a lei de tortura é uma lei evidentemente sub-aplicada. Por isso, é razoável que se admita que a Lei de Tortura é uma Lei que possui uma

cifra oculta de crimes não apurados. Os casos de tortura que chegam ao judiciário são infinitamente menores em comparação com o número de casos que realmente existem.

É oportuno frisar que a lei de combate à tortura diverge da orientação da Convenção Interamericana de Combate a Tortura porque existe uma convenção que deu origem ao Comitê de Combate a Tortura, assinada pelo Brasil em 1989, que já no artigo 1º trás uma definição do que seja tortura.

Conforme o artigo 1º, da aludida Convenção:

Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa à fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Nessa definição está claro que a tortura deve ser uma imposição de sofrimento praticada por agentes públicos. Isso da ideia de que a tortura só pode ser praticada por agente do Estado. Portanto, no âmbito da citada Convenção não há tortura praticada por particulares, por mais que haja sofrimento, físico ou mental.

O problema é que o Brasil, na Lei Nº 9.455 de 1997, divergiu, indo na contramão da orientação da convenção interamericana de combate á tortura. No Brasil, ao contrário do que acontece na Convenção Interamericana, define que a tortura não é um crime próprio de funcionário público. A tortura, então, no Brasil, pode ser praticada por qualquer pessoa, basta estar dentro dos modelos de torturas descritos na Lei. Cabe salientar, que a tortura não é ocasionar qualquer tipo de sofrimento. A tortura do ponto de vista jurídico não pode ser confundida com a tortura coloquial, de maneira que a tortura é um tipo que tem elemento muito específico. Na verdade, podemos dividir tortura em quatro tipos básicos:

O primeiro tipo de tortura é impor a alguém sofrimento intenso físico ou mental, com o objetivo de obter confissão ou informação, obter ação ou omissão criminosa, por motivo de preconceito de raça ou de religião. De acordo com Gonçalves (2014. p. 63) em sua brilhante obra descreve:

Existe uma relação estreita entre a tortura-prova e a pretensão de se encontrar a verdade por meio da confissão do acusado. Tal relação aparece de forma muito evidente na construção histórica do sistema processual penal inquisitório e, conseqüentemente, na elevação da confissão a categoria de prova conclusiva sobre os fatos delituosos investigados.

O segundo tipo de tortura exige uma relação entre o sujeito ativo e passivo, que é submeter pessoa sobre a qual se tem guarda ou autoridade a intenso sofrimento físico ou mental como forma de castigo. Esse tipo de tortura é muito comum no âmbito familiar, onde se percebe uma “escadinha da violência”, que é uma espécie de aumento gradativo da violência doméstica. Inicialmente, a violência começa com gritos e discussões, mas em um curto espaço de tempo passamos a presenciar tapas e socos, até chegarmos a atitudes mais extremas, que é a morte de um dos envolvidos, muitas vezes filho e/ou esposa.

O terceiro tipo é impor ao preso ou ao submetido à medida de segurança, uma medida gravosa não prevista em lei. Nesse caso a lei nem exige o sofrimento físico ou mental, mas podemos concluir que não tem como admitir tortura que não cause sofrimento, seria uma espécie de coerência legal.

Conforme Gonçalves (2002, p.97):

A tortura tem semelhança com outros crimes, como maus tratos e lesão corporal, por exemplo, mas possui o elemento normativo do tipo, consistente na necessidade que a vítima seja submetida a intenso sofrimento, sendo, portanto, de aplicação em situações extremas.

O quarto tipo é a tortura por omissão, onde aqueles que podem evitar ou têm o dever de apurar e não o fazem, incorrem no mesmo crime.

Conforme a Lei nº 9.455/97, Lei da Tortura: “Art. 1º, § 2º, aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos”. Da mesma maneira, Gonçalves (2013, p.100): esclarece-nos:

Somente será aplicável aquele que tem o dever jurídico de apurar a conduta delituosa e não o faz. Como tal dever jurídico incumbe às autoridades policiais e seus agentes, torna-se evidente a impossibilidade de aplicação do aumento do §4º, I, da lei (crime cometido por agente público), já que isso constituiria bis in idem.

Podemos concluir que o crime de tortura é um tipo penal equiparado a hediondo e de efeito automático, onde o efeito da condenação no crime de tortura é a perda do cargo ou função pública, bastando apenas que o crime tenha alguma relação com o cargo ou função pública. Por isso e diante da sua importância jurídica, vê-se na obrigação de citar a Lei 9.455/97 que se encontra anexa ao trabalho.

### **CAPÍTULO III - A ABORDAGEM POLICIAL: DA FORMAÇÃO A ATUAÇÃO.**

#### **DIREITOS HUMANOS E A ATIVIDADE POLICIAL**

A atividade policial possui suas peculiaridades. O policial exerce suas funções durante vinte e quatro horas por dia. Ele é um garantidor da lei. Então, mesmo de folga, quando ele presencia uma infração penal, tem o dever legal de agir. Não o fazendo responde por omissão ou até mesmo prevaricação, dependendo do caso. Cabe salientar a importância do trabalho em conjunto dos órgãos que compõem a segurança pública. Essa cooperação institucional é um legado que vem sendo desenvolvido pelos agentes de segurança e que tem produzido bons resultados.

É importante percebermos que o contexto social onde se cria o aparato policial influencia diretamente na maneira pela qual os agentes encarregados pela aplicação da lei o fazem. Não existe uma “violência legalizada”. A força legítima deve ser exercida somente em caso de extrema necessidade. Não podemos admitir a violência policial em uma abordagem corriqueira. O policial é preparado para preservar e manter a ordem pública mesmo com o risco da própria vida, porém isso não lhes dá o direito de violar a dignidade humana, nem os direitos humanos.

Conforme relata em sua obra, Gonçalves (2014. p.283) ainda destaca:

Não se pode negar que a sociedade legitima a violência contra os potencialmente criminosos por sentimento de vingança e por um mecanismo de identificação apenas com as vítimas. A partir do momento em que os indivíduos se comprometem a abandonar, em parte, seus desejos mais íntimos em nome da ética, da consciência coletiva ou do receio da punição, a vontade da vingança emana com toda a força contra aqueles que supostamente se permitiram infringir as normas de convivência e civilidade, bem como os valores compartilhados pela maioria.

Atualmente, temos uma sociedade que ao mesmo tempo em que solicita a presença policial através do policiamento ostensivo, também critica e reprime essas mesmas ações. O povo não aceita mais uma polícia truculenta, despreparada e sem embasamento legal nas suas ações.

Como descreve Hoffmann, o relacionamento humano e o preparo técnico profissional são fundamentais para que a atividade policial seja realizada sem intercorrências, sem violência e principalmente, respeito aos direitos humanos. Apesar de haver conflito de interesse na atividade policial, não se admite que agentes policiais atuem fora do que preceitua a lei.

Já Hoffmann (2009, p.283) descreve:

Atividade Policial é o TRABALHO, ou seja, é toda prestação de serviço à comunidade em geral, voltado à Segurança Pública, à proteção individual, coletiva, do patrimônio público e particular, dos valores morais, éticos e de auxílio à comunidade, que a instituição policial realiza diretamente ou indiretamente, através de seus agentes, dentro dos princípios e fundamentos policiais básicos e dos limites legais e morais aceitos pela comunidade.

Além disso, Balestreri (2003, p. 22-36) traz algumas considerações relevantes para prática policial:

[...] CIDADANIA, DIMENSÃO PRIMEIRA- O policial é antes de tudo um cidadão, e na cidadania deve nutrir sua razão de ser. Irmana-se assim, a todos os membros da comunidade.

[...] CIDADÃO QUALIFICADO PELO SERVIÇO- O operador da Segurança Pública, contudo um cidadão qualificado pelo serviço. Emblematiza o Estado, em seu contato mais direto com a população.

[...] RIGOR VERSUS VIOLÊNCIA: O uso legítimo da força não se confunde, contudo, com truculência.

[...] ÉTICA CORPORATIVA VERSUS ÉTICA CIDADÃ- Essa consciência da própria importância moral e simbólica obriga o policial a abdicar de qualquer lógica corporativista.

[...] A FORMAÇÃO DOS POLICIAIS- A superação desses desvios poder-se-ia realizar, ao menos em parte, pelo estabelecimento de um —núcleo comum de conteúdos e metodologias na formação de todas as polícias constitucionalmente previstas, que privilegiasse a formação do juízo moral, as ciências humanísticas e a tecnologia como contraponto de eficácia à incompetência da força bruta.

Não obstante, temos uma polícia atuante, que respeita os direitos humanos e muito bem preparada. Por isso, temos que refletir sobre as más atuações, principalmente

as individuais, pois a coletividade tem sido muito bem preparada ao longo dos anos, claro que no meio de tantos agentes de segurança podemos ter alguns que destoam da legalidade. A estes, usa-se a força da lei.

Cabe salientar que, além do Ministério Público, que é o órgão externo de fiscalização e responsável pela inspeção dos agentes responsáveis pela aplicação da lei, temos órgãos internos, como a corregedoria, que monitoram e acompanham todas as atividades policiais. São organismos que devem atuar sempre em nome da sociedade e em defesa dos interesses da coletividade.

### **A FORMAÇÃO DO POLICIAL MILITAR**

Ao longo dos anos, a formação dos policiais vem sendo aperfeiçoada com diversas medidas tomadas pelos órgãos de ensino da atividade policial. Dentre elas a de observação nos aparatos de ensino proferidos pela Secretaria Nacional de Segurança Pública. É muito importante frisar a preocupação e interesse da Polícia Militar do Estado de São Paulo em formar bem seus policiais, em poder oferecer a eles um ensino de qualidade. Isso posto, entendemos que muito ainda precisa ser feito, mas já houve um grande avanço na institucionalização do ensino policial. Hoje temos uma polícia mais humanizada, integrada a comunidade, na busca incansável ao respeito e a dignidade humana durante suas atividades.

Conforme Santos (2013, p. 13) destaca que:

Diante de uma visão constitucional e conseqüente mudança nas diretrizes de atuação das policias militares, é importante salientar que estas mudanças se iniciam passando necessariamente pela formação do profissional de Segurança Pública, incluindo o policial militar. A filosofia que o regime militar estabeleceu no território brasileiro marcou profundamente as gerações que sucederam aquele ato. As Policias Militares e Civis dos Estados foram o braço armado da elite que passou a comandar os país com punhos de ferro. Em decorrência os acontecimentos de 1964 passaram a formar seus membros com a cartilha dos militares do exército. Alguns conceitos da época ficaram impregnados ao ponto de influenciar até hoje as noções de policiamento dos Estados.

Aos poucos a atuação policial vem sendo moldada, com uma atuação mais voltada ao respeito à dignidade humana e proteção das pessoas. Mas, isso não é algo que acontece em curto prazo, pois existe uma cultura muito forte de uma polícia repressiva. Precisamos modificar esta cultura. Atualmente, temos centro de formações policiais mais focados nos direitos humanos, em programas de policiamento comunitário, enfim, o foco do ensino

atual é muito diferente do ensino da década passada, mas é claro que muito ainda precisa ser feito.

## REQUISITOS DA ABORDAGEM

Toda abordagem policial deve, impreterivelmente, seguir o que preceitua o manual de técnica de polícia ostensiva criado por sua instituição de ensino. O Manual de Técnica de Polícia Ostensiva da Polícia Militar de Santa Catarina (2014, p. 54) destaca:

**Requisitos da abordagem:** Como uma ação de força, a abordagem deve atender aos requisitos preconizados para o uso da força:

**Legalidade:** A abordagem nesta situação é legal?

**Necessidade:** A abordagem nesta situação é necessária?

**Proporcionalidade:** A técnica de abordagem nesta situação é proporcional à situação?

**Conveniência:** A abordagem nesta situação é conveniente em relação ao momento e ao local da intervenção policial?

Diante da importância de tais requisitos, cabe destacá-los: Legalidade: É importante frisar que a legalidade fica tipificada quando o agente público age com observância estrita da lei, é ter como princípio o dever de agir com preceitos jurídicos fundamentais.

A Constituição Federal em seu artigo 37, e nos artigos 5º, II e XXXV, e 84, IV, preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Portanto, o constituinte afirmou com veemência que o agente público só pode agir com extrema observância da lei. Agir fora do aparato legal é absorver para si uma responsabilidade que cabe apenas ao Estado. Por isso devem ter muito cuidado e cumprir apenas o que a lei determina, visando assim ter uma atuação legal e restrita à norma.

Necessidade: É importante observar as circunstâncias da abordagem, como e quando efetua-la e com o mínimo de constrangimento ao cidadão abordado. A necessidade da abordagem também perpassa pela segurança do policial, que deve sempre observar todos os requisitos da abordagem em conjunto.

Toda ação policial deve ser guiada pela técnica, onde se tem como meta, além do atendimento da ocorrência, a preservação e o respeito à vida e a dignidade humana. Agir

de acordo com a necessidade é saber quando e como agir. Diante disso, a observância aos procedimentos legais e convenientes para o momento é fundamental para minimizar erros.

**Proporcionalidade:** A análise da situação fática é fundamental para o bom desempenho da abordagem policial. Por isso o agente público responsável pela aplicação da lei deve fazer o uso da força proporcional aos meios existentes e possíveis de serem usados durante a atividade policial. É preciso estar a todo tempo observando a pirâmide do emprego da força e o aparato de equipamento a serem utilizados durante as abordagens policiais. Seguir os meios proporcionais é necessário para que o policial no decorrer de suas atividades possa atuar com domínio para oferecer aos cidadãos um atendimento de qualidade e com respeito aos direitos humanos fundamentais.

**Conveniência:** Este é mais um dos requisitos exigidos pela Polícia Militar do Estado de São Paulo, onde todos os policiais devem seguir e ter como meta para que possam, desta forma, realizar abordagens legais, seguras e com eficiência.

Cabe salientar, que cada policial é responsável individual e coletivo por seus atos, sejam eles por ação ou omissão. Por isso, saber o momento certo para efetuar uma abordagem é fundamental para o sucesso da mesma. Como exemplo, podemos citar as abordagens realizadas durante grandes eventos, onde temos uma enorme aglomeração de pessoas, situação em que deve o policial observar ser oportuna ou não sua intervenção, se é conveniente ou não realizar a abordagem naquele momento, em meio ao público, ou se possível for, aguardar uma ocasião mais adequada e segura.

## **CONSIDERAÇÃO FINAIS**

É perceptível que os ideais revolucionários dos direitos humanos eclodiram com advento da segunda guerra mundial, com as atrocidades cometidas por diversos idealizadores morais como Adolf Hitler. Houve, então, a positivação de diversos direitos. Desta feita, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Logo após, o mundo revelou a necessidade de criação de um órgão competente e com credibilidade. E isso foi concretizado pela criação da Organização das Nações Unidas – ONU. Cabe salientar, que a ONU tem hoje uma missão de extrema importância para a manutenção da ordem pública no âmbito mundial, principalmente pela intervenção nos conflitos entre nações com atuação específica do seu Conselho de Segurança.

Notou-se também a necessidade de ratificação de alguns direitos inerentes a pessoa humana, os quais foram proferidos em diversos Tratados e Convenções, como a Convenção Contra a Tortura e Tratamento ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto San José da Costa Rica.

Cabe reforçar que devido ao surgimento de diversas teorias e conceitos a respeito dos direitos humanos, vários doutrinadores os separaram em dimensões. Essa divisão de direitos é apenas doutrinária porque não há como tratá-los desta forma. Os direitos humanos a bem da verdade se complementam, nunca se separam.

Na Constituição Brasileira de 1988, os direitos humanos são tratados como direitos fundamentais, como se verifica no Artigo 5º com a preocupação do legislador com os direitos e garantias dos seres humanos e os abusos proferidos pelo Estado Brasileiro. Já no Artigo 144 de nossa Lei Maior localizamos a segurança pública. Em ambos dispositivos constitucionais há orientação sobre os direitos fundamentais das pessoas, com destaque para a importância correta da aplicação da lei, bem como a eficiência no zelo das técnicas de polícia ostensiva, evitando assim que os agentes encarregados pela segurança pública desrespeitem a dignidade da pessoa humana. Cabe reforçar que no Artigo 4º da mesma Constituição estão explícitos os preceitos que o Estado Brasileiro tem de obedecer nas relações internacionais, como a prevalência dos direitos humanos, a independência nacional, a autodeterminação dos povos, a defesa da paz, entre outros.

Para evitar qualquer tipo de abuso por parte dos agentes de segurança, foi criada a Lei Nº 9.455/97, a conhecida lei de tortura. É sabido que essa lei foi criada a partir de reações sociais por violação e abuso no uso da força policial. O problema é que muitos casos de tortura não chegam ao conhecimento do judiciário, pois as pessoas torturadas se sentem intimidadas a não procurar seus direitos. Para reforçar este aparato legal, a ONU criou o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela aplicação da Lei, ou seja, mais um instrumento de controle a ser aplicado aos agentes de segurança.

Diante dos fatos e com intuito de aprimoramento do efetivo policial, a Polícia Militar do Estado de São Paulo instituiu uma base curricular com diversas disciplinas, entre elas as de criminologia aplicada à segurança pública, direitos humanos, ética e cidadania. Entendendo não ser suficiente, a Polícia Militar de São Paulo implantou uma normativa chamada de procedimentos operacionais padrão. Esses procedimentos visam padronizar os procedimentos policiais durante suas atividades.

Para dirimir toda e qualquer dúvida quanto à aplicação dos procedimentos, o Manual de Técnica de Polícia Ostensiva da PMSC/2014 positivou um instrumento conhecido Pirâmide do Escalonamento do Uso da Força, com o objetivo de fazer com que os policiais utilizem a força policial de acordo com a necessidade, ou mesmo o uso correto da força, sempre visando a manutenção da sua vida ou de terceiros.

No mesmo entendimento, buscando a regulamentação sobre o respeito aos direitos humanos e uso correto dos meios adequado durante as abordagens policiais, o Supremo Tribunal Federal instituiu Súmula Vinculante nº 11, que regula a utilização adequada das algemas. É imprescindível entendermos que não podemos nos furtar em

criar meios de controle e fiscalização do poder do Estado perante a sociedade, bem como minimizar os meios coercitivos empregados incorretamente pelo Estado.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica. Porto Alegre: livraria do advogado, 1997.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; BARBOSA Leila Carioni. Direitos Humanos e Desenvolvimento. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. Direitos Humanos: coisa de polícia. Passo Fundo: Berthier, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2007  
MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES Luiz Flávio. Criminologia 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. Vol VII. Ed Saraiva. Rio de Janeiro, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. 1ª ed. Moderna: São Paulo, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DOS SANTOS, Leonardo Fernandes. Artigo: Quarta Geração/Dimensão Dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia E O Direito De Ser Diferente. Maringá, 2011.

FERRI, Enrico. Princípios de Direito criminal. Trad. De Paolo Capitânio. 2º ed. Campinas: Booksseler, 1998.

GOLDSTEIN, Herman. Policiando uma sociedade livre. Coleção Polícia e Sociedade. São Paulo: Edusp. 2003.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. Tortura e Cultura Policial no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GONÇALVES, Victor E. Rios. Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 97.

GONÇALVES, Victor E. Rios. Legislação Penal Especial. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 222.

GRECO, Rogério. Atividade Policial. 3ªed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

HOFFMANN, Marco Aurélio. Direitos humanos na formação do soldado de Santa Catarina. Florianópolis, SC: CAO, 2009. p.27.

\_\_\_\_Lei 12. 037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado.

\_\_\_\_Lei 4.898 de 09 de dezembro de 1965. Lei do crime de abuso de autoridade.

LAZZARINI, Álvaro. Estudos de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 14º Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, João Cavalim de. Atividade policial e o confronto armado. Curitiba: Juruá, 2007.

MARCINEIRO, Nazareno. Introdução ao estudo da segurança pública. 3. ed. rev. e atual. Palhoça: Unisul Virtual, 2005.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINC. Tânia. Abordagem Policial: avaliação do desempenho operacional frente à nova dinâmica dos padrões procedimentais.

[http://www.usp.br/nupes/abordagem\\_policial\\_tania\\_pinc.pdf](http://www.usp.br/nupes/abordagem_policial_tania_pinc.pdf)>. Acesso em 25 de abr. de 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PITOMBO, Sérgio Marcos. Emprego de algemas – notas em prol de sua regulamentação. São Paulo: Revista dos tribunais, 1985.

QUEIROZ, Renato da Silva. Não vi e não gostei: O fenômeno do preconceito. São Paulo, 1995.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 16ªed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

ROSA, Aurélio José Pelozato, GOMES Jr, Carlos Alberto de Araújo, NICHNING, Cássio Ricardo, Silva, José Carlito. Manual de Técnicas de Polícia Ostensiva da PMSC. 3ª ed. Florianópolis, 2014.

SILVA, José Afonso da Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2007.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Programa Nacional de Direitos Humanos – 3. Brasília: SEDH/PR, 2010.

VIEIRA, Jair Lot. Código de Hamurabi. 3ª ed. São Paulo: Edipro 2011

## **TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: DOS EFEITOS JURÍDICOS E SOCIAIS**

**PEDRO HENRIQUE DIAS CARVALHO:**  
Bacharelado em Direito pela Universidade  
UNIRG. Gurupi/TO.

JORGE BARROS

(orientador)<sup>114</sup>

**RESUMO:** As mulheres ao longo das últimas décadas tem sido vítimas do crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual. Diante disso, o presente estudo teve como objetivo realizar um estudo de revisão de literatura a respeito dessa situação fática. Na metodologia, realizou-se um estudo de revisão da literatura baseada em referências bibliográficas e legislação pertinente ao tema. A coleta dos dados se deu pelo banco de dados Google Acadêmico, Scielo, dentre outros, no período de 2015 a 2021, nas línguas português e inglês. Nos resultados, ficou evidente constatar que são mulheres as principais vítimas desse crime, por apresentaram o biótipo dos indivíduos que fazem uso desse serviço ilegal. A exploração sexual se apresenta no inciso V e pode levar à aplicação de pena privativa de liberdade, de 4 a 8 anos e multa. Aumenta-se a pena de um terço a metade, se a pessoa vier ser removida do território nacional; entre outras causas. A finalidade lucrativa se enquadra no verbo do tipo agenciar por meio de exploração. Em relação à repressão, denúncia, e monitoramento do tráfico, essas são ações desenvolvidas pelo Ministério da Justiça, por intermédio da Polícia Federal e organizações não governamentais. No entanto, deve-se considerar a deficiência estatal quanto a busca e efetivação nas medidas protetoras às vítimas de exploração sexual, levando em conta que há demora no atendimento policial por estar desprovido de meios necessários para agir.

**Palavras-chave:** Tráfico Internacional. Mulheres. Exploração Sexual. Consequências.

**ABSTRACT:** Over the last few decades, women have been victims of the crime of international trafficking in persons for the purpose of sexual exploitation. Therefore, the present study aimed to carry out a literature review study regarding this factual situation. In terms of methodology, a literature review study was carried out based on bibliographic references and legislation relevant to the topic. Data collection took place through the Google Scholar, Scielo, among others, from 2015 to 2021, in Portuguese and English. In the results, it was evident that women are the main victims of this crime, because they presented the biotype of the individuals who make use of this illegal service. Sexual exploitation is presented in item V and can lead to the application of a custodial sentence,

---

114 Advogado e docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

from 4 to 8 years and a fine. The penalty is increased from one third to half if the person is to be removed from the national territory; among other causes. The for-profit purpose fits the verb of the type agency through exploitation. In relation to repression, denunciation, and monitoring of trafficking, these are actions developed by the Ministry of Justice, through the Federal Police and non-governmental organizations. However, one must consider the state's deficiency in the search and implementation of protective measures for victims of sexual exploitation, taking into account that there is a delay in police assistance because it lacks the necessary means to act.

**Keywords:** International Traffic. Women. Sexual Exploration. Consequences.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Tráfico de pessoas: aspectos gerais. 3. O tráfico internacional de mulheres. 3.1 Do perfil da vítima. 3.2 Rota do Tráfico. 4. O tráfico internacional de mulheres na pandemia e das medidas de solução. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Diante de inúmeros crimes existentes no mundo, o que mais tem chamado a atenção dos governos internacionais diz respeito ao tráfico de pessoas. Conceitua-se a prática do tráfico de pessoas como aquele onde se recruta, transporta, transfere ou aloja pessoas por meio de ameaças ou o uso da força ou até mesmo pela coação, ao rapto, fraude, engano ou a situações de vulnerabilidade com o intuito de conseguir o consentimento de uma pessoa para fins de exploração, seja de natureza sexual, trabalhista ou outra qualquer (BITENCOURT, 2021).

Tal crime, devido a sua gravidade e consequências danosas à vítima e a sociedade, possui previsão legal no texto penal. In casu, o tráfico de pessoas em território nacional e internacional está normatizado no art. 149-A trazido pela Lei nº 13.344/2016, que dentre outras coisas, regula a repressão e prevenção desse crime.

Por conta dos prejuízos trazidos com o cometimento desse crime, suprindo as vítimas de sua própria liberdade de locomoção e dignidade humana, este crime é considerado como uma grave violação de direitos humanos, ocorrendo no mundo todo. Como já mencionado, essa prática tem sido cada vez mais realizada, intensificando o trabalho da Polícia e de todo o departamento político e jurídico, além do apoio da sociedade.

Ocorre que dentro desse cenário, as principais vítimas, juntamente com crianças e adolescentes, são as mulheres. Elas é que correspondem a grande parcela do público que é traficado tanto no território brasileiro quanto no exterior. Em sua grande maioria, são traficadas quase que exclusivamente para fins de exploração sexual.

É nesse âmbito que se situa a presente pesquisa, que irá discorrer objetivamente em analisar todos os principais aspectos envolvendo o tráfico internacional de pessoas

voltadas para a figura da mulher. Assim, discute-se as razões delas entrarem nessa situação, o perfil principal delas e sobretudo os efeitos que elas sofrem ao serem traficadas. Soma-se a isso, análise em relação a ocorrência desse crime no período de pandemia, que modificou todo o planeta desde meados do fim de 2019.

Frente ao exposto, procurou-se responder as seguintes problemáticas: quais os efeitos jurídicos e sociais do crime de tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual? Quais as medidas preventivas e de solução que podem ser feitas para esses casos?

Desse modo, o presente estudo teve como escopo discutir de que forma ocorre o tráfico internacional de mulheres, bem como os reflexos que esse crime lhes causa. Ademais, buscou-se compreender quais as medidas que são previstas no Brasil para prevenir e punir esse crime de modo eficaz.

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de fevereiro e março de 2022.

## **2. TRÁFICO DE PESSOAS: ASPECTOS GERAIS**

Antes de adentrar no tema específico desse estudo é preciso discorrer antes, a respeito do tráfico de pessoas, para em seguida apresentar a delimitação referente ao tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual.

Historicamente, o tráfico de pessoas possui raízes na escravidão. Como relata Maciel (2015, p. 01) "da antiguidade se têm relatos do tráfico para comercialização de pessoas, com fins de trabalho escravo, para atuar na construção de cidades e na realização de serviços domésticos, dentre outras atividades".

Devido à escravidão, o tráfico de pessoas começou a se expandir, uma vez que os escravos eram transportados de um lugar, ou mesmo de um país para outro, como mercadorias. Assim, essa movimentação de escravos foi a primeira ação a se constituir como tráfico de pessoas.

Conceitualmente, o tráfico de pessoas pode ser entendido como "ato de comercializar, escravizar, explorar, privar vidas, ou seja, é uma forma de violação dos direitos humanos" (FRANCISCO, 2016, p. 01).

No ordenamento jurídico brasileiro, com a entrada em vigor do novo Código Penal de 1940, pela primeira vez o tráfico ganhou um artigo específico, localizado no título VI que tratava dos “Crimes contra os costumes”, e estava composto por seis capítulos: “dos crimes contra a liberdade sexual; sedução e corrupção de menores; do rapto; disposições gerais; do lenocínio e do tráfico de mulheres; do ultraje público ao pudor”.

Todavia, foi pelo Protocolo de Palermo (acolhido pelo Brasil) que se definiu de fato o tráfico de pessoas. Tal protocolo, que fora negociado durante uma assembleia geral da ONU em 2000, que objetivava em discutir formas de combater o crime organizado transnacional. Foram deliberados três tratados adicionais específicos: um sobre tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças; outro sobre contrabando de pessoas, para lidar com pessoas que atravessam fronteiras nacionais sem documentação; e outro sobre tráfico de armas e munição.

Por esse Protocolo, o tráfico humano (ou de pessoas) pode ser entendido como:

[...] o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração (BRASIL, 2000 apud FRANCISCO, 2016, p. 01).

Por exploração entende-se “exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, escravaturas ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos” (VENSON; PEDRO, 2017, p. 11).

Ainda em cenário legislativo brasileiro, surgiu em 2009 a Lei nº 12.015, que trouxe significativas mudanças em relação ao presente tema. Em seu texto, mais especificamente no artigo 231 e 231-A, passou-se a tratar de tráfico interno e internacional de pessoa – no singular – para fim de exploração sexual, bastando uma única vítima (ou mesmo nenhuma, nos casos de tentativa) para que se possa operacionalizar o conceito (GABRIEL, 2018).

Atualmente, existe no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 13.444 de 06 de outubro de 2016 que trata sobre a prevenção e repressão do tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Na presente norma, foi revogado os arts. 231 e 231-A, que em seu art. 149-A traz o seguinte texto:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - adoção ilegal; ou
- V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

- I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
- II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;
- III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou
- IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

(BRASIL, 2016)

Devido à mudança do crime ao Título I – dos crimes contra a pessoa – Capítulo IV – dos crimes contra a liberdade individual, o principal bem jurídico protegido agora é a liberdade individual (PUREZA, 2017).

Ao detalhar melhor o que vem a ser o termo “exploração”, cabe destacar a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. PROPRIETÁRIOS DE ESTABELECIMENTO UTILIZADO COMO CASA DE SHOWS E BAR. "CHÁCARA BIG BROTHER". CIÊNCIA DA PRÁTICA DA ATIVIDADE SEXUAL NO ESTABELECIMENTO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA DE PROVAS.

CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. COMPROVADA A MANUTENÇÃO DO ESTABELECIMENTO E A OBTENÇÃO DE LUCRO COM A ATIVIDADE SEXUAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. [...]. 3. **A expressão "exploração" não se refere a maus tratos e à imposição forçada do trabalho, e sim ao simples fato de gerenciar a tarefa realizada, recebendo ou não rendimentos por isso.** No caso, os réus mantinham uma casa com vários quartos e onde se cobrava um percentual das garotas de programa que ali frequentavam por cada cliente "atendido". 4. O fato de as garotas serem livres para saírem da chácara quando quisessem não exime os réus da responsabilidade pela exploração da atividade sexual ali realizada, conduta essa tipificada como crime pelo Código Penal. (20150510107028APR - (0010620-65.2015.8.07.0005 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. 2º Turma Criminal. Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI. Data do Julgamento: 22/02/2018. Publicado no DJE: 09/03/2018).

Como mostra o entendimento acima, a exploração para fins sexuais não se limita somente aos maus tratos ou a imposição forçada do trabalho, mas a simples gerência em comandar a atividade ilícita de cunho sexual, como a prostituição.

O **objeto material** do delito "é o indivíduo, seja ele do gênero masculino ou feminino que facilita a entrada no Brasil, de terceiro que venha para praticar a prostituição ou outra forma de exploração sexual" (AGUIAR, 2018, p. 01). No que tange aos **sujeitos do crime**, cabe destacar:

O crime de tráfico de pessoas é caracterizado por ser um crime comum. Dessa forma, o agente ativo e o passivo pode ser qualquer pessoa. Importante mencionar que o consentimento do ofendido é irrelevante para a configuração do delito, pois o bem jurídico protegido é indisponível e ligado à coletividade em geral – Decreto 5.017/2004, art. 3º, alínea *b* (ESTEFAM, 2021).

Em relação aos **tipos objetivo e subjetivo**, existem duas modalidades; a saber:

a) *Promover* a entrada no território nacional. Aqui basta o agente ativo - de modo prático - exercer as prerrogativas para a chegada de alguém cujo intuito seja a prática da prostituição ou exploração sexual. Do mesmo modo, também caracteriza a promoção, quando a "vítima" se desloca para o exterior, no mesmo intuito do anterior;

b) *Facilitar* a entrada no território nacional. Nesse tipo, o agente ativo facilita, ou seja, proporcionar ou colaborar para que a vítima adentre no território pátrio para praticar a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Assim como o anterior, aqui também vale a exportação de indivíduos que tenham essa mesma finalidade.

(AGUIAR, 2018, p. 01).

O tipo subjetivo se caracteriza pelo dolo, consistente na vontade dirigida à prática de qualquer das condutas previstas no tipo penal, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Como explica Maggio (2016), exige-se ainda, o elemento subjetivo específico (finalidade específica), consubstanciado na expressão “com a finalidade de: (1) - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; (2) - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; (3) - submetê-la a qualquer tipo de servidão; (4) - adoção ilegal; ou (5) - exploração sexual”. Por fim, salienta-se que o crime em estudo não acata a forma culposa.

Passado essas informações preliminares, foca-se a seguir no principal tema desse estudo, o tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual

### **3 O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES**

No tópico anterior ficou evidente que o crime de tráfico de pessoas representa uma limitação da liberdade de outrem. No entanto, foi com a exploração sexual que o tráfico de pessoas começou a chamar a atenção. De acordo com Gabriel (2018, p. 01) “se a exploração sexual constitui a principal matriz para o tráfico de pessoas, a face desta exploração é feminina. Ou seja, é a mulher adulta o principal alvo deste crime”.

Desse modo, o tráfico de pessoas para cunho sexual tem na figura feminina o seu principal alicerce. É a mulher quem mais sofreu com o tráfico de pessoas. E isso há séculos atrás, conforme se cita:

Em meados do século XIX, rejeições ao tráfico de pessoas negras africanas para práticas escravistas tomaram fôlego. Junto a essa urgência, não mais humanitária que econômica, agregou-se a preocupação com o tráfico de mulheres brancas para prostituição. Apesar de podermos estabelecer relações entre tais fenômenos, é preciso ficar claro que são acontecimentos distintos, pois são movidos por preocupações diversas. A elaboração da categoria tráfico de mulheres brancas, além de trazer consigo um racismo latente, se fez com base no empenho em proteger o ideal de pureza feminina. Inventou-se a prostituição num tempo marcado por teorias

eugenistas e evolucionistas. No século XIX, marco da constituição de uma ciência sexual, a prostituição foi tratada como objeto do saber médico, entendida como doença, como desvio social. As prostitutas foram muradas fora das cidades, consideradas um empecilho à civilização e à moralidade. Naquela época, já se falava de prostituição atravessando fronteiras nacionais (VENSON; PEDRO, 2017, p. 04).

A mulher, transformada em simples mercadoria, transformou-se em um dos produtos que a Europa exportou para outros continentes, em um novo tráfico de escravos – o das brancas – tal qual ele ficou consagrado nas conferências e convenções internacionais na época realizadas (MACIEL, 2015).

Neste tipo de tráfico, a grande maioria ocorre quando as pessoas são levadas a outros países com o intuito de praticar 'sexo', sem seu consentimento. Exemplos disso são os casos de prostituição ou voyeurismo, onde indivíduos dispõem de seu corpo para dar prazer a outro.

A rota do tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual é diversa. Muitos são os países que exportam mulheres e muitos também são os que as recebem para fins de exploração sexual, se tornando difícil criar uma rota específica sobre essa atividade.

### 3.1 DO PERFIL DA VÍTIMA

Tão importante quanto entender o crime aqui analisado, é buscar compreender quais os tipos de mulheres e suas razões para que sejam exploradas sexualmente no mercado internacional. Ao discorrer sobre as motivações das mulheres, Favarin (2017) esclarece que em sua ampla maioria, as mulheres buscam nesses cenários terem melhores condições de vidas, de crescimento financeiro e também social.

Muitas delas também advêm de situações vulneráveis, com famílias desregulares e com enorme vulnerabilidade. Com muitas delas se encontram "sem esperança" de dias melhores, acabam cedendo às propostas de aliciadores, que se aproveitam dessa fragilidade para explorá-las sexualmente em diversos países (FAVARIN, 2017).

Rodrigues (2020) acrescenta que milhares de mulheres entram no tráfico internacional porque estão na miséria, no desemprego e somado à ausência de educação de qualidade e de perspectiva de melhoria, optam por se incluírem no tráfico internacional.

O supracitado autor enfatiza que muitas mulheres quando ludibriadas pelos aliciadores acabam adentrando no esquema de exploração e submissão sexual, pelo qual passam a sofrer ameaças e humilhações e são transformadas em verdadeiras mercadorias humanas (RODRIGUES, 2020).

De acordo com Campos (2018) as mulheres traficadas tem como perfil majoritário, a origem pobre e até mesmo miserável, não concluíram o ensino médio e ainda são oriundas de áreas rurais.

Uma vez traficadas, ao chegar em seu destino são privadas de seus documentos pessoais, estando sob a guarda de outrem, restando ficarem confinadas em estabelecimentos de onde é improvável a fuga, sujeitando-se aos maus tratos (CAMPOS, 2018).

De todo modo, fica evidente observar que as mulheres, em ato de desespero entram na rota do tráfico em busca de uma condição social e financeira melhor. Muitas são mães e sem o apoio familiar embarcam nessa situação, como forma de dar melhores condições aos seus filhos. Fica claro que, no geral, as mulheres não traficadas por escolha própria, e sim, por encontrarem nesse mercado a única solução para sair da situação alarmante em que se encontram.

### 3.2 ROTA DO TRÁFICO

A rota do tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual é diversa. Muitos são os países que exportam mulheres e muitos também são os que as recebem para fins de exploração sexual, se tornando difícil criar uma rota específica sobre essa atividade.

No entanto, ao longo das últimas décadas foram feitas pesquisas e apresentados alguns resultados que dizem sobre qual o caminho percorrido pelas mulheres no tráfico internacional.

Em âmbito nacional, com base na pesquisa PESTRAF (Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual) 2003 o mapeamento com as modalidades de exploração sexual no Brasil é dividido por regiões. Nesse sentido, por exemplo, na região Norte, a atividade explorada é a prostituição de mulheres e crianças nos garimpos, prostíbulos e fazendas, onde as vítimas são mantidas em cárcere privado. Na região Nordeste a atividade predominante é o turismo sexual, prostituição nas estradas entre outras diversas formas de exploração. No Centro – Oeste a exploração é feita nas fronteiras do Brasil com a Bolívia, e outros municípios do Mato Grosso; no Sudeste a atividade realizada é o ponoturismo e também em prostíbulo; e na região Sul meninas e meninos de rua são explorados sexualmente, entre outras espécies de exploração (SILVA, TYMKIW, 2021).

No contexto internacional, essa mesma pesquisa apontou que os principais países que recebem mulheres para exploração sexual se encontra na Europa, em países como a

Itália, Espanha, Portugal e países da América Latina, tais como o Paraguai, Suriname, Venezuela e República Dominicana (SILVA, TYMKIW, 2021).

Ainda nas rotas internacionais a exportação para o tráfico de mulheres é apresentada de acordo com a referida pesquisa como por exemplo na região Norte, o Amazonas exporta a diversos países como Bolívia, Guiana Francesa e Holanda, na região do Centro-Oeste temos países receptores como Alemanha, Suécia e Itália, na região Sudeste São Paulo e Rio de Janeiro são exportadores para países como Espanha, Israel, Hong Kong e Portugal, na região Nordeste as mulheres geralmente são exportadas para o Suriname, EUA e Argentina, e na região Sul a exportação tem como destino a Hernandes localizado em Portugal, China e Paraguai. Não obstante que Espanha, Alemanha, Portugal e Itália são os principais países de acordo com a pesquisa receptores das vítimas do tráfico de mulheres vindas do Brasil, sendo presente em todas as regiões do país (SILVA, TYMKIW, 2021).

#### **4. O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES NA PANDEMIA E DAS MEDIDAS DE SOLUÇÃO**

Em meados do fim de 2019 surgiu na China um vírus que se espalhou pelo mundo, impactando significativamente a vida de milhares de pessoas. Tal vírus fora denominado de Covid-19, que desde que se tornou uma pandemia global, tem matado milhares de pessoas ao redor do mundo. 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 então, tem-se realizado diversos estudos que possam minimizar os danos causados (MEDEIROS, 2020).

Ocorre que desde então, diversos países, incluindo o Brasil, adotaram medidas de prevenção à expansão dessa doença. Distanciamento social, isolamento, fechamento de escolas e empresas, além de outras inúmeras ações, fizeram com que a sociedade alterasse a maneira como vive e se relaciona.

No que concerne ao tema em estudo, devido ao isolamento e distanciamento social, milhares de mulheres tiveram que ficar em casa e muitas delas perderam os seus empregos, ou ainda, buscaram outras formas de sustento. Essa situação, trouxe para a realidade da mulher um cenário ainda mais alarmante: o aumento da violência doméstica, da adaptação aos novos moldes sociais e também o crescimento da exploração sexual.

Todos esses aspectos fez com que a pandemia provocasse um aumento nos casos de tráfico de mulheres para fins sexuais. Ao contrário do que se esperava, o isolamento social não impediu que os aliciadores buscassem novos meios de recrutarem as mulheres, principalmente as que perderam o emprego ou que se encontravam em situação de extrema vulnerabilidade (PAIVA; CUNHA, 2020).

Ao discorrer sobre essa situação, cita-se:

Por conta do grande aumento de desemprego no país durante a pandemia, mulheres assalariadas com renda mais baixa acabam se tornando vítimas de tráfico, uma vez que se veem em situações de extrema pobreza, e diante da necessidade de almejar o sustento de sua família, o que leva a aceitação as falsas promessas de emprego por uma vida melhor (UNDOC, 2020, p. 01).

Como bem explicam Paiva; Cunha (2020) no crime de tráfico de pessoas, principalmente os de mulheres, os criminosos estão se adaptando a esse cenário pandêmico, ajustando seus modelos de negócios. Segundo esses autores, as redes sociais foram os principais meios utilizados para que o aliciamento de mulheres continuassem, mesmo no período de pandemia.

Segundo Silva; Tymkiw (2021) o desenvolvimento das redes sociais e de aplicativos de bate-papo, o acesso a potenciais vítimas por traficantes aumentou durante os bloqueios da COVID-19, já que não podiam usar meios tradicionais para recrutar mulheres e meninas para exploração sexual.

Ou seja, mesmo no período de pandemia, a exploração sexual de mulheres no mercado internacional ainda continuara a ser praticado. Esse fato, acaba por piorar ainda mais a situação da mulher nesse contexto, uma vez que elas estão mais expostas à contração do vírus, menos equipadas para evitá-lo e têm menos acesso à assistência médica para garantir sua recuperação (UNDOC, 2020).

Soma-se a isso, o fato de que com o isolamento social imposto pelos Estados acaba se tornando um verdadeiro empecilho as entidades governamentais e não governamentais, que regulam a legislação para a assistências as mulheres vítimas de tráfico internacional e nacional para a exploração sexual, uma vez que o contato direto com pessoas está proibido mediante medidas políticas para evitar a contaminação do COVID-19. O que dificulta também a concretização da identificação as mulheres que sofrem este crime (SILVA; KYMKIW, 2021).

As medidas relacionadas ao COVID podem afetar desproporcionalmente certas categorias de pessoas em risco de exploração. Os migrantes indocumentados e os

trabalhadores sazonais enfrentam condições de trabalho e vida mais precárias, resultando em maior vulnerabilidade a serem vítimas de redes criminosas. Há preocupações de que as pessoas na indústria do sexo e no trabalho doméstico sejam mais vulneráveis à exploração, pois os riscos à saúde e a exposição ao COVID-19 aumentam (SILVA; KYMKIW, 2021).

Nessa seara, Paiva; Cunha (2020) alertam que com os bloqueios nas fronteiras e cidades e principalmente o isolamento social obrigatório acabam reduzindo em grande escala qualquer chance de vítimas e traficantes serem identificados por tal crime e consequentemente assumir a devida responsabilidade perante o sistema judiciário.

Diante desse novo cenário, que dificultou ainda mais a indentificação, combate e prevenção do tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual no Brasil, algumas medidas estão sendo criadas e implantadas para que esse crime não tenha um crescimento ainda maior.

No esforço para deter a disseminação global do COVID-19 e salvar vidas, existem medidas rigorosas de controle em muitos países em uma escala nunca vista antes em tempo de paz. Dentre as medidas que podem (e devem) ser realizadas, destacam-se:

- a) As respostas COVID-19 devem ser monitoradas continuamente. Nos casos em que essas medidas impactam negativamente, de forma involuntária, grupos vulneráveis, como vítimas de tráfico, devem ser feitos ajustes para minimizar os danos e garantir que as necessidades desses grupos sejam adequadamente atendidas.
- b) Ao priorizar a saúde pública, uma cultura de estado de direito precisa prevalecer. As respostas contra o tráfico devem continuar baseadas nos direitos humanos, enquanto o acesso aos cuidados de saúde e apoio social sem discriminação deve ser garantido.
- c) Sempre que possível, a tecnologia deve ser utilizada para facilitar o acesso a processos judiciais e permitir a coleta e o fornecimento de provas, o envio de documentos e a apresentação ou adjudicação de moções ou petições aos tribunais.
- d) Agentes de Lei devem permanecer vigilantes ao abordar padrões de crimes novos e em evolução e adaptar suas respostas para impedir que traficantes de pessoas ajam impunemente durante a pandemia.
- e) Apesar da desaceleração prevista das economias por causa do COVID-19 e das pressões resultantes nos orçamentos nacionais, os países devem continuar apoiando o trabalho de combate ao tráfico e adaptar seus programas de assistência às novas e extraordinárias circunstâncias criadas pela pandemia e suas

consequências.

- f) Os provedores de serviços devem permanecer flexíveis e se adaptar a um ambiente em evolução para atender às necessidades de suas comunidades.
- g) Há necessidade de coleta e análise sistemática de dados sobre o impacto do COVID-19 no tráfico de pessoas. Não existe país imune à pandemia e, como o COVID-19 não afeta todas as regiões ao mesmo tempo, a experiência de um país pode ser vital para outros.

Desta maneira, pode-se constatar que a submissão de mulheres à exploração sexual, em condições degradantes é uma realidade que infelizmente persiste na atualidade. Essa prática é um verdadeiro desrespeito aos princípios que norteiam o Estado, em principal, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se vincula aos direitos fundamentais, entendidos estes como direitos e garantias que norteiam e estabelecem condições de vida e desenvolvimento da pessoa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como exposto no decorrer desse estudo, o tema central está baseado no crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, que no caso presente se limitou a analisar a situação da mulher diante do cometimento desse crime. O que, *a priori*, ficou nítido constatar é que as mulher (juntamente com crianças e adolescentes) correspondem ao maior número de vítimas desses delitos, razão pelo qual a normativa penal traz para esses grupo penalidades diferenciadas, em razão da sua vulnerabilidade.

Frente a esse cenário, ficou claro constatar a relevância dessa temática, uma vez que as mulheres são traficadas principalmente para outros países para serem objetificadas e sexualmente exploradas. O intuito dessas ações é unicamente para ganhos financeiros.

O texto legislativo brasileiro pune severamente esse prática, conforme se encontra o texto legal da Lei nº nº 13.344/2016. Apesar dessa previsão normativa, o que se verifica na prática é que milhares de mulheres brasileiras ainda continuam sendo traficadas tanto no Brasil quanto internacionalmente. É uma realidade que o Poder Público brasileiro ainda não conseguiu resolver, muito menos diminuir o número de traficadas.

Com base no material bibliográfico coletado, mostrou que países da Europa e África são as regiões que mais traficam mulheres. Além destes, países da América Latina também estão na rota do tráfico de mulheres para exploração sexual. Sendo assim, é evidente considerar que a batalha contra esse crime (tanto na investigação quanto na elucidação) represente um enorme desafio para os responsáveis em averiguar e julgar tal delito. Muitas

mulheres são traficadas e exploradas sexualmente por meio de grupos gigantescos, com ramificações em vários países.

Além disso, a continuidade desse crime nos últimos anos ganhou um novo capítulo com a entrada da Covid-19, doença esta que tem matado milhares ao redor do planeta e que dentre as medidas preventivas está o isolamento e distanciamento social. Mesmo com essa ação, os aliciadores, através das redes sociais e demais mídias digitais, tem encontrado espaço no processo de aliciar as mulheres, fazendo com que elas adentrem no círculo do tráfico.

Por conta disso, é ainda importante que se discuta novas medidas que indiquem um caminho para menos mulheres sejam traficadas e posteriormente exploradas sexualmente. As citadas no decorrer desse estudo são apenas algumas, que necessitam serem implantadas. Quanto mais a sociedade estiver inteirada nesse movimento, bem sucedido será a diminuição da prática desse crime.

Em relação à repressão, denúncia, e monitoramento do tráfico, essas são ações desenvolvidas pelo Ministério da Justiça, por intermédio da Polícia Federal e organizações não Governamentais. No entanto, deve-se considerar a deficiência estatal quanto a busca e efetivação nas medidas protetoras às vítimas de exploração sexual, levando em conta que há demora no atendimento policial por estar desprovido de meios necessários para agir.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Reinaldo Pereira de. **O tráfico internacional e interno de pessoas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41658&seo=1>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BITENCOURT, C.R. **Tratado de Direito Penal 2- Parte Especial: Crimes contra a pessoa**. Editora Saraiva, 2021.

BRASIL. **Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, 2009; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20072010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2009/lei/l12015.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.444 de 06 de outubro de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera

a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2022.

CAMPOS, Flávia Emilia. **Tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56967/trafico-internacional-de-mulheres-para-fins-de-exploracao-sexual>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Tráfico de Pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos**. Salvador: Editora Juspodivm. 2017.

ESTEFAM, A. **Direito Pena V-2 – parte especial (ARTS. 121 A 234-B)**. Editora Saraiva, 2021.

FAVARIN, Ana Paula. **Mulheres são as principais vítimas do tráfico humano**. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/518949439/mulheres-sao-as-principais-vitimas-do-trafico-humano>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. **Tráfico Humano**. 2016. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/trafico-humano.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2022.

GABRIEL, Eduardo. **Tráfico de Pessoas: breve histórico sobre pesquisas e dados**. 2018. Disponível em: <[http://www.migrante.org.br/migrante/index.php?option=com\\_content&view=article&id=202:traficodepessoasbrevehistoricosobrepesquisasedados&catid=90&Itemid=1208](http://www.migrante.org.br/migrante/index.php?option=com_content&view=article&id=202:traficodepessoasbrevehistoricosobrepesquisasedados&catid=90&Itemid=1208)>. Acesso em: 15 mar. 2022.

KI-MOON, B. ONU. **Organização das Nações Unidas**, 2014. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/no-primeiro-dia-internacional-contra-o-traficodepessoas-onu-pede-o-fim-da-exploracao-de-vidas-humanas/>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

MACIEL, Ana Paula Silvestri. **Tráfico de Seres Humanos – Parte 1**. 2015. Disponível em: <<http://era.org.br/2012/04/trafico-de-seres-humanos-parte-1/>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Novo crime de tráfico de pessoas**. 2016. Disponível em: <<https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/392610608/novo-crimedetrafficodepessoas>>. Acesso em: 16 mar. 2022.

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: 18 mar. 2022.

PAIVA, Wellington Wesley; CUNHA, Thiago Rocha. **Mistanásia em tempos de pandemia do COVID-19: reflexões iniciais a partir da Bioética Global.** Bioética e COVID-19. 1ed. Indaiatuba: Editora FOCO, 2020.

PUREZA, Diego Luiz Victório. **O crime de tráfico de pessoas após a lei nº 13.344/2016.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58265&seo=1>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

RODRIGUES, T. D. C. **Tráfico Internacional de Pessoas Para Exploração Sexual.** 3º Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SANTOS, V. D.; CANDELORO, R. J. **Trabalhos Acadêmicos:** Uma orientação para a pesquisa e normas técnicas. Porto Alegre/RS: AGE Ltda, 2006.

SILVA, Nathalia Quiossa Batista da; TYMKIW, Anna Carolina. **Tráfico de mulheres para fins da exploração sexual: O crime organizado da indústria do sexo durante a pandemia Covid-19.** Artigo apresentado à Faculdade de Direito de Campos (FDC), 2021. SOUZA, Mércia Cardoso De; SILVA, Laura Cristina Lacerda e. **Algumas reflexões sobre o enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9302](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9302)>. Acesso em: 17 mar. 2022.

UNDOC. **Impacto da pandemia COVID-19 no Tráfico de Pessoas.** 2020. Conclusões preliminares e mensagens com base em um rápido balanço. Pág. 1. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/AdvocacySection/HTMSS\\_Thematic\\_Brief\\_on\\_COVID\\_19\\_-\\_PG.pdf](https://www.unodc.org/documents/AdvocacySection/HTMSS_Thematic_Brief_on_COVID_19_-_PG.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2022.

VENSON, Anamaria Marcon; PEDRO, Joana Maria. **Tráfico de pessoas: uma história do conceito.** Revista Brasileira de História, 2017.

ZHANG, W. **Manual de prevenção e controle da Covid-19 segundo o Doutor Wenhong Zhang.** São Paulo (BR): PoloBooks; 2020.

## **LIBERDADE RELIGIOSA E AMBIENTE DE TRABALHO – É POSSÍVEL UMA CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE ELES?**

**MARCOS D'ANGELO FARIA:**

Mestrando em Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Advogado.

**Resumo** Considerando a diversidade de religiões existentes no mundo contemporâneo e a liberdade de manifestação e de crença assegurada constitucionalmente, questões envolvendo o exercício dessa liberdade no ambiente de trabalho têm sido comumente objeto de discussões, inclusive judiciais, nas quais o debate abrange a ponderação entre a garantia de liberdade de crença e de religião e o poder de direção atribuído ao empregador como decorrência do direito de propriedade e de livre iniciativa, sendo necessário, muitas vezes, valer-se da ponderação de princípios para solução dos casos concretos. Como acomodar a liberdade religiosa dos empregados nos limites do contrato de trabalho e do poder de direção do empregador é o que se discute no presente artigo.

**Palavras-chave** Religião; Ambiente de trabalho; Direitos fundamentais; Poder diretivo do empregador; Ponderação.

**Sumário** 1. Liberdade de crença e de religião – noções introdutórias; 2. Liberdade de crença e de religião no ambiente de trabalho; 3. Liberdade de crença e de religião – posicionamento da jurisprudência; 4. Conclusão.

### **1. Liberdade de crença e de religião – noções introdutórias**

O Estado Democrático de Direito Brasileiro, por meio da Constituição Federal de 1988, consagrou o direito à liberdade religiosa como corolário do princípio da laicidade do estado, demonstrando a força que o indivíduo possui de praticar e realizar o culto religioso ao qual se filia, de forma totalmente livre e independente do Estado.

A liberdade de crença e de religião é, portanto, garantia constitucional prevista no art. 5º, VI, que prevê: *“É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”*.

Trata-se de garantia diretamente aplicável e com força vinculativa tanto para entidades públicas, como para entidades privadas. Portanto, trata-se de comando ao Estado, assegurando aos cidadãos uma plena e ampla liberdade de crença e de religião, seja no contexto de convicção pessoal, como no exercício concreto dela (profissão de fé, participação e realização de cultos, ou seja, a demonstração pública de sua consciência e de sua crença), mas também de definição também em relação aos

particulares de respeito à essa liberdade.

Ampliando o espectro da liberdade de crença e de religião, a Constituição Federal assegura, como direito fundamental, a garantia de que *“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”*

No entanto, é preciso ter claro que *“o sistema dos direitos fundamentais forma uma unidade de sentido que visa a defesa e promoção da dignidade das pessoas enquanto homens livres – mas é intrinsecamente conflitual e a afirmação plena dos direitos fundamentais de uns não podem fazer-se, as mais das vezes, sem prejuízo dos direitos dos outros ou de valores comunitários essenciais, o que, somado à inevitável indeterminação normativa dos respectivos preceitos, justifica ou impõe a intervenção dos diversos poderes públicos para a solução desses conflitos.”*<sup>115</sup>

No âmbito das relações de emprego esse conflito decorrente do exercício da liberdade de crença e de religião no ambiente de trabalho é bastante comum e, exatamente por isso, pretende-se através do presente artigo discutir-se a questão, o que será feito nos itens a seguir.

Antes disso, porém, necessário ressaltar que a importância de se assegurar a liberdade de crença e de religião é reconhecida internacionalmente, sendo prevista expressamente no artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948: *“Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse 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 em público ou particular”*.

No âmbito internacional destaca-se, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica) que, em seu artigo 12 prevê: *“Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.”*

Ambos os tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, confirmam o direito de cada indivíduo professar sua fé e crença sem interferência de medidas que possam restringi-las. A liberdade religiosa reconhecida como direito humano fundamental

---

<sup>115</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 193.

abrange, portanto, a liberdade de crença (e de não crença)<sup>116</sup>, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

## **2. Liberdade de crença e de religião no ambiente de trabalho**

Como já ressaltado acima, a ideia de justiça e de liberdade espiritual como resultado evolutivo do indivíduo muitas vezes acaba por gerar conflitos quando colocadas frente aos mais variados interesses da sociedade.

E esse conflito também se verifica nas relações trabalhistas em meio ao exercício da liberdade religiosa dentro do espaço laboral, onde se faz presente o exercício da atividade econômica e da direção do trabalho, de um lado, e a força da subordinação, de outro lado, que é característica principal do contrato de trabalho (art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas). A direção dos negócios e o estabelecimento das regras a serem seguidas pelos trabalhadores decorrem do direito de propriedade, também garantia fundamental (art. 5º, XXII, CF), e da livre iniciativa, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF).

Situações concretas em que se verifica colisão entre o direito à liberdade religiosa do trabalhador, de um lado, e o direito de propriedade, a livre iniciativa e o corolário do poder de direção do empregador, de outro lado, são bastante comuns, como, por exemplo, hipóteses em que o trabalhador visa uma acomodação de seus dias de trabalho e de folga de acordo com os preceitos de sua religião, ou pretende ter intervalos ou pausas do trabalho específicos para fazer orações, guardar os feriados religiosos específicos, utilizar vestimentas ou símbolos religiosos juntamente com o uniforme, ou em substituição a este, ou, ainda, quando se recusa a realizar exames médicos obrigatórios invocando preceitos religiosos. Outra questão sensível é a pretensão do trabalhador de fazer pregação religiosa para seus colegas de trabalho. Todas as circunstâncias que, além da colisão de direitos fundamentais, resvala na discriminação a que o trabalhador pode ser submetido em razão de sua religião ou crenças.

Assim, muitas vezes os direitos de crença e de religião do empregado são repelidos pelo empregador, que se utiliza do poder diretivo para impor condutas no ambiente de trabalho que decorrem das decisões pelo mesmo tomadas na condução dos seus negócios e do seu poder de direção, sob o argumento de que o espaço laboral é, na verdade, espaço privado e que determinadas práticas poderiam prejudicar o bom andamento das atividades econômicas ali desenvolvidas, independentemente dessa

---

<sup>116</sup> A liberdade de crença é o direito que a pessoa tem de crer e professar sua crença e a liberdade de não crença é o direito da pessoa não crer e professar a sua descrença. Portanto, da mesma forma que deve se assegurar a crença, o respeito à não crença também se insere no contexto da liberdade religiosa.

posição ser justa, ou de ferir princípios básicos do homem.

Por outro lado, há que se considerar também a colisão de direitos que decorre de situações em que o empregador pretende exercer sua liberdade religiosa e de crença e o faz de forma impositiva porque é o detentor da propriedade e o exercente do poder de direção, mas esbarra no legítimo direito de resistência do empregado, como limite à subordinação decorrente do contrato de trabalho. São hipóteses em que o empregador contrata apenas empregados que professem a mesma fé que ele (por exemplo, somente católicos, ou só evangélicos), ou em que pretende exigir que todos os dias em determinado horário os empregados façam uma oração ou entoem hinos religiosos.

Então, a questão jurídica que se coloca é a seguinte: há uma colisão de direitos, ou ela é apenas aparente? Havendo a colisão, como resolver?

Embora o direito à religião exprima uma garantia constitucional do homem, trata-se de um direito que ultrapassa o íntimo do próprio indivíduo, já que ele encara a sua existência a partir da sua fé, não apenas como uma doutrina, um conteúdo no qual se crê, mas como fonte de energia da qual se alimenta a vida<sup>117</sup>.

Segundo Fábio Comparato, pode-se concluir que a compreensão do mundo antigo até os dias de hoje passa pela religião, pois foi ela que sempre comandou a vida inteira das pessoas, do nascimento à morte<sup>118</sup>.

Notório, portanto, que a crença em determinada religião se manifesta na vida do cidadão como um todo, não se restringindo aos momentos da prática religiosa ou no estrito exercício da sua fé.

E esse conceito de religião, permite identificar as características dos praticantes de cada seita pela simples análise de seus adereços religiosos, roupas ou vestimentas características, além das mais diversas práticas ou costumes exercidos por um sem-número de segmentos religiosos no Brasil e no mundo.

Não há como, em um Estado Democrático de Direito, pensar em dignidade sem se assegurar a liberdade de crença ou de religião. A democracia pressupõe uma neutralidade ética do Estado quanto às visões de mundo, principalmente para que seja assegurada uma participação igualitária dos cidadãos no procedimento discursivo das decisões políticas e sociais.

Já a liberdade de culto, traduzida pela prática de ritos e cerimônias é

---

<sup>117</sup>HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião*. Estudos filosóficos. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007;

<sup>118</sup>COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

característica básica da manifestação religiosa, já que a liberdade religiosa não se esgota no direito de crença, mas requer uma prática de culto como um de seus elementos fundamentais para a sua constituição e a sua validade. O livre exercício dos cultos demanda não apenas a não intervenção estatal aos locais de culto, mas que o Estado assegure a sua proteção contra terceiros ou contra aqueles que não professam a mesma fé.

Mas e no ambiente de trabalho, essa liberdade constitucional é plena ou encontra certas limitações? Pode o poder diretivo do empregador (baseado na subordinação dos seus empregados) impor ou restringir o exercício do direito à religião no ambiente de trabalho? É justo que o faça sob o argumento de potencial prejudicialidade das práticas religiosas no resultado das atividades econômicas ali desenvolvidas ou do respeito aos demais credos e religiões dos outros empregados (e do próprio empregador)?

As perguntas acima ficam ainda mais difíceis de serem respondidas quando se avalia o conflito entre direito à religião e direito à propriedade pelo prisma da subordinação tão importante para o direito do trabalho.

Muitas das vezes em que se proíbe a prática religiosa dentro do espaço laboral sob o argumento de que atrapalharia os resultados ou a própria comunidade de empregados que não são adeptos daquele tipo de culto religioso, acaba-se escondendo, na verdade, a própria intenção do empregador de inibir determinadas condutas, ferindo diretamente o direito à liberdade religiosa do trabalhador.

E isso se verifica nos tempos atuais quando empresas divulgam para seus clientes e parceiros o respeito à diversidade (seja ela religiosa ou não), mas, no fundo, na prática, no dia a dia, não garantem efetiva diversidade e respeito que tanto pregam, fomentando, infelizmente, uma política discriminatória em relação às crenças e práticas religiosas.

O respeito à individualidade religiosa do trabalhador beneficiará a comunidade em que ele se encontra, inclusive no próprio ambiente de trabalho, já que permitirá a convivência de ideologias e ideais diferentes no mesmo ambiente, criando-se laços para além da esfera profissional, permitindo a harmonia e a construção de uma sociedade mais justa, mais equilibrada e, principalmente, mais tolerante.

Afinal, não seria esse o conceito de função social da empresa?

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, XXIII que a propriedade atenderá a sua função social, o que é absorvido pelo legislador infraconstitucional que, no artigo 1.228, § 1º, do Código Civil dispõe que "(...) o direito de propriedade deve ser

*exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (...)*"

Ou seja, qualquer ação ou omissão contrária aos interesses sociais será considerada abuso do direito de propriedade, na medida em que viola o princípio da função social da propriedade.

E partindo da ideia de mundo ideal dentro do espaço laboral, é que analisamos que a subordinação não deveria ser a precursora de qualquer imposição negativa praticada por determinados empregadores em razão das práticas religiosas de seus empregados no ambiente de trabalho.

Subordinação "é a sujeição do empregado a ordens do empregador, é o estado de dependência do trabalhador em relação ao seu empregador", sendo que a mesma "deriva da própria estrutura da relação jurídica de emprego, que se baseia na transferência pelo empregado ao empregador do poder de direção sobre o seu trabalho."<sup>119</sup>

No entanto, importante destacar que essa subordinação tem limites e não pode ser confundida com desrespeito ou preconceito, tampouco imposição do mais forte em relação ao mais fraco, ainda mais no ambiente laboral, onde o trabalhador é, de fato, hipossuficiente em relação ao empregador.

A fronteira entre licitude e ilicitude dos atos do empregador no exercício do poder de direção muitas vezes é tênue, sendo que a baliza é definida pelo respeito à dignidade e aos direitos fundamentais do trabalhador, podendo este, caso sejam ultrapassados os limites, validamente exercer o seu direito de resistência.

Nesse sentido, embora a subordinação seja uma das marcas mais fortes da relação de emprego, jamais poderá ser utilizada como ferramenta de discriminação ou perseguição daqueles que professam fé ou praticam atos específicos das suas religiões dentro e fora do ambiente de trabalho.

Na sociedade atual as pessoas dedicam parte substancial de suas vidas ao trabalho, tornando o ambiente laboral fundamental na vida do trabalhador. Como seres sociais, não vivemos isolados e, portanto, levamos nossa vivência religiosa para o ambiente de trabalho, o que, muitas vezes, causa alguns desentendimentos. Necessário, portanto, que, como ocorre no âmbito social em geral, no contexto da empresa também incorpore não apenas a tolerância religiosa, mas a convivência religiosa.

Não se pode deixar de reconhecer que a liberdade religiosa é uma conquista

---

<sup>119</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho. Coleção Esquematizado. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2021, p. 123.

para a própria humanidade, que está consagrada em nosso ordenamento jurídico e nos pactos internacionais que o Brasil ratificou nas últimas décadas. Contudo, na relação trabalhista, também temos a garantia constitucional à propriedade, proveniente do movimento liberal, tratando-se de um dos pilares do sistema capitalista atual. E é diante destes dois direitos máximos que precisamos resolver a tensão entre o empregado e o empregador quando ambos possuem dogmas religiosos diferentes.

Inevitável, portanto, a busca por uma solução do conflito entre direito de propriedade e liberdade de religião.

Segundo Robert Alexy, a diferença primordial entre regra e princípio é um critério qualitativo<sup>120</sup>, onde as regras são normas que são sempre satisfeitas (ou não) e os princípios são mandamentos de otimização, podendo ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, podendo ser satisfeitas em graus variados, levando em conta sempre um dever *prima facie*.

Exatamente por essa peculiaridade qualitativa dos princípios, que quando esses entram em colidência, utiliza-se a técnica da ponderação para apurar qual irá ceder em razão do outro. Assim, a ponderação deverá ser aplicada sempre que existir o conflito entre empregado e empregador envolvendo os direitos – princípios – à liberdade religiosa e à propriedade.

Importante colacionar a lição de Weingartner sob o dever de acomodação e a liberdade religiosa na seara trabalhista, ao defender que diante das diversas crenças dos trabalhadores, a empresa tem o dever de acomodação, que também decorre do seu dever de tolerância e não discriminação – e o Estado tem que assegurar as garantias institucionais da *liberdade religiosa* individual, do princípio da igualdade e da diversidade/pluralidade religiosa.<sup>121</sup>

Ora, a empresa é, antes de negócio, comunidade altamente heterogênea, mais ainda quando formada por diversas categorias profissionais. A heterogeneidade latente no corpo de trabalhadores também impõe o respeito entre eles acerca da escolha que fizeram em relação a religião ou não-religião que adotaram.

Portanto, pode-se concluir que a liberdade religiosa também alcança riscos de ofensa de interesses transindividuais dos trabalhadores, no caso a liberdade de crença dos demais que ali se encontram, ainda quando se está diante da prática proselitista que, em muitas situações, gera mal-estar e pode ensejar a rescisão do contrato de

---

120 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, Pg. 90

121 WEINGARTNER NETO, J. Liberdade religiosa na Constituição. Porto Alegre, 2007, p. 232

trabalho, tanto pelo empregador quanto pelo empregado (rescisão indireta).

Portanto, ainda que o conflito seja inevitável, o bom senso e o respeito ao “diferente” devem prevalecer diante das contraposições caracterizadas entre empregado x empregador e entre liberdade/justiça/respeito x capital/individualismo.

### **3. Liberdade de crença e de religião – posicionamento da jurisprudência**

Diversos são os casos em que se discute questões envolvendo liberdade religiosa que chegam aos tribunais trabalhistas.

A Justiça do Trabalho tem, como regra, se posicionado no sentido de reconhecer o dever de respeito às diversas formas de expressão religiosa como forma de tornar o ambiente de trabalho mais saudável e propício à qualidade de vida dos trabalhadores.

Discussões sobre a exigência do empregador de cumprimento de jornada de trabalho aos sábados e a incompatibilidade dessa exigência com empregados que professam a religião adventista, que tem como preceito a proibição de trabalho aos sábados, são comuns na Justiça do Trabalho, que vem adotando entendimento no sentido de garantir a liberdade religiosa do trabalhador e determinar que o empregador faça a adequação da escala de trabalho com as necessidades específicas do primeiro, impostas pela religião do mesmo.

Condenações por danos morais, inclusive coletivos, decorrentes de discriminação fundada em crença religiosa também têm sido frequentes. Em reclamações trabalhistas ou em ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho em que haja comprovação de discriminação do empregador em relação à religião do(s) trabalhador(es), a Justiça do Trabalho tem ressaltado a liberdade de religião e a não discriminação como direitos fundamentais a serem respeitados, sendo passível de condenação prática agressora aos mesmos por parte do empregador.

Também a questão da compensação de folgas decorrentes de feriados previstos por outras religiões que possuem um calendário diferente do que os brasileiros em geral estão acostumados a usar, é tema constantemente discutido. O judaísmo, por exemplo, segue o calendário lunar, que possui meses mais curtos do que o solar, que é o calendário utilizado oficialmente no Brasil. Com isso, alguns feriados judeus acabam caindo em dias de trabalho para outras religiões. A Justiça do Trabalho tem entendido que, embora não haja uma lei que obrigue o empregador a conceder ou respeitar esta distinção que a religião do empregado propõe, caracteriza discriminação e desrespeito à liberdade de religião considerar como falta injustificada a ausência do empregado nesses dias.

Como se vê, a Justiça do Trabalho, em todas as instâncias e, em especial o

Tribunal Superior do Trabalho, tem se posicionado firmemente no sentido de que, seja qual for a orientação religiosa do empregado, as empresas devem zelar para que não ocorram atos de discriminação no ambiente de trabalho, sob pena de serem condenadas ao pagamento de danos morais.

Sobre práticas religiosas no ambiente de trabalho, como, por exemplo, a realização diária de orações, seja por parte do empregador, por algum gestor, ou por um grupo de trabalhadores, os Tribunais trabalhistas têm entendido que ainda que o ambiente de empresa não seja apropriado para liturgias e cultos, a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença religiosa deve ser respeitada e não configura ofensa a direitos da personalidade, nem constrangimento ilegal para os praticantes de outras confissões religiosas.

#### **4. Conclusão**

Todos os conceitos tratados nesse artigo levam à conclusão de que, ainda hoje, existem situações em que o desrespeito ao individualismo do homem, dos seus ideais, das suas vontades, não é, necessariamente, exercido pelo Estado, mas podem ocorrer nas relações privadas, por exemplo, no âmbito das empresas, públicas ou privadas, e da relação entre empregados e empregadores.

A liberdade religiosa, quando exercida no ambiente laboral, não está afastada de certos limites ou, em determinadas situações, não deixa de poder ser colocada à prova da ponderação pela colisão com outros direitos constitucionais. O exercício da liberdade de religião alcança os seus limites quando esbarra nas liberdades de escolha do outro em aderir ou não às práticas ou costumes religiosos daquele local ou grupo de pessoas.

Porém, quando se utiliza do poder diretivo para invalidar a liberdade de religião do empregado, reconhece-se, inclusive, a validade da rescisão indireta do contrato de trabalho pleiteada pelo empregado, com o consequente pagamento de indenização pelo empregador em razão de preconceito ou violação de direito fundamental, considerando-se uma interpretação extensiva do art. 483, *b* e *e*, da CLT122, que abarca não somente a violação à honra e à boa fama, mas, também, a violação aos direitos da personalidade de forma mais ampla.

Noutro bordo, sobre essas mesmas providências, constatada a atividade

---

10 Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:  
(...)

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

irregular ou constrangedora (muitas vezes em razão do proselitismo religioso inadequado no ambiente profissional) causado pelo empregado em relação aos demais colegas, são relevantes os argumentos que justificariam uma demissão do empregado, com base no art. 482, *b, j e k*, da CLT. 123

Porém, em qualquer uma das situações acima mencionadas, forçoso concluir que, independentemente do poder diretivo do empregador; da condição de subordinação do empregado; ou qualquer outra força exercida de um em relação ao outro, há que se preservar o direito de religião dentro ou fora do local de trabalho, sempre com vistas ao respeito entre os demais indivíduos que ali se encontram.

E esse conceito se mostra ainda mais válido quando visa a harmonia entre os cidadãos, o respeito ao “diferente” dentro das suas individualidades e o respeito aos direitos individuais e humanos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009.

ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. BARBOSA, Mauro W. (trad.), São Paulo: Perspectiva, 2016.

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política Vol. 1, 11. ed., Brasília: Editora UnB, 2007.

CANTISTA, M.J. O Político e o Filosófico no pensamento de Hannah Arendt, Revista de Filosofia, da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, II serie Volume XV-XVI Porto 1998-99.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. São

---

11 Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

(...)

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas; nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

Paulo: Saraiva, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 2006.

FRANZOI, Vinícius. Liberdade de religião ou laicidade estatal: a (in)constitucionalidade da presença religiosa nos serviços públicos de rádio e televisão. 2014. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com Deficiência e o Direito do Trabalho. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Entre Naturalismo e Religião. Estudos filosóficos. SIEBENEICHLER, Flávio, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

MELO, Sandro Nahmias. Princípios de direito ambiental do trabalho. São Paulo: LTr, 2013.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho. Coleção Esquematizado. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

WEINGARTNER NETO, J. Liberdade religiosa na Constituição. Porto Alegre, 2007.

## A IGUALDADE COMO FUNDAMENTO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

**RAFAEL BARROSO DE ANDRADE:**  
Mestrando no PPGD UERJ na linha de  
Finanças Públicas, Tributação e  
Desenvolvimento.

**RESUMO:** O estudo busca identificar os fundamentos da capacidade contributiva, partindo da solidariedade e da justiça fiscal, agregando também o ideal de igualdade tributária como pilar de sustentação da utilização da capacidade contributiva como causa da tributação, e como critério para a progressividade fiscal.

**PALAVRA-CHAVE:** Capacidade contributiva. Solidariedade. Justiça fiscal. Igualdade.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DA FUNDAMENTAÇÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA PELA SOLIDARIEDADE. 3 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E JUSTIÇA FISCAL. 4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE. 5 A IGUALDADE E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. 6 CONCLUSÕES.

### 1 INTRODUÇÃO

Ao mesmo tempo em que a tributação pode ser descrita como uma forma de financiamento do Estado para promoção de política de acesso a educação por todos, de saúde pública e bem-estar social, não é raro de se presenciar manifestações rejeitando o tributo, como se fosse algo lesivo ao cidadão e à própria sociedade. Nesse sentido, em resposta a uma proposta para tornar mais isonômica a tributação, o Presidente da República já questionou se ser rico seria crime no Brasil,<sup>124</sup> indicando que a tributação seria uma forma de punição.

É preciso ressaltar que é possível que a má formulação da tributação, na formatação de um tributo específico, ou na múltipla tributação de uma mesma base de incidência, gere situação de injustiça, sendo até possível que a tributação resulte em confisco. Essa discussão, contudo, não é o objeto do presente trabalho. O que se pretende abordar são os fundamentos em si da tributação, ou, noutros termos, sobre os critérios que justificam a tributação e que justificam a própria gradação do ônus tributário imposto a cada contribuinte.

Há extensa literatura sobre os fundamentos da tributação, o que inclui o debate sobre a capacidade contributiva, seja em apoio à sua utilização, seja em repúdio, sob diferentes justificativas, como a teoria do benefício, ou a utilidade marginal do capital. Em

<sup>124</sup> <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/08/02/bolsonaro-se-opoe-a-imposto-sobre-fortunas-virou-crime-ser-rico-no-brasil>

continuidade, a própria noção de justiça fiscal, da busca pela justiça social sob a visão da tributação também perpassa pela noção de capacidade contributiva.

Contudo, além dessas noções, também a igualdade é fundamento da capacidade contributiva, embora com menos destaque na literatura. O presente estudo busca explicitar a associação entre igualdade e capacidade contributiva.

## **2.DA FUNDAMENTAÇÃO DA CAPCIDADE CONTRIBUTIVA PELA SOLIDARIEDADE**

O sentido da capacidade contributiva é de servir como gradação para a tributação, no sentido de impor uma tributação de acordo com a manifestação de riqueza de cada um. Desse modo, aqueles que possuem menos riqueza terão uma tributação menor do que aqueles que possuem mais riqueza – e essa formulação não significa que os menos ricos serão privilegiados enquanto os mais ricos seriam punidos, através da tributação, pelo fato de serem mais ricos.

Em minucioso estudo sobre o tema, Ricardo Lodi aborda as manifestações na história sobre pensamentos que conduziram ao atual conceito da capacidade contributiva tal como a entendemos. Assim, já desde a Idade Média, se indicava a proporção como elemento essencial da tributação, para impedir uma tributação que cobrasse dos mais pobres mais ou ainda o mesmo que seria cobrado dos mais ricos.<sup>125</sup>

O ideal também se mostrou presente nas origens do Estado Liberal, nos pensamentos de Adam Smith e Stuart Mill, com manifestação através da teoria do benefício e na teoria do igual sacrifício.<sup>126</sup> No século XVIII, quando da teorização de Smith, os benefícios gerados pelo Estado eram limitados à segurança e à propriedade dos indivíduos, de modo que a atuação estatal gerava mais benefícios aos mais ricos, que, portanto, caberia suportar mais a tributação. Por outro lado, Mill buscou o fundamento não no benefício recebido, mas no real custo para cada contribuinte da imposição tributária, e, com base no ideal de utilidade marginal do capital, defendeu que a tributação não deveria seguir uma proporcionalidade estrita, devendo ser progressiva, aumentando a alíquota de acordo com o aumento da riqueza.

Contudo, é somente na doutrina italiana, com Benvenuto Griziotti e Dino Jarach que se indica a capacidade contributiva como a causa jurídica do imposto.<sup>127</sup> Apesar de se aceitar outra causa para a tributação – a prestação de serviços estatais –, a vinculação da capacidade contributiva como causa do imposto permitiu o financiamento, por aqueles

---

<sup>125</sup> LODI, Ricardo Ribeiro, **Estudos de direito tributário: Tributação e direitos fundamentais**, Rio de Janeiro: Multifoco, 2016, p. 44–45.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 45–46.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 46–47.

que mais detinham disponibilidade financeira, de serviços oferecidos à população em geral, em nome da solidariedade social.<sup>128</sup>

O ideal da capacidade contributiva foi alvo de críticas, por diversos doutrinadores, mas, recentemente, ganhou novos contornos, representando a Solidariedade e a Igualdade na fundamentação do imposto, além de servir como limite para a imposição tributária, quando não há manifestação de riqueza.<sup>129</sup>

A associação com a solidariedade fiscal é de singela constatação: os serviços estatais, dentro de um Estado Democrático de Direito, possuem atribuições muito além da proteção da propriedade e da vida, tal qual se verificava no Estado Liberal. São demandados do Estado prestações de saúde, educação e de assistência social, prestações essas que devem ser custeadas pela sociedade de modo geral. Contudo, adotado o princípio da capacidade contributiva, esse custeio será realizado em maior proporção por aqueles que possuem mais recursos. Há, assim, duas faces da relação que devem ser analisadas: na tributação, os mais ricos devem contribuir proporcionalmente mais, enquanto alguns serviços estatais, de saúde, educação e de assistência social, serão pelos mais ricos menos utilizados do que pelos mais pobres.

Verifica-se, nesse sentido, uma mudança daquele paradigma indicado por Adam Smith, pautado na teoria do benefício, de que a tributação deveria arcada em maior proporção por aqueles que se beneficiavam dos serviços estatais. Essa teoria possui uma forte conotação histórica, em relação aos serviços estatais prestados no século XVIII, que em muito beneficiavam os donos de terra e possuidores de bens, com pouco proveito para os mais pobres.<sup>130</sup>

A obra de Liam Murphy e Thomas Nagel buscou sepultar a ideia de que alguns direitos não teriam custos para o Estado, porque demandariam somente prestações negativas, abstenções por parte do Poder Público. Todos os direitos exigem dotação orçamentária, mesmo os direitos clássicos como a propriedade. Conforme demonstrado no trabalho dos professores norte-americanos, o orçamento estadunidense para proteção de direitos de primeira geração é elevado, não sendo de nenhum modo inferior ao montante destinado à prestação de educação.

Mas a teoria do benefício não poderia ser alegada pelos mais ricos para que a tributação fosse direcionada para cobrar de cada cidadão aquilo que ele usufrui dos serviços estatais, em plena aplicação do princípio da capacidade contributiva? É na contramão desse entendimento que a Solidariedade Fiscal existe, buscando impedir que o

---

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 51–52.

<sup>130</sup> LODI, Ricardo Ribeiro. *Op cit.*, p. 56.

cidadão que precisa da prestação de serviços básicos como saúde, educação e assistência social, tenha de arcar com seus custos.

A escala da capacidade contributiva, que impõe o dever de pagar mais impostos para aqueles que são mais ricos, nesse sentido, é perfeitamente equilibrada com a escala, inversa, da necessidade de prestação de serviços estatais de cunho social. Há, assim, um descolamento entre a capacidade contributiva e a teoria do benefício: enquanto, no tempo de Adam Smith, aqueles que mais deviam pagar eram aqueles justamente que recebiam as maiores prestações estatais, atualmente o Estado presta tanto serviços para os mais ricos, na proteção da vida e de seu patrimônio, quanto presta serviço para os mais pobres, com prestações sociais. Assim, a capacidade contributiva deixa de ser informada pela teoria do benefício, passando a ser fundamentada pela Solidariedade.

Essa causa não é verificada em relação a algumas espécies tributárias, como as taxas e contribuição de melhoria por se caracterizarem como tributos contraprestacionais. Há, em ambas as espécies, uma atividade estatal que é diretamente ligada ao contribuinte e que justifica a tributação.

Conforme relatório da Receita Federal,<sup>131</sup> a composição das taxas na arrecadação global é ínfima se comparada aos impostos. Nesse sentido, a espécie tributária que possui maior relevância em termos de financiamento do Estado e das políticas estatais é o imposto – ainda que a União tenha buscado nas contribuições sociais uma fonte alternativa de financiamento, que não possui obrigação de divisão com os outros entes federados.

Ainda que se considere as contribuições sociais – que são parcela extremamente relevante do orçamento, tendo respondido por mais de um terço de toda carga tributária do país em 2018, conforme relatório da Receita Federal já mencionado –, é preciso destacar que a solidariedade também está presente, seja diretamente, nos casos em que as contribuições sociais nada mais refletem que um imposto com uma destinação vinculada, seja indiretamente, nos casos em que a contribuição busca o benefício de um grupo específico.<sup>132</sup>

### **3.CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E JUSTIÇA FISCAL**

A tributação não decorre de uma simples norma técnica de conteúdo qualquer – não é e não pode ser um ramo do Direito puramente formalista; é um ramo jurídico no

<sup>131</sup> <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2018-publicacao-v5.pdf>

<sup>132</sup> TORRES, Ricardo Lobo, **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 300–301.

qual se impõe valores, que influenciam tanto na relação dos cidadãos com o Estado quanto em relação aos cidadãos entre si.<sup>133</sup>

Conforme lições de Klaus Tipke e Douglas Yamashita, questões de justiça têm mais relevância quando a maior parte de um grupo de pessoas depende de prestações estatais.<sup>134</sup> Essa visão não está associada – ao menos não unicamente – à necessidade de prestação de serviços estatais, sendo intrinsecamente associada à imposição tributária, de modo que a “justiça fiscal é o valor supremo do Estado de Direito dependente de impostos e, ao mesmo tempo, o valor supremo da comunidade de contribuintes”.<sup>135</sup>

Tomando como objeto o sistema tributário nacional, tem-se uma economia de mercado com profundas desigualdades econômicas, o que necessariamente se reflete na base da tributação por impostos, que é essencialmente dirigida na busca por riquezas. A tributação tanto da renda e do patrimônio será naturalmente justa num mercado em que a divisão de renda e patrimônio seja justa. Considerando, contudo, um mercado real, que não é naturalmente justo, a tributação poderia acentuar a diferença existente entre as pessoas.

É justamente a solidariedade que impõe a redistribuição da carga tributária, aumentando a incidência sobre os mais ricos e reduzindo sobre os mais pobres, além de afastar por completo daqueles que estão abaixo do mínimo existencial, isto é, abaixo mínimo de sobrevivência<sup>136</sup>. É nesse sentido que Tipke e Yamashita afirmaram que o Direito Tributário é um ramo jurídico orientado por valores, sendo a carga tributária distribuída de modo a cumprir a justiça fiscal, não somente dividir em partes formalmente iguais entre os cidadãos.

Essa divisão tem por referência a simples questão de divisão da carga tributária do Estado, sem considerações quanto aos serviços públicos recebidos do Estado. De fato, não há que se falar simplesmente que os mais ricos arcam com os serviços estatais prestados aos mais pobres porque, como destacado por Holmes e Sunstein, todos os serviços públicos, todas as atividades estatais dependem de recursos públicos,<sup>137</sup> especialmente

---

133 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas, **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 15.

134 *Ibid.*, p. 18.

135 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Op cit.*, p. 18.

136 TORRES, **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, p. 301.

137 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert, **O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos**, 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 30–35.

os serviços estatais que normalmente são destacados como simplesmente proteção de direitos fundamentais de primeira dimensão.

Há, assim, dois estudos possíveis: a primeira analisa somente a divisão da carga tributária pelos cidadãos, na busca de se saber se os mais ricos pagam mais tributos proporcionalmente que os mais pobres – caso em que o sistema tributário seria progressivo – ou não; enquanto na segunda existe uma comparação entre a carga tributária que cada cidadão arca em comparação com a utilização de serviços estatais.

O segundo estudo encontra dois óbices, sendo um deles a própria dificuldade em se analisar exatamente o quanto a proteção do Estado beneficia os mais ricos. Até o orçamento público destinado a combater incêndios pode beneficiar muito mais os mais ricos que os mais pobres, como é o caso do exemplo dado por Holmes e Sunstein no início de seu livro. Além disso, certas prestações estatais sempre associadas aos mais pobres, como a prestação de saúde gratuita, pode gerar benefícios aos mais ricos, como no caso de um esforço bem-sucedido para contenção de uma doença, de modo a não atrapalhar o fluxo comercial.

Segundo óbice refere-se ao próprio caráter do imposto como um tributo cuja arrecadação não é vinculada, ou seja, não é possível discutir a imposição tributária com base em seu futuro gasto se esse gasto é essencialmente desvinculado da arrecadação. A eleição dos gastos públicos é uma atividade que envolve os três Poderes, através do processo de elaboração da Lei Orçamentária; além de ser influenciada pela sociedade.

Ainda que não se avalie os gastos do Estado, é possível identificar a justiça fiscal na divisão da tributação através da capacidade contributiva justamente pela constatação de que, além de se isentar aqueles que possuem riqueza abaixo do mínimo necessário para uma vida digna, os mais ricos devem contribuir mais pelo simples fato de possuírem maior disponibilidade de dinheiro. Não se trata simplesmente de contribuir mais porque uma mesma alíquota aplicada a uma base de cálculo maior gerará uma maior contribuição; o esforço dos mais ricos deve ser maior proporcionalmente do que os mais pobres tanto para representar um mesmo grau de sacrifício – numa perspectiva de utilidade marginal do capital – quanto para cumprir o princípio da igualdade material.

### **3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Não há consenso na doutrina sobre o conteúdo do princípio da igualdade – o que também inclui a própria posição do princípio da igualdade face a outros princípios constitucionais. São questões relativas não somente quanto ao conteúdo da igualdade, mas também quanto a sua classificação dentre as espécies de normas jurídicas, como regras, princípios ou postulados.

De fato, é possível que se alegue que a igualdade nada mais é que um subprincípio da dignidade da pessoa humana. Tratar-se-ia, desse modo, de um princípio constitucional geral que densifica o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa não é, contudo, a melhor interpretação, uma vez que há aplicações da igualdade que não se incluem estritamente como uma ramificação do princípio da dignidade.

Segundo a lição de Paulo de Barros Carvalho,<sup>138</sup> a expressão semântica dos princípios pode ser entendida como norma jurídica de posição privilegiada (a) portadora de valor expressivo ou (b) que estipula limites objetivos, ou ainda como (c) valor inserto em regras jurídicas de posições privilegiadas, ou, por fim, (d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia.

Há certa interseção entre a dignidade e a igualdade nas duas últimas hipóteses semânticas, porque, uma vez que a dignidade não é quantificável, todos possuem a mesma dignidade, sendo possível extrair tanto valores de regras de posições elevadas como limite objetivo estipulado de regras de alta hierarquia. Há, assim, um limite para o tratamento que uma pessoa pode receber, um limite mínimo de dignidade, bem como há deveres positivos, tanto pelo Estado quanto por particulares, para que se respeite a dignidade.

A igualdade, por outro lado, possui uma faceta em que é possível quantificar – não só isso, como o princípio possui uma forte carga sobre tratamento desigualitário. As questões mais difíceis envolvendo tal princípio envolvem o tratamento diferenciado daqueles que se encontram em situações diferentes, como saber o quanto deve ser a proteção do consumidor em face do fornecedor, o quanto deve incidir os direitos fundamentais em relações privadas, ou ainda o quanto se deve valer da progressividade tributária para tratar contribuintes com capacidade contributiva diferente.

Em nenhum dos casos apresentados haverá lesão ao princípio da dignidade no tratamento diferenciado – pode-se dizer, inclusive, mais gravoso – para aquele que se encontra em situação mais vantajosa.

Jorge Reis Novais aponta que o Princípio da Igualdade é, possivelmente, um princípio estruturante que possui presença mais constante nos diversos textos constitucionais, e justamente por esse motivo é possível verificar uma evolução do sentido intrínseco do princípio.<sup>139</sup> De fato, há uma acepção original, verificada no constitucionalismo liberal, na qual há uma associação profunda entre igualdade, tida como

---

<sup>138</sup> CARVALHO, Paulo de Barros, **Curso de direito tributário - 30ª edição de 2019**, Ano edição 2019. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 176.

<sup>139</sup> NOVAIS, Jorge Reis, **Princípios estruturantes de Estado de Direito**, Coimbra: Almedina, 2019, p. 67.

justiça, e dignidade da pessoa humana, na luta contra os privilégios que marcaram os estados absolutistas.

O que se verifica posteriormente é que o otimismo liberal oitocentista, que encarava a liberdade como mera falta de privilégios na aplicação da vontade geral emanada pelo Legislativo, não é suficiente para garantir a aplicação do princípio da igualdade. De fato, atualmente a ideia de que a lei é *igual* para todos, em decorrência da *igualdade* de todos perante a lei, decorre da própria lei, genérica e abstrata, ou seja, é o princípio da legalidade que assegura essa acepção de igualdade.

Não se busca defender, contudo, que esse ideário de igualdade é desnecessário, pelo contrário, uma vez que “a igualdade perante a lei continua a ser um mínimo que se impõe à observância de qualquer Estado de Direito enquanto exigência decorrente da igual dignidade de todos”.<sup>140</sup> Assim, o princípio da igualdade possui atualmente uma dimensão que vai além do mero tratamento sem discriminação – em verdade, a falta de discriminação pode, por vezes, ser fonte de maiores injustiça, uma vez que a lei geral e abstrata tem o condão de manter e até aprofundar situações de desigualdade.<sup>141</sup>

O autor indica como conteúdo mais contemporâneo para o princípio a necessidade de inclusão da igualdade no próprio conteúdo da lei, uma sujeição do Legislativo, no momento de criação da lei, ao comando constitucional da igualdade. A acepção mais tradicional da igualdade se referia mais ao Executivo, como executor da lei, no sentido de aplicá-la a todos indistintamente, ou seja, sem subtrair ninguém de sua aplicação, ou ao Judiciário, no sentido de assegurar a aplicação igualitária a todos. Assim, a aplicação para o legislador impõe que a lei não seja ela mesma a criadora de desigualdade, devendo-se considerar no momento da deliberação as diferenças fáticas a que os destinatários de aplicação da lei estão sujeitos. Exemplifica o autor:<sup>142</sup>

[...] o Estado actual adquire uma consciência aguda da importância da igual participação democrática na produção de resultado de igualdade. As preocupações com a representatividade das assembleias parlamentares, com a inclusão e protecção das minorias, a igualdade de oportunidades na competição eleitoral interpartidária, a igualdade do sufrágio e a generalização dos direitos políticos são, hoje, uma dimensão basilar da igualdade em Estado democrático

Há, assim, um conteúdo intrínseco referente à *discriminação*, ao tratamento diferenciado, que foge à ideia de aplicação *igual* perante a lei, a mostrar um conteúdo

---

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 71.

próprio da igualdade que não se confunde com o princípio da legalidade, bem como diferente do princípio da dignidade da pessoa humana, porque a *discriminação* não visa a retirar a dignidade de quem não foi contemplado, nem visa a conferir por si dignidade a quem foi discriminado.

Demonstrada a diferenciação com demais outros princípios, é preciso verificar o conteúdo intrínseco do princípio da igualdade. Noutros termos, é preciso saber se, apesar de não se confundir com aquele princípio, a igualdade possui um valor intrínseco.

### 3.1 Conteúdo do Princípio da Igualdade

Há uma forma de se analisar a igualdade que a despe de qualquer significado, uma vez que a própria aplicação da lei, genérica e abstrata, há de ser igual para todos, bem como pelo fato de que a igualdade sempre exigirá um parâmetro, uma finalidade que não decorre da própria igualdade. Sobre o tema, Humberto Ávila faz a crítica:<sup>143</sup>

(...) a tradicional compreensão da igualdade como o dever de tratar igualmente os iguais não diria coisa alguma, por ser totalmente tautológico. Com efeito, se igualdade é apenas isso, ela diz muito pouco: quando uma norma atribui um direito a quem preencher determinados requisitos, decorre dessa própria norma a igualdade de aplicação a todos aqueles que preencherem seus requisitos, nada acrescentando a igualdade, enquanto tal, para esse efeito, pois é a própria norma substancial, e não, a igualdade, que estabelece quais são os elementos relevantes para saber quem deve ser considerado igual, com implicações sobre o tratamento igual a todos os iguais.

Conclui o autor afirmando que, adotada tal premissa, a igualdade seria sem sentido ou supérflua, porque não é a igualdade que definiria o modo de tratamento igual entre as pessoas ou porque ela seria desnecessária para o tratamento igualitário. Até esse ponto, a lição coincide com os argumentos de Novais, que indicou que a simples aplicação igualitária da lei tem maior fundamentação no princípio da legalidade que no princípio da igualdade.

Ávila conclui, com base em doutrina estrangeira, que a igualdade possui sentido próprio, afirmando que as pessoas devem receber o mesmo tratamento pelo simples fato de estarem na mesma situação.<sup>144</sup> É igual se afirmar não ser preciso perquirir o motivo de alguém receber certo tratamento: caso haja outrem que se encontre nas mesmas

<sup>143</sup> ÁVILA, Humberto, **Teoria da igualdade tributária**, 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 147.

<sup>144</sup> ÁVILA, Humberto. *Op cit.*, p. 148.

condições, o sujeito deverá receber o tratamento sem que seja necessário perquirir qual seu fundamento.

Tal afirmação, contudo, não pode ser tomada como verdade absoluta. Porque nem sempre o mesmo tratamento deve ser aplicado a quem está rigorosamente na mesma situação, e porque estar na mesma situação nem sempre acarretará o mesmo tratamento.

Quanto ao primeiro caso, o Superior Tribunal de Justiça, no bojo do REsp 1.195.642-RJ, entendeu que mesmo aquele que não é o destinatário fático e econômico do bem ou serviço merece a proteção do Código de Defesa do Consumidor. Para a correta ilustração, será explicada, em síntese, o tratamento igualitário daqueles que não se encontram na mesma situação. A Lei Consumerista, em seu art. 2º, indica que consumidor é o destinatário final do produto ou serviço, e a jurisprudência uniforme do STJ é no sentido de que destinatário final deve ser considerado o destinatário fático e econômico. Noutros termos, o consumidor intermediário, que é aquele que usa o bem ou serviço dentro de uma cadeia de produção e distribuição, não pode ser considerado consumidor – trata-se da teoria finalista.

Ocorre que a Corte Cidadã aceita a aplicação do CDC em relações entre sociedades empresárias, mesmo que a adquirente do produto ou serviço utilize-os para sua atividade econômica – fala-se em teoria finalista mitigada, abrandada ou aprofundada. Noutros termos, o STJ trata de modo igual o destinatário final e aqueles que, em determinadas hipóteses, mesmo incluindo o produto ou serviço dentro da cadeia de produção e distribuição, não são consumidores finais.

Não se pode alegar que o consumidor pela teoria finalista mitigada e o consumidor pela teoria finalista pura são iguais porque ambos apresentam alguma vulnerabilidade, porque a exigência de que consumidor deve ser destinatário final está contida no próprio artigo 2º do Código, bem como que não é feita qualquer análise acerca da vulnerabilidade do destinatário final. Ainda que o consumidor final do bem não seja vulnerável, a Corte Cidadã não exige que se avalie sua capacidade técnica, jurídica, informacional ou fática, de modo que é possível que um consumidor final não vulnerável tenha o mesmo tratamento de um consumidor intermediário vulnerável.

Por outro lado, é possível verificar casos em que pessoas na mesma situação recebem tratamento diferenciado – e não é pelo simples fato que uma delas possui uma situação melhor que a outra deve receber o mesmo tratamento. Trata-se, contudo, de situação de mais difícil verificação, em decorrência da própria afirmação de Ávila de que a igualdade formalmente considerada pode vir a ser taxada como sem sentido ou supérflua.

Tais situações, contudo, ocorrem na exata afirmação que ora se busca impugnar: não é possível simplesmente dar o mesmo tratamento *apenas porque duas pessoas estão*

*na mesma situação.* Sempre será necessário buscar a origem do tratamento distinto entre as pessoas, em especial porque a colisão com outros princípios justifica o afastamento da igualdade – como princípio, é característica intrínseca do princípio da igualdade a ponderação com outros e a chance de ser afastado no caso concreto, conforme o próprio autor reconhece.<sup>145</sup>

Dito de outro modo, nos casos em que não houver uma norma válida que fundamente o tratamento diferenciado de alguém, é possível que seja mantido o tratamento desigual. É possível indicar como exemplo a previsão do art. 146, do Código Tributário Nacional, segundo o qual a modificação nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa *em relação ao mesmo sujeito passivo* somente pode ser efetivada quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Assim sendo, caso, por algum erro da autoridade administrativa quando do lançamento de determinado tributo, haja um tratamento diferenciado em relação a algum contribuinte – considerado que o ato já tenha produzido seus regulares efeitos, isto é, não possa ser refeito pela autoridade lançadora – a correção desse critério, para esse contribuinte específico, somente poderá ser feita para fatos geradores futuros. Desse modo, dois contribuintes na mesma situação fática poderão ser tratados de modo diferente, e aquele contribuinte que não foi beneficiado com o erro da autoridade lançadora não poderá exigir que o mesmo critério lhe seja aplicado, porque o que o dispositivo veda é a alteração retroativa para o contribuinte específico, em razão da legítima expectativa dele.

Trata-se de aplicação do princípio da segurança jurídica, que impede a modificação de situações jurídicas já consolidadas, previsão essa que possui tratamento mais abstrato no art. 5º, XXXVI, CRFB, que veda até mesmo a lei de prejudicar o ato jurídico perfeito.

Não se trata, todavia, de se afirmar que o princípio da igualdade não possui conteúdo próprio. A crítica indicada é unicamente em relação à afirmação pura e simples de que se deve aplicar o mesmo tratamento *apenas* porque se está na mesma situação, que não pode ser tomada em termos absolutos.

A igualdade possui um valor intrínseco, que é o de impor o dever de se tratar diferente aqueles que estejam em situações jurídicas diferentes. Se duas pessoas se encontram em situações distintas e são tratadas da mesma maneira, há uma atuação grave em desfavor de uma delas. Impor que dois sujeitos com capacidades absolutamente distintas, um claramente em posição de vantagem em relação ao outro, sejam tratados de modo igual é prejudicar um deles.

---

145 ÁVILA, Humberto. *Op cit.*, p. 153.

No campo da tributação, há previsão constitucional explícita para se tratar de modo diferente aqueles que se encontram em situação diferente: art. 145, § 1º, que impõe que os impostos sejam *graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte*. A graduação dos impostos, portanto, por previsão constitucional, deve acompanhar a capacidade contributiva, devendo pagar mais do que proporcionalmente mais capacidade econômica possui – denominado progressividade tributária.

Assim, o princípio da igualdade impõe um dever ao legislador de tratamento diferenciado quando houver circunstâncias que assim se justifique. É uma situação que se verifica em todos os ramos do Direito, com reflexo tanto no Direito Privado quanto no Direito Público. Isso se verifica porque a igualdade não é um princípio destinado única e exclusivamente à atividade julgadora, também influenciando a atividade legislativa.

O princípio da igualdade impõe que o legislador, para que não incida em inconstitucionalidade, não trate da mesma maneira situações que são diferentes. Esse dever de legislar de modo diferenciado é uma decorrência lógica do princípio da igualdade – um dever maior que o de simplesmente obrigar ao tratamento igual daqueles que estão em iguais condições. Há violação da igualdade tanto no caso de um tratamento discriminatório daqueles que se encontram em igual posição quanto no tratamento igualitário daqueles que não estão. Noutros termos, também há violação ao princípio da igualdade no tratamento isonômico.

A igualdade, no caso, pode ser lida como justiça distributiva ou igualdade material, pela qual se mostra legítima a criação de fatores dinâmicos ou de equalização que geram tratamento privilegiado daqueles que se encontram em situação de discriminação sistemática, que não conseguem obter resultados iguais com a simples garantia de igualdade de oportunidade.<sup>146</sup> Ressalte-se que não se trata apenas e tão somente de tratamento diferenciado, sendo possível, a depender da situação, conferir efetivo tratamento diferenciado, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RE 597.285, sobre o sistema de cotas em universidades públicas, entendimento reiterado na ADC nº 41, que reconheceu a constitucionalidade da Lei de Cotas no serviço público federal.

Quanto à consequência de aplicação do princípio da igualdade, que não deve simplesmente conduzir à conclusão de que a igualdade permite, irrestritamente, a concessão de tratamento igualitário pelo simples fato de se estar numa condição similar, Novais argumenta, com fundamento nas lições de Dworkin, que

[...] a cláusula da igualdade não garante a cada indivíduo [...] o mesmo tratamento ou benefício que é concedido a outros, mas garante-lhe apenas que no processo de formação da vontade política e na

146 NOVAIS, **Princípios estruturantes de Estado de Direito**, p. 71.

concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado ele deverá ser tratado com igual consideração de respeito que são devidos aos demais.

Esse dever de diferenciação exige, todavia, uma análise com parcimônia da estrutura dos elementos constitutivos da igualdade, para que não haja diferenciação daqueles que são, no plano fático, iguais. Deve então haver uma análise detida da relação entre sujeitos com base em determinado critério de diferenciação para atingir certa finalidade, conforme estrutura indicada por Ávila.<sup>147</sup>

#### **4.A IGUALDADE E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**

A fundamentação da capacidade contributiva, como medida da tributação, passa pelo princípio da igualdade, não na acepção de tratar igual aqueles que se encontram na mesma situação, mas na acepção de tratar de modo diferente aqueles que se encontram em situações distintas. Há, assim, nítida associação à ideia já apresentada de utilidade marginal do capital.

Enquanto os mais ricos conseguem guardar parte de sua renda, inclusive investir parte desse montante para aumentar a renda futura, os mais pobres têm uma tendência a consumir toda sua renda em gastos essenciais, como comida e aluguel. Desse modo, há uma tendência de que, quanto mais uma pessoa aufera de renda, menos essa renda será essencial para seu padrão de vida.

Nesse sentido, retirar um mesmo percentual da renda daqueles que ganham mais em relação àqueles que ganham menos não será tratar de modo igual os contribuintes, mas tratar de modo prejudicial aqueles que recebem menos. Isso se deve ao fato de que o sacrifício sentido pelos mais pobres ser muito maior do que o sacrifício sofrido pelos mais ricos, porque o mesmo percentual tributado retirará proporcionalmente mais recursos necessários dos mais pobres, afetando em muito pouco os recursos dos mais ricos.

Assim, a igualdade exige que haja uma tributação proporcional ao nível de riqueza. Os mais ricos, estando em situação diferente dos mais pobres, não podem ser tributados de modo igual a esses, devendo ser tributados na proporção de sua riqueza. A tributação deve ser maior para os mais ricos, o que, ao invés de violar o princípio da igualdade, está-lo-á concretizando, ao mesmo tempo em que se concretizará o princípio da capacidade contributiva.

#### **5.CONCLUSÕES**

---

147 ÁVILA, **Teoria da igualdade tributária**, p. 31.

A despeito das oscilações doutrinárias, é certo que a capacidade contributiva ainda é vista por parcela significativa da doutrina como componente da teoria da tributação. Por outro lado, eventual crítica deve ser lida em conjunto com a doutrina que aponta a inconsistência da ideia de teoria do benefício, quando indica que o Estado gasta mais dinheiro com aqueles que são mais pobres.

Todos os direitos exigem recursos orçamentários para seu exercício, ainda que esse direito seja encarado como uma mera abstenção do Estado. Diversos são os custos do Estado para proteção da propriedade, da vida e da incolumidade física, direitos esses que geram muito mais benefícios aos mais ricos que aos mais pobres.<sup>148</sup> Nesse sentido, Sunstein e Holmes afirmam que “os direitos de propriedade dependem de um Estado que esteja disposto a tributar e gastar”.<sup>149</sup>

Ainda assim, aqueles que possuem menos riqueza têm uma tendência a usar mais serviços públicos do que conseguiriam arcar se esses serviços fossem cobrados, como é o caso de serviço público de educação e de saúde. Para esses cidadãos, a solidariedade justifica uma tributação com base na capacidade contributiva, tributando-se mais ao mais ricos, menos os mais pobres e isentando aqueles que não possuem meios para sua própria subsistência.

Por outro lado, o próprio princípio da igualdade também justifica a capacidade contributiva, porque mesmo entre pessoas com mais renda, haverá aqueles que possuem mais riqueza e que, por isso, poderão contribuir proporcionalmente com mais, de modo que o sacrifício dos dois seja igual.

Dito de outro modo, enquanto a solidariedade fundamenta a capacidade contributiva na distinção entre aqueles que utilizam certos serviços públicos sem a capacidade para arcar com seu custeio diretamente e aqueles que não usam esse serviço, mas podem custeá-lo, o princípio da igualdade tem cabimento para além dessa divisão. Entre cidadãos que possuam riqueza, a justificativa para uma tributação mais gravosa de uns em detrimento de outro está justamente no princípio da igualdade e o que essa tributação representará de sacrifício para cada um.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria da igualdade tributária. 3a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

---

148 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. *Op cit.*, p. 50–51.

149 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. *Op cit.*, p. 47.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário - 30a edição de 2019. Ano edição 2019. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

LODI, Ricardo Ribeiro. Estudos de direito tributário: Tributação e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. Princípios estruturantes de Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2019. (Coleção Manuais universitários).

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

## **DOR E DIGNIDADE: REFLEXÕES JURÍDICAS ACERCA DOS PROTOCOLOS SANITÁRIOS ADOTADOS NAS FUNERÁRIAS EM TEMPOS DE PANDEMIA NA CIDADE DE IMPERATRIZ-MA**

**JAIRO ARAUJO MATOS:**

Graduado em bacharel em direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – Unisulma. Instituto de Ensino Superior do sul do Maranhão – IESMA.

THIAGO VALE PESTANA<sup>150</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O adeus ao ente querido por meio do direito ao velório, sepultamento, à imagem e memória do falecido, é uma libertação da angústia e pena perpétua diante da dor. Além disso, é princípio da dignidade humana assegurado ao morto e o respeito aos vivos como bem jurídico tutelado. Seguindo esse pressuposto, a pesquisa apresentada tem como objetivos: compreender a dor e a dignidade, enfatizando as reflexões jurídicas feitas acerca dos protocolos sanitários adotados nas funerárias em tempos de pandemia na cidade de Imperatriz-MA, averiguar acerca dos protocolos sanitários adotados nas funerárias em tempos de pandemia na cidade de Imperatriz-MA embasado nos fundamentos do direito ao sepulcro e legislações internacionais e identificar a relação da dor e a dignidade humana em tempos de COVID-19 contextualizando o colapso funerário e os comportamentos oficiais de zelo pelos corpos mortos. Dentre os meios possíveis de investigação adotou o estudo bibliográfico de caráter dedutivo, com abordagem qualitativa, pois houve aplicabilidade de um questionário nas funerárias do centro de Imperatriz. E por meio da pesquisa realizada, pode-se constatar que, as medidas propostas pelos protocolos sanitários contradizem com os princípios da dignidade humana, porém, os participantes da pesquisa acreditam que as medidas adotadas por meio dos protocolos foram essenciais para garantir a sobrevivência da população.

**Palavras – chave:** Dignidade. Morte. COVID19. Protocolos sanitários. Funerárias.

**ABSTRACT:** Farewell to a loved one through the right to wake, burial, to the image and memory of the deceased, is a release from anguish and perpetual punishment in the face of pain. In addition, it is a principle of human dignity guaranteed to the dead and respect

<sup>150</sup> Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP/SP. Docente Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – Unisulma. Instituto de Ensino Superior do sul do Maranhão – IESMA. Email: thiago.pestana@unisulma.edu.br.

for the living as a protected legal asset. Following this assumption, the research presented has the following objectives: to understand pain and dignity, emphasizing the legal reflections made about the sanitary protocols adopted in funeral homes in times of pandemic in the city of Imperatriz-MA, to find out about the sanitary protocols adopted in funeral homes in times of a pandemic in the city of Imperatriz-MA based on the fundamentals of the right to the sepulcher and international legislation and to identify the relationship between pain and human dignity in times of COVID-19, contextualizing the funerary collapse and the official behaviors of zeal for dead bodies. Among the possible means of investigation, the bibliographic study of a deductive character was adopted, with a qualitative approach, since there was applicability of a questionnaire in the funeral homes in the center of Imperatriz. And through the research carried out, it can be seen that the measures proposed by the health protocols contradict the principles of human dignity, however, the research participants believe that the measures adopted through the protocols were essential to guarantee the survival of the population .

**Keywords:** Dignity. Death. COVID-19. Health protocols. Funeral homes.

## 1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é um dispositivo garantido tanto aos vivos como aos mortos. Paralelamente o sistema funerário e hospital não podem violar os direitos ao sepultamento digno (*jus sepulchri*) no tocante às informações e tratamento aos corpos das vítimas. É um direito básico do ser humano, sendo prerrogativa de sepultamento digno pelos seus familiares, seguindo todos os protocolos sanitários (BRASIL, 2020).

Em virtude de que, a dignidade da pessoa humana é um direito de todos mesmos após a morte, as funerárias mesmo em período pandêmico precisam e devem seguir os critérios dos protocolos sanitários estabelecidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a Organização Mundial de Saúde – OMS. Seguindo esse pressuposto, o presente trabalho foi elaborado no interesse de encontrar a resposta da seguinte problemática: diante da dor e dignidade, quais as reflexões Jurídicas podem ser feitas acerca dos protocolos sanitários adotados em Imperatriz-MA em tempos de Pandemia?

A escolha pelo tema surgiu com base na percepção de que a dor e a dignidade possuem um lugar de destaque e valor em nossa sociedade e que o padrão para medir esta conexão entre dor e dignidade está elencada e fundamentada em nosso ordenamento jurídico. Portanto, a relevância está direcionada a toda sociedade, por apresentar que a dignidade da pessoa humana da pessoa humana não delimita-se somente a vida, incluiu a morte nesse contexto. Sucessivamente poderão buscar seus direitos quando perceber que as funerárias não cumpre o que determina a Constituição Federal de 1988, pois a morte faz parte da vida (ALMEIDA; PORTO, 2020). Sobretudo, O sistema hospitalar e funerário

possuem deficiências de décadas e nesta crise as violações jurídicas e humanas não poderão passar sem se questionar os motivos e razões desse tipo de discrepância.

Consciente de que durante a pandemia, especificamente na primeira e segunda onda de maiores números de leitos e sepultamentos das vítimas do COVID-19. Muitos membros da sociedade tiveram a sensação de ter seus direitos de enlutamento violados, pois foram vetados litúrgicos, culturais e religiosos inerentes aos familiares. Sendo totalmente proibido a realização de velórios nas residências e o sepultamento deveria acontecer rapidamente.

Em suma, o presente trabalho foi construído com base nos seguintes objetivos: compreender a dor e a dignidade, enfatizando as reflexões jurídicas feitas acerca dos protocolos sanitários adotados nas funerárias em tempos de pandemia na cidade de Imperatriz-MA, averiguar acerca dos protocolos sanitários adotados nas funerárias em tempos de pandemia na cidade de Imperatriz-MA embasado nos fundamentos do direito ao sepulcro e legislações internacionais e identificar a relação da dor e a dignidade humana em tempos de COVID-19 contextualizando o colapso funerário e os comportamentos oficiais de zelo pelos corpos mortos.

## **2 PANDEMIA E AS DORES DA PERDA**

### **2.1 Considerações acerca do início da pandemia no mundo**

O termo pandemia segundo Oliveira (2020) conceitua-se de um indicativo que uma epidemia lastrou-se em vários continentes, sendo um fenômeno que pode ser transmitido de pessoa para pessoa, com grande impacto em risco mundial na sobrevivência da população, correlacionada com crescente índice de mortes e pobreza.

É importante destacar que em dezembro de 2019 foi hospitalizado um indivíduo em Wuhan na China e a patologia foi diagnosticada oficialmente de Covid-19, nomeado cientificamente de Sars-CoV2. O mesmo trata-se de um vírus que acomete gravemente o organismo humano, podendo ocasionar a mortalidade. Essa problemática rapidamente espalhou-se em caráter mundial, causando inúmeros transtornos a saúde, economia, educação, ciência entre outros campos pertencentes à sociedade, por se tratar de um vírus desconhecido (VENTURA; AITH; RACHED, 2021). O que exigiu dos grupos governamentais público, privados e da sociedade, adotar medidas de prevenção contra a contaminação, pois quanto maior é o índice de contágio, aumenta as consequências da doença (BRASIL, 2020).

Vale ressaltar que após a contaminação com o vírus o indivíduo pode levar até 14 dias para apresentar os sinais e sintomas. E nos casos mais leves da doença, geralmente manifesta-se por meio de febre, tosse seca, cansaço, dores e desconfortos, dor de

garganta, diarreia, dor de cabeça, perda de paladar ou olfato, distúrbios gastrointestinais (diarreia/náuseas/vômitos), perda ou diminuição do olfato (anosmia) ou perda ou diminuição do paladar (ageusia). E em casos mais grave, os sinais são: dificuldade de respirar ou falta de ar, dor ou pressão no peito, perda da fala ou movimento, e até mesmo o óbito (BRASIL, 2020).

Devido à complexidade acerca da Covid-19, a problemática tornou-se uma questão de saúde pública no Brasil e no mundo, pois ser uma patologia que afeta a humanidade rapidamente e atinge muitos órgãos do corpo humano. E como já mencionado, a transmissão acontece de pessoa entre pessoa, especificadamente por meio do toque do aperto de mão contaminadas, gotículas de saliva, espirro, tosse, catarro, objetos ou superfícies contaminadas com o vírus: celular, maçanetas entre outros.

Conforme Oliveira (2020) os locais fechados são propícios para proliferação do vírus, conseqüentemente a Organização Mundial da Saúde – OMS orientou a sociedade a importância do distanciamento social, sendo recomendado somente frequentar locais considerados essenciais: supermercados, farmácias entre outros, sobre o uso de máscaras, lavar os objetos ou as mãos com água e sabão ou passar álcool gel. Desse modo, as igrejas, escolas, universidade, faculdades, academias e outros locais foram classificados como não essenciais, na qual culminou no fechamento temporário ou atendimento restrito.

Apesar de a sociedade ter adotado ações no intuito de prevenir o coronavírus, muitos indivíduos não conseguiram obter tais efeitos, foram contaminadas e precisaram de intervenções clínicas por meio da internação hospitalar, gerando transtornos na área interna nos hospitais em todos os estados do Brasil, e alguns estados declararam estados de calamidade, por falta de profissionais, medicamentos, leitos e oxigênio para atender a demanda de paciente. Conseqüentemente exigiu dos órgãos governamentais de todo mundo, elaborar políticas de enfrentamento, para diminuir o impacto do vírus na esfera social.

## **2.2 A Covid-19 no Brasil e a política de enfrentamento**

Com o surgimento da Covid-19 políticas de enfrentamento foram desenvolvidos para garantir a população o direito a saúde, isto é, a vida. Para Ventura; Faith; Rachid, (2021) a política de enfrentamento da pandemia foi gerenciada pelo atual Presidente Jair Bolsonaro, na qual ao decorrer de todo processo de adotar medidas de enfrentamento, foi continuamente criticado pelos cientistas, por descumprir as orientações repassadas pela Organização Mundial de Saúde – OMS na prevenção da pandemia (distanciamento social, usar de máscara e álcool gel e outros).

Embora que o atual governo do Brasil não tenha seguindo as medidas de prevenção, ações foram adotadas para propor atendimento a população, sucessivamente foram

implantados diversos hospitais de campanhas, pontos de exames e pontos de vacinação. Todavia, as medidas são consideradas ineficientes para atender as necessidades da população tanto campo da saúde, como também da economia, assim profere Souza (2021, p.10)

Os efeitos da pandemia de Covid-19 aprofundam e intensificam a deterioração das condições de vida, trabalho e saúde da classe trabalhadora, já afetadas pela crise capitalista. Como consequência, verifica-se o crescimento da superexploração do trabalho, com o fenômeno da suberização, a terceirização generalizada, o aumento da informalidade, a intermitência no emprego e a elevação do desemprego estrutural. Essa precarização, que se estende também às políticas públicas, impacta as medidas de enfrentamento da Covid-19 na medida em que a desproteção do trabalho associada à necessidade de subsistência acirra os níveis de contaminação pelo coronavírus. No Brasil, soma-se a esse quadro a devastação dos direitos, determinada por uma política de austeridade fiscal que estabeleceu o congelamento dos gastos públicos com despesas primárias, dentre elas as políticas sociais.

Compreende-se que durante a pandemia da Covid-19 houve desequilíbrios significativos nas relações sociais capitalistas e nas diretrizes que buscam defender a vida. A complexidade da situação atingiu e continua a atingir todos os segmentos ligados ao tratamento da doença tais como o “hospitalar e de tratamentos especializados, da indústria farmacêutica e de produção de equipamentos, instrumentos e materiais médicos” (SESTELO *et al*, 2017; GOUVÊA, 2020), como também em se tratando da realização de exames para fins de diagnósticos e as prestações devidas pelos planos de saúde.

A elaboração da política de enfrentamento no Brasil apresenta incidência de caráter destrutivo negacionista, por falta de um plano de ação centralizado no interesse de diminuir o impacto da doença, paralelamente expressaria maior segurança na garantia da expectativa de vida da população.

### **2.3 Os números da pandemia:** estatísticas de dor e de esperança

A pandemia da Covid-19 representa em todo mundo como uma trajetória que tem causado dores, alicerçadas em comoção e revoltas. De acordo com Brasil (2022) a situação do Brasil é de 654.94 mortes e 29.350.134 casos confirmados, sendo uma média diária de 1.020 de mortes todos os dias. Com o número alarmante de pessoas diagnosticadas e vítimas da COVID19, o Brasil se tornou o país a segunda posição do ranking em números de vítimas fatais por consequência da COVID19, ficando atrás apenas dos Estados Unidos.

Segundo Brasil (2022) o estado do Maranhão já foi diagnosticado 418 mil pessoas, desse total, morreram 10.842 pessoas. Por certo, o índice elevado de morte no Brasil reflete como dor e sofrimento da sociedade, e apesar de que a pandemia ainda não acabou, percebe-se que gradativamente vivencia-se a diminuição do número de casos de notificados e de morte, o que perpetua-se como uma resposta positiva das vacinas que surgiu em prol do controle dos agravamentos do vírus da COVID19.

Conforme Gouvêa (2020) a pandemia ocasionou danos adversos a humanidade, o que gerou o interesse incansáveis dos pesquisadores em desenvolver a produção de uma vacina capaz de impedir as consequências geradas pelo vírus, pois a vacina é um dos principais vetores de contaminação de doenças infecciosas. Some-se a isto, atualmente existem no mundo cerca de 10 tipos de vacinas contra a COVID19: Pfizer/BioNTech, AstraZeneca/Oxford, Janssen, Moderna, Sinopharm, Sinovac, Bharat e Novavax.

De fato, após o surgimento da vacina a esperança passou fazer parte da percepção da humanidade, por ser nítido que a vacina tem contribuindo com a diminuição do índice de morte por COVID, sucessivamente estudiosos em todo mundo, incentivam a ampliação da cobertura vacinal, pois quanto mais pessoas vacinas, aumenta-se a esperança de alcançar o fim da pandemia.

O país está com 72% da população imunizada com duas doses ou com a aplicação única, no caso do produto da Janssen. É uma abrangência que precisa subir significativamente para aumentar as esperanças de debelar a pandemia e proteger mais pessoas do risco de casos graves e que levem à morte. As estatísticas lembram especialistas e autoridades de saúde, mostram que as complicações e óbitos estão ocorrendo basicamente entre não vacinados e pessoas sem o esquema completo (SOUZA, 2021, p.6).

É compreensível que o desenvolvimento e produção das vacinas trouxe uma visão positiva e esperançosa para humanidade, embora que as dores deixadas pela pandemia em muitos casos foram irreversíveis, milhares de pessoas morreram em um pouco espaço de tempo, o que exigiu dos grupos governamentais juntamente como os órgãos sanitários elaborar protocolos sanitários para garantir a segurança no manuseio com os cadáveres.

### **3 A REGULAMENTAÇÃO DOS PROTOCOLOS SANITÁRIOS NA PANDEMIA PARA O MANUSEIO DE CADÁVERES**

Considerando que o contágio do vírus da COVID19 pode ocasionar danos muitas vezes irreversíveis, surgiram recomendações referentes ao manejo do corpo do indivíduo vítima da COVID19. O documento tornou-se um aliado na prevenção do crescente índice

de pessoas infectadas, pois no consenso dos especialistas internacionais e nacionais na área de infectologia, constataram ser extremamente necessário orientar a população quanto às medidas preventivas nesse contexto.

De acordo Brasil (2020) o regulamento do manejo clínico de COVID19 deve se particularizada e regionalizada em diferentes tempos, pois dependendo do índice do pico da doença no país, exige organização por parte dos estados e municípios do país. Portanto, o presente capítulo faz apresentação dos parâmetros clínicos que foram efetivados no Estado do Maranhão, principalmente no município de Imperatriz (BRASIL, 2020).

As discussões sobre o assunto é relevante para mostrar que os regulamentos construídos visaram à prevenção de novos contágios do vírus, por articular restrições de contato social e especialmente no manuseio com os corpos em todo processo, além de orientar os profissionais as famílias deve se comportar no momento do velório e enterro (BRASIL, 2020).

Mediante as possibilidades da transmissão por contato, os regulamentos do plano nacional, estadual e municipal fortaleceram as ações de combate e prevenção contra a COVID19, por mostrar aos profissionais da linha da frente, informações técnicas que sem dúvidas foram essenciais para continuar prestando serviços a população de forma segura e eficaz.

### **3.1 O plano nacional**

A pandemia da COVID19 por se tratar de um vírus de fácil contágio, fez necessário elaborar um plano de ação e intervenção para orientar a população de como atuar mediante os casos de óbitos Segundo Souza (2021) a estratégia partiu do interesse de impedir que contaminação do vírus acontecesse no manuseio do cadáver nos hospitais, nas funerárias, como também em contato como os familiares.

Diante da calamidade, entidades públicas como: Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes), a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco), a Associação Brasileira Rede Unida (Rede Unida), a Sociedade Brasileira de Bioética (SBB), o Conselho Nacional de Saúde (CNS), à Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes) e outros, elaboraram um Plano Nacional de Enfrentamento à Pandemia da Covid-19 repassando informações de que modo os cadáveres podem e devem ser manuseados (BRASIL, 2020).

De acordo como o protocolo, os profissionais de saúde precisam e devem adotar algumas condutas para manter a segurança, assim, após a confirmação do óbito o corpo deve ser colocado em saco impermeável, preferencialmente duplo, selado e identificado como risco biológico.

A funerária ao ser acionados precisa ter consciência da causa da morte e após transportar do cadáver, o carro deve ser submetido à limpeza e desinfecção. E no momento da preparação do corpo, é primordial evitar excesso de funcionários no local. E todos que tiver contato com o corpo deverá utilizar os seguintes Equipamentos de Proteção Individual - EPI

Avental impermeável, máscara cirúrgica, luvas não estéreis e nitrílicas (caso tenha risco de punctura, utilizar duas luvas resistentes), protetor ocular ou protetor facial, gorro, sapatos fechados, capas de sapatos ou botas impermeáveis. Caso seja necessário realizar procedimentos geradores de aerossóis, o profissional deverá usar máscara respiratória (N95, PFF2 ou equivalente) (BRASIL, 2020, p.2).

Além dos equipamentos necessários que precisam ser utilizados, o protocolo dar ênfase sobre não ser recomendado o embalsamento, limpar o caixão na área externa com álcool 70% antes de conduzi-lo a presença dos familiares, e recomenda-se que a urna deve ser totalmente lacrada e permanecer durante todo o processo.

Ademais, o enterro ou a cremação necessita acontecer no mesmo dia que ocorreu o óbito e não é recomendado a ocorrência de velórios, cultos, entre outros cerimoniais fúnebres. Essa atitude respalda-se no interesse de evitar a proliferação do vírus entre aperto de mãos, abraços entre familiares e amigos. Assim, a despedida dos familiares com o falecido limita-se em alguns minutos em um local aberto com o número máximo de 10 pessoas respeitando a distanciamento de no mínimo de 2 metros (BRASIL, 2020).

Por ser necessário um plano de ação para manusear o cadáver, o Estado do Maranhão também elaborou um protocolo para reforçar aos profissionais de saúde e de funerárias como atuar com segurança e compromisso o manuseio dos cadáveres.

### **3.2 O plano do Estado do Maranhão**

O plano sanitário da pandemia do Estado do Maranhão possui embasamento no plano nacional. Desse modo, as orientações fundamentam-se em condutas que deve acontecer nas unidades hospitalares, necrotérios, funerários, trasladados e velórios.

Para melhor compreender os serviços de somatoconservação de cadáveres convém destacar os seguintes critérios: comunicar ao Serviço Funerário quando da suspeita ou confirmação da morte for por infecção pelo Coronavírus (COVID-19), o cadáver de caso com suspeita ou confirmação de morte por infecção pelo Coronavírus (COVID19) deverá ser transportado em saco impermeável próprio, selado e identificado, não devendo haver manipulação posterior do mesmo, sendo proibida a realização de qualquer procedimento de somatoconservação, quer seja tanatopraxia, embalsamento ou formolização em casos

suspeitos ou confirmados, o caixão deverá estar permanentemente lascarado no transporte e velório, o velório deve durar o menor tempo possível, devendo o sepultamento ocorrer preferencialmente no mesmo dia em que ocorreu o óbito, proibido realização de velórios em residências, não recomenda-se: apertos de mãos, abraços e beijos, bem como, qualquer tipo de aglomeração durante todo processo de despedida do morto. (ESTADO DO MARANHÃO, 2020).

Efetivamente é notório perceber que o interesse principal do protocolo sanitário do Estado do Maranhão foca-se na proteção da população de forma direta e indireta, incluído a proteção dos funcionários que tem contato com os cadáveres, familiares entre outras pessoas que fazem parte dos vínculos social. E devido existir necessidades específicas para cada região, o protocolo do Estado do Maranhão ressalta que os municípios possuem autonomia de acrescentar outras medidas.

### **3.3 O plano do município de Imperatriz**

Imperatriz é um município do Estado do Maranhão, fica localizada no sudoeste do estado e é o segundo município mais populoso do estado maranhense, sendo a população estimada em 2021 de 259.980 habitantes. A cidade estende-se a margem direita do rio Tocantins e travessia da Rodovia Belém – Brasília (IBGE, 2021).

E como qualquer outra cidade do Brasil e mundo, o município de Imperatriz também obteve reflexo da pandemia da COVID19, pois foram notificados 23.697 casos, desse total morreram 1.004 indivíduos, apesar das medidas restritivas que foram efetivadas ao longo pandemia (distanciamento social, uso obrigatório de máscaras entre outras ações) (PREFEITURA DE IMPERATRIZ, 2021).

Em virtude dos óbitos que aconteceram por consequência da COVID19 foram realizados reuniões com a Secretaria Municipal de Saúde – SEMUS juntos aos representantes de funerárias de Imperatriz para debateres o manejo adequado dos cadáveres, onde destacou-se que todos os profissionais da saúde (médicos, enfermeiros, nutricionistas, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, biólogos, biomédicos, farmacêuticos, odontologistas, fonoaudiólogos, psicólogos, serviços sociais, profissionais de educação física, médicos veterinários e seus respectivos técnicos e auxiliares), bem como, profissionais de apoio (recepcionistas, motoristas de ambulância, profissionais do sistema funerário e etc.,) independente do campo de atuação: hospitais, clínicas, ambulatórios, laboratórios e outros locais.

O Ministério Público do Maranhão também elaborou recomendações de caráter de urgência, para orientar de que modo o manejo de óbitos por contra COVID19 deveriam acontecer, o documento foi direcionado ativamente aos municípios de Imperatriz,

Davinópolis, Governador Edison Lobão e Vila Nova dos Martírios (PREFEITURA DE IMPERATRIZ, 2020).

As orientações partiram da coleta de informações acerca dos números de vagas disponíveis nos cemitérios públicos e privados, “verificar junto aos serviços funerários a quantidade de urnas funerárias disponíveis, a fim de evitar um possível desabastecimento de urnas, elaborar um inventário de equipamentos de segurança junto aos serviços funerários, tanto públicos quanto privados” (PREFEITURA DE IMPERATRIZ, 2020, p.2).

Além das orientações citadas, o documento ainda estabeleceu que os municípios devessem buscar parcerias com o Governo do Estado para instalar câmara fria nas unidades de saúde ou cemitério, em virtude de atender as necessidades no caso os corpos precisam ser armazenados. Sobretudo, foi solicitada a qualificação dos profissionais responsáveis em manusear e transportar os corpos suspeitos de COVID19.

Em resumo, os representantes governamentais do município de Imperatriz orientaram sobre a importância de seguir o que recomenda o protocolo sanitário nacional da pandemia para dar suporte e segurança às organizações prestadoras de serviços (PREFEITURA DE IMPERATRIZ, 2022). E município adotou como plano de proteção, o protocolo sanitário nacional, por ser um documento que leva em consideração as necessidades dos profissionais das familiares e os direitos do falecido.

#### **4 METODOLOGIA**

A pesquisa baseia-se no estudo bibliográfico por ser um recurso que propõe síntese de conhecimento a partir da descrição de temas abrangentes favorece a identificação de lacunas de conhecimento para subsidiar a realização de novas pesquisas (RUIZ, 2010).

A pesquisa de campo também fez parte da pesquisa na qual aconteceu por aplicação de um questionário com cinco perguntas fechadas e abertas direcionado para proprietários de funerárias do centro de Imperatriz, sendo uma amostragem de 3 participantes, na qual foi constituído em abordagem qualitativa, pois se torna mais viável ao alcance dos objetivos traçados.

No tange à abordagem qualitativa, de acordo com Gil (2010) este tipo de pesquisa se vale da coleta e da análise de dados a fim de responder às questões de pesquisa, testar hipóteses previamente estabelecidas e análise dos dados segundo as variáveis do estudo.

A pesquisa aconteceu no Bairro Centro de Imperatriz – MA, em março de 2022, especificadamente nas funerárias. As buscas foram baseadas no uso do questionário fundamentado nos pensamentos de Marconi e Lakatos (2010, p.42) que diz: “a base do questionário são respostas a perguntas que podem ser abertas ou de alternativas. A

confeção é feita pelo pesquisador e o preenchimento é realizado pelo informante”. A escolha pelo questionário partiu pela facilitação em coletar e interpretar os dados.

É importante frisar que o questionário possui 5 questões, das quais são essenciais para o alcance dos objetivos traçados. As perguntas foram abertas e fechadas para coletar informações mais próximas da realidade do campo pesquisado.

Os critérios de inclusão foram empresários que atuam no setor funerário no centro da cidade de Imperatriz - MA, que voluntariamente teve o interesse em participar da pesquisa, assinando o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE, sendo assegurado a cada um dos participantes o sigilo quanto à participação. A qualquer momento, os participantes da pesquisa poderiam recorrer à desistência desta ou solicitar informações sobre seus resultados parciais e totais.

A exclusão refere-se aos elementos contraditórios à inclusão, bem como, empresários que não sejam do ramo funerário, não assinaram o TCLE e se negou a responder o questionário aplicado. Em suma, acredita-se que os recursos metodológicos utilizados foram essenciais para alcançar os objetivos que foram traçados.

## **5 RESULTADOS E DISCUSSÕES**

### **6.1 Análise do questionário aplicado aos proprietários das funerárias**

Dando seguimento aos objetivos da pesquisa, foi realizada uma pesquisa em 3 funerárias do Centro de Imperatriz – MA. Por questão de ética da pesquisa não será mencionado a identidade das funerárias e dos seus proprietários. No entanto, todos são do sexo masculino, possuem entre 37 a 45 anos de idade e o tempo que presta serviços de funeral corresponde ao tempo máximo de 12 anos.

Seguindo os objetivos da pesquisa foi questionado aos informantes da pesquisa se houve crescente índice de demanda nas funerárias durante o surto da pandemia. Por unanimidade todos disseram que sim, foi uma realizada vivenciada em Imperatriz, no Brasil e o mundo.

Para Menezes e Marcos (2020) foram inúmeras implicações que o vírus da COVID19 ocasionou na população mundial, os hospitais ficaram lotados, faltaram oxigênios e urnas para enterrar os mortos em alguns estados do Brasil. Conseqüentemente, fez-se necessário constituir meios que pudessem impedir a proliferação do vírus. E as medidas de prevenção englobaram o ramo de funerária.

Foi questionado aos 3 proprietários das funerárias, se os mesmos adotaram os protocolos determinados pelo Ministério da Saúde e a ANVISA. Mediante a questão todos assimilaram a mesma resposta, sim. Ou seja, as funerárias pesquisadas prestaram serviços

à população com base nos protocolos sanitários da pandemia para manusear os cadáveres de forma segura.

No interesse de obter mais informações, foi questionado ao público alvo se as normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde e ANVISA ferem os princípios da Dignidade Humana, observe as declarações dos 3 participantes da pesquisa.

Sim, acho que as normas estabelecidas pelo ministério da saúde e ANVISA fere o princípio da dignidade humana, pois as famílias ficam impossibilitadas de realizar o cerimonial fúnebre, medida adotada para evitar o contágio a propagação da covid 19, é triste as famílias e os amigos não poderem se despedir fazer uma homenagem para seu ente querido antes do sepultamento (ENTREVISTADO 1).

Com certeza, houve violação do princípio da dignidade humana. Mas acredito também que foi necessário fazer isso, para evitar o crescimento de número de mortes. Observa bem, se fosse permitido o velório nas residências, o corpo estaria exposto ao um grande número de pessoas, além do que a aglomeração é propício para contágio de pessoa para pessoa. A situação é triste, mas necessária (ENTREVISTADO 2).

Sim, porque teve o cuidado de sempre está alertando a população (ENTREVISTADO 3).

Com base nas informações dos proprietários das funerárias houve sim, violação da Dignidade da pessoa humana, pois de forma direta e indireta a dignidade humana está vinculada com o direito ao sepultamento cedido aos familiares, preservando a oportunidade da despedida, o que sem dúvida minimizar o sofrimento da ruptura traumática gerada pela morte. Além disso, "envolve uma ressignificação afetiva, e até mesmo retrospectiva de fatos que desencadearão uma necessária harmonia aos entes vivo, ou em relação ao falecido - com pedidos de perdão, tranquilização de que todos ficarão bem após o falecimento etc" (LIMA; ARNALDINO JÚNIOR, 2020).

Consciente de que os informantes da pesquisa reconhecem que houve violação dos direitos da família e do falecido, foi questionado se diante da pandemia da COVID19, foi vetado o direito velório, onde é um momento em que as famílias realizam rituais e se concordaram com a decisão, observe as seguintes afirmativas:

Sim, foi negado o direito ao velório, sucessivamente as famílias ficaram sem o direito de se despedir da maneira que desejassem. E concordo sim com a decisão, para o momento foi uma decisão

adequada e necessária para proteger as famílias e evitar a propagação da doença (ENTREVISTADO 1).

Sim, foi vedado qualquer tipo de manifestação de rituais para despedir do ente querido. E acredito que foi uma decisão adequada no momento em que se enfrentava uma problemática tão séria. Foi triste ver as famílias isoladas por ter seus direitos impedidos, mas foi o melhor a ser feito (ENTREVISTADO 2).

Sim, foi por eles não saber que doenças estavam lhe dando. Por isso, foi sim uma medida adequada (ENTREVISTADO 3).

Todos os participantes da pesquisa concordaram que as medidas expostas pelos protocolos foram essenciais, por se tratar de uma situação que colocava em risco a vida de muitas pessoas.

As respostas dos informantes têm semelhanças com a ideologia descrita por Jubilut (2020) cujo assegura que dependendo da situação, é consideravelmente aceitável o setor jurídico substituir um princípio por outros. Como no caso, do princípio da dignidade humana, perpetua-se o direito a saúde, a vida. Pois se permitisse as famílias despedisse do falecido conforme os costumes antes da pandemia, aumentaria o índice de contágio da doença e sucessivamente mais mortes, assim reforça Oliveira (2020, p.3) "A pandemia da covid-19 pode afetar seriamente o pleno exercício dos direitos humanos devido aos graves riscos à vida, à saúde e à integridade pessoal".

Percepção contraditória apresentou o estudo de Battaglia e Versignassi (2020), pois os autores dizem que embora que o vírus possa ser mortal, é crucial estabelecer uma relação ativa com a dignidade humana, mais em muitos estados isso não aconteceu, como por exemplo, o Estado de Manaus, muitas covas foram abertas e os corpos foram enterrados às pressas, de qualquer jeito, o que refletiu grave violência a Dignidade Humana. Todavia, acredita-se que esses episódios de desrespeitos ao ser humano não aconteceram no município de Imperatriz.

Quando foram questionados quais os protocolos usados na pandemia, os informantes descrevem os seguintes elementos:

O uso de máscara, macacão, luvas, óculos, toca, botinas, todos descartável só usava uma única vez para lidar com o corpo da pessoa que faleceu vítima do covid. E o uso de álcool para higienização (ENTREVISTADO 1).

Todos os EPIs necessários: luvas, máscaras, álcool gel, macacão, óculos, toca, botinas entre outros (ENTREVISTADO 2).

Usar os equipamentos de EPIs como: luvas, roupas adequada, botas, máscara e toca (ENTREVISTADO 3).

As descrições apontadas nas respostas dos proprietários das funerárias estão corretas, pois de fato o protocolo determina que a equipe responsável pelo manuseio dos corpos suspeitos ou confirmação de morte por contágio do vírus da COVID19 precisam e devem utilizar EPIs para impedir a proliferação do vírus. Acredita-se que o uso dos recursos adequados e de forma correta, diminui as chances de contrair o vírus.

Ademais, além dos itens descritos pelos proprietários das funerárias, o protocolo nacional, estadual e do município de Imperatriz é mais amplo nas informações quanto aos procedimentos, o que inclui: os corpos devem ser transportados em saco impermeável próprio, selado e identificado, sendo proibida a realização de qualquer procedimento de somatoconservação, quer seja tanatopraxia, embalsamento ou formolização, o caixão deverá está permanentemente lascarado no transcórre de todo processo, entre outras ações (ESTADO DO MARANHÃO, 2020). Ou seja, os protocolos buscaram bloquear de forma direta o contágio do vírus com as pessoas, para isso, adotou medidas severas, mas consideradas essências.

Enfim foi questionário se houveram modificação nos procedimentos funerários antes e durante da pandemia e quais foram. Obteve as seguintes respostas:

Sim, teve mudanças nos procedimentos, não era mais possível fazer a tanatopraxia, quando era para fazer a remoção do corpo no local onde ocorreu o falecimento era levado o (caixão), lá mesmo no local do falecimento o corpo era colocado no caixão, que já estava em três sacos e a urna era lacrada e isolada com insulfilme, e já ia direto para o cemitério. (ENTREVISTADO 1).

Sim, as mudanças foram grandes e necessárias. Após o óbito a família comunicava a nós, rapidamente nos direcionava-nos a unidade já levando o caixão escolhido pela família, quando saímos da unidade já condizia o corpo ao cemitério, todo processo era rápido e cauteloso. A família presenciava longe o transladado do corpo até o enterro (ENTREVISTADO 2).

Sim, antes era velado o corpo em cada normal 24 horas, durante a pandemia os corpos eram diretamente levados ao cemitério e enterrado logo, a família se despedia de longe (ENTREVISTADO 3).

As descrições das respostas dos informantes traz a percepção de uma situação complexa não somente a famílias. Observa-se que as mudanças refletiram no modo de

atuação dos profissionais de saúde em dispensar o corpo, que por sua vez, coloca os corpos nas urnas ainda na unidade de saúde e conduzem ao cemitério. O espaço de tempo do óbito e enterro é rápido, por ser vetado o velório por parte da família em suas residências, conforme os rituais religiosos e culturais costumam praticar, o que traz a percepção de que o direito da dignidade humana foi violado de forma consentida aos preceitos jurídicos, pois os protocolos visam a prevenção do contágio.

Sobre a violação da dignidade humana por meio do protocolo sanitário da COVID19 no manuseio dos corpos, Oliveira (2020) corrobora afirmando que não somente a dignidade humana foi afetada com a chegada da pandemia, os direitos básicos: “liberdade de ir e vir (Artigo 13 da Declaração Internacional de Direito Humanos, 1948), liberdade de associação (Artigo 20), e direito à educação (Artigo 26) como medidas indispensáveis para minimizar a ocorrência de novas contaminações”, também foram violados por tempo determinado, porém, foram necessários para preservar a saúde e a vida.

Em síntese, entende-se violação aos direitos da dignidade humana ocorre quando não existe respeito em manusear os corpos, lançando-o em covas tumultuadas, sem levar em consideração as memórias e sofrimentos da humanidade nesse cenário catastrófico.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Brasil e o mundo enfrentam a pandemia do novo corona vírus da Covid-19, sendo um fenômeno que já vitimou milhões de pessoas em todo o mundo, pois afetar a saúde da população, atingindo múltiplos órgãos do corpo humano. Em virtude disto, a COVID19 ocasionou colapso na saúde por meio de hospitais lotados e mortes diárias. Mediante esse cenário social, as funerárias depararam-se com a crescente demanda de contrato de serviço. Todavia, as mesmas precisaram adotar medidas de atuação com base nos protocolos sanitários no manuseio dos cadáveres, o que refletiu como violação do principal direito Constitucional garantido a todo cidadão, a Dignidade da Pessoa Humana.

A Constituição Federal de 1988 explicitou em seu artigo 1º que a dignidade da pessoa humana é um dos “fundamentos da República” intrasferível, pertencente a todo ser humano, sendo de competência do Estado na forma da lei, assume o compromisso de tornar isso realidade independente das condições do indivíduo “vivo ou morto”. No entanto, com o surgimento da pandemia da COVID19, milhares de pessoas morreram diariamente, o que causou colapso na saúde e nos serviços funerários.

Por meio da pesquisa realizada pode-se constatar que o Direito a Dignidade Humana independente da situação mundial deveria ser preservada ao máximo, no entanto, muitas funerárias embora que tenham buscado seguir os protocolos sanitários descritos pela ANVISA e OMS no manuseio dos cadáveres não conseguiram cumprir corretamente,

o que tornou a violação contra a Dignidade Humana mais consistente, sendo o simbolismo real da situação caótica, ferindo ativamente os princípios jurídico constitucional.

Por certo, o direito à dignidade engloba ativamente o corpo morto, sendo uma condição jurídica, no entanto, é compreensivo terem ocorrido mudanças nos princípios básicos, o que não deveria ter acontecido de fato, foi tratar os corpos de forma desumana.

Por fim, ao longo do trabalho foram tratados assuntos relevantes acerca da o princípio da dignidade da pessoa humana mesmo após a morte, especificadamente durante a pandemia da COVID19, pois foi exatamente nesse período que aconteceram milhares de mortes por consequência do vírus. Contudo, sugere-se que novas pesquisas sejam realizadas dando ênfase ao mesmo assunto, para que os órgãos governamentais despertem atenção e interesses de garantir a Dignidade da Pessoa Humana de forma segura e eficaz, independente da situação que possa surgir na esfera social.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; PORTO, Gabriela Hühne. Estado de emergência e direitos humanos. **Revista Conjuntura Econômica**, Rio de Janeiro, v. 74, n. 4, p. 52-55, abr. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/view/81592/77850>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BATTAGLIA, Rafael; VERSIGNASSI, Alexandre. Brasil tem menos leitos do que países que já colapsaram diante da Covid-19. **Revista SUPER Interessante**. Disponível em: . Acesso em: 21.mar. 2022.

BETTIZA, Sofia. **A dor das famílias proibidas de enterrar seus mortos na Itália**. BBC Brasil, 25 mar. 2020. Disponível em: . Acesso em 29 mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Cuidados no ambiente hospitalar ao paciente com suspeita ou diagnóstico de COVID-19. 2020.** <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/May/12/CuidadosCOVID-MS-05-05-2020.pdf>. Acesso em: 2.ago.2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Guia de Vigilância Epidemiológica – **Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional pela doença pelo Coronavírus 2020**. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/20/doc-nota-tecnica-covid19---1-.pdf>. Acesso em: 9.ago.2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Manejo de corpos no contexto da doença causada pelo coronavírus Sars-CoV-2 Covid-19**. Secretaria de Vigilância em Saúde Departamento de Análise de Saúde e Vigilância de Doenças não Transmissíveis. 2º ed. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes->

tecnicas/recomendacoes/manejo-de-corpos-no-contexto-da-covid-19. Acesso em: 20.fev.2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Texto compilado. Acesso em: 3.jan.2022.

ESTADO DO MARANHÃO, **nota técnica nº. 02/2020 sobre serviços de somatoconservação, funerárias, cemitérios e crematórios no manejo de corpos de vítimas de casos suspeitos ou confirmados por covid-19**. Disponível em: [https://www.saude.go.gov.br/files//banner\\_coronavirus/protocolos-notas.pdf](https://www.saude.go.gov.br/files//banner_coronavirus/protocolos-notas.pdf). Acesso em: 3.mar.2022.

GOUVÊA, Mariana Oliveira. Os desafios do sistema de governança da saúde global na pandemia Covid-19: Limitações atuais e possibilidades de reforma. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2021.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Cidade e estados**. 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/ma/imperatriz.html>. Acesso em: 20.mar.2022.

JUBILUT, Líliliana Lyra et al. **Direitos Humanos e COVID-19 – Impactos em Direitos e para Grupos Vulneráveis**. Santos: Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Vulnerabilidades” da Universidade Católica de Santos, 2020.

LIMA, Lucas Correia de. ARNALDINO JÚNIOR, dos Santos Dias. O retorno ao dilema de antígona: a dignidade do corpo morto no contexto pandêmico da COVID-19. **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – Vol. 14, Nº 2, Edição Especial “Covid-19”. 2020.

MENEZES, Wagner; MARCOS, Henrique. O Direito Internacional e a Pandemia: Reflexões Sistêmico-Deontológicas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 48, n. 2, p. 43-78, 2020.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria; **Metodologia do trabalho científico**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Nelson. **Desigualdade e abusos na pandemia impulsiona cobrança dos direitos humanos**. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/08/desigualdade-e-abusos-na-pandemia-impulsionam-cobrancas-por-direitos-humanos>. Acesso em: 4.mar.2022.

PREFEITURA DE IMPERATRIZ. **Prefeitura realiza reunião com representantes funerários para orientar sobre manejo de óbitos**. 2021. Disponível em: <https://www.imperatriz.ma.gov.br/noticias/saude/prefeitura-realiza-reuniao-com-representantes-funerarios-para-manejo-de-obitos.html>. Acesso em: 29.mar.2022

.PREFEITURA DE IMPERATRIZ. **IMPERATRIZ - MPMA recomenda a municípios elaboração de plano de contingência para manejo de óbitos por Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/index.php/lista-de-noticias-gerais/16688-imperatriz-mpma-recomenda-a-municipios-elaboracao-de-plano-de-contingencia-para-manejo-de-obitos-por-covid-19>. Acesso em: 3.fev.2022.

RACHE, Beatriz. **Necessidades de infraestrutura** do SUS em preparo à COVID-19: leitos de UTI, respiradores e ocupação hospitalar. São Paulo: Instituto de Estudos para Políticas de Saúde, 2020.

RUIZ, João Álvaro. **Metodologia Científica**: guia para eficiência nos estudos. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Rodriane de Oliveira. **A saúde no brasil recente**: elementos da política de (não) enfrentamento à covid-19. 2021.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. A emergência do novo coronavírus e a "lei de quarentena" no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, vol. 12, n. 1, 2021.

## MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

**CARLA PEREIRA REIS:** Discente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

FLÁVIA REGINA PORTO DE AZEVEDO<sup>151</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo almeja realizar uma pesquisa a fim de esclarecer os benefícios da aprovação da Multiparentalidade para o Direito de Família e as entidades familiares. Dessa forma, visa averiguar como ocorreu o processo para a aprovação da Multiparentalidade no Direito Civil Brasileiro, bem como relatar as mudanças e os benefícios acarretados pela paternidade socioafetiva. Ademais, vale ressaltar se a multiparentalidade é um efeito necessário em face das mudanças nas relações sociais e por fim, verificar se a adoção pode ser reconhecida perante a Multiparentalidade, uma vez que a concepção de família tradicional sofreu diversas modificações ao decorrer do tempo, em decorrência da aprovação da união estável homoafetiva, bem como da possibilidade do divórcio entre casais. Dessa forma, no presente artigo será demonstrado os efeitos jurídicos acarretados pela legalização da Multiparentalidade, bem como de que forma as decisões judiciais auxiliaram e ampararam na quebra de paradigmas relacionados a nova concepção de família, ademais, será abordado como o direito de família alterou a ideia de "família ideal e tradicional" ao decorrer do tempo, para alcançar o objetivo, adotou-se uma pesquisa bibliográfica e descritiva, uma vez que, para averiguar e corroborar os argumentos apresentados, foram utilizados a consulta em artigos, livros, processos de Tribunais Brasileiros e entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o referido tema.

**Palavras-chave:** Família. Multiparentalidade. Mudanças. União. Decisão. Concepção. Efeitos. Tradicional.

**ABSTRACT:** This article aims to carry out a research in order to clarify the benefits of the approval of Multiparentality for Family Law and family entities. In this way, it aims to investigate how the process for the approval of Multiparentality in Brazilian Civil Law took place, as well as to report the changes and benefits brought about by socio-affective

---

<sup>151</sup> Mestre em Educação e Especialista em Direito Penal e Processual pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e chefe do Departamento de Direito Privada da Universidade Federal do Amazonas. E-mail: profflavia.ufam@gmail.com

paternity. In addition, it is worth mentioning whether multiparenting is a necessary effect in the face of changes in social relations and, finally, verifying whether adoption can be recognized in the face of Multiparenting, since the concept of traditional family has undergone several changes over time, in as a result of the approval of the stable homoffective union, as well as the possibility of divorce between couples. In this way, in this article, the legal effects caused by the legalization of Multiparenthood will be demonstrated, as well as how judicial decisions helped and supported the breaking of paradigms related to the new concept of family, in addition, it will be discussed how family law changed the idea of "ideal and traditional family" over time, in order to achieve the objective, a bibliographic and descriptive research was adopted, since, to verify and corroborate the arguments presented, consultations were used in articles, books, processes of Brazilian Courts and jurisprudential understanding of the Federal Supreme Court on the aforementioned topic.

**Keywords:** Family. Multiparenting. Changes. Unity. Decision. Conception. Effects. Traditional.

**Sumário:** 1. Introdução- 2. Direito de Família Brasileiro- 2.1. Contexto Histórico- 2.2. Mudanças e benefícios da Multiparentalidade- 3. Multiparentalidade é um efeito necessário, em virtude das mudanças na concepção de família no século XXI?- 3.1. Multiparentalidade e o processo de adoção- 4. Considerações Finais- 5. Referências Bibliográficas.

## 1.INTRODUÇÃO

O Direito de Família tem como base as relações de afeto que são estabelecidas entre os seres humanos na vida em sociedade, conforme encontra-se estabelecido em seus princípios, como por exemplo, o da afetividade. De acordo com o doutrinador Flávio Tartuce (2018, p.1327) “[...] O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares [...]”. Dessa forma, tal direito está ligado à ideia de família e a sua formação, bem como está relacionado e regulamenta os direitos e deveres dos entes familiares entre si através de suas leis.

Na Antiguidade, a concepção de família era composta apenas por um homem, uma mulher e seus filhos. Tal fato era garantido por lei e reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais. Nesse âmbito, conceitua-se o foco do Direito de Família: criar normas para regulamentar as entidades familiares.

Com o advento de novas formações familiares e com as novas formas de relacionamento amoroso a concepção de família foi modificada, haja vista que no passado, a família era composta apenas pelo genitor, pela genitora e seus filhos. Assim, era conceituada como a família matrimonial, a qual prevalecia a vontade do patriarca da família, segundo os ideais do patriarcado. Segundo o autor Leite (2005, p.23) “[...] Uma coisa é certa, na noção romana de família, que serviu de paradigma ao mundo ocidental. a família representava um conjunto enorme de pessoas que se encontrava subordinada ao pater famílias [...]”.

Nos dias atuais, há diversas formas de construir uma família principalmente devido a existência e a regulamentação de novos meios de constituição de uma entidade familiar, como por exemplo: a família decorrente da regulamentação da união estável, a família monoparental, a família adotiva e a família poliafetiva. Além disso, vale ressaltar que o Direito de Família Brasileiro passou por diversas mudanças estruturais e funcionais no decorrer dos anos. Essas transformações podem ser sentidas pelo estudo dos princípios que auxiliam o Direito de Família Brasileiro e a constituição das entidades familiares, segundo o autor Flávio Tartuce (2019).

A regulamentação da união estável homoafetiva, a qual é composta por pessoas do mesmo sexo, acarretou diversas mudanças para o âmbito jurídico e social da sociedade contemporânea. Tal regulamentação ocorreu em maio de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva no Brasil. No entanto, tal reconhecimento ainda não está presente no Código Civil, ainda que seus efeitos e consequências sejam notórios na sociedade e nas relações de afeto. Dessa forma, é de extrema importância realizar a análise dessa mudança e seus feitos no direito contemporâneo.

Outro fator preponderante que ocasionou diversas mudanças na concepção de família que fora adotada no Código Civil foi a promoção do divórcio, o qual, pode ser realizado pela forma litigiosa ou pela forma consensual, sendo este último introduzido no Direito de Família Brasileiro com a Emenda Constitucional nº 66/2010, batizada de “PEC do Amor” ou “PEC do Divórcio”. Nesse contexto, com a aceitação do rompimento matrimonial, bem como pela dissolução da união estável, as famílias foram se modificando, pois, com o divórcio decretado pelo juiz, as partes estão aptas a contrair novas relações amorosas.

Assim como o reconhecimento da união estável homoafetiva através da decisão do Supremo Tribunal Federal pela ADIn 4277 e a ADPF 132, a regulamentação do divórcio e da dissolução da união estável no direito de família também gerou diversas mudanças

na vida da sociedade moderna, com o direito de partilha de bens, o direito a pensão alimentícia e, por fim, o direito ao reconhecimento da paternidade sanguínea, bem como da paternidade afetiva, que em alguns casos ocorrem, quando existem laços de afeto e amor entre padrasto/madrasta e seus enteados.

Uma dessas mudanças é a Multiparentalidade, como foi relatado acima, consiste na possibilidade de o registro de nascimento conter dois pais ou duas mães em virtude da consanguinidade e da socioafetividade. Essa mudança se tornou um marco para o Direito contemporâneo, visto que seus efeitos são inéditos e únicos, uma vez que, antigamente, na época clássica com a influência dos ideais romanos, a única ideia de família era a composta por um genitor, uma genitora e seus filhos, e como consequência, o registro de nascimento dos filhos poderia apenas conter o nome dos pai, da mãe e seus avós paternos e maternos.

Diante dessa nova realidade presente nas relações familiares, a multiparentalidade reconhece o que realmente acontece no mundo fático, ou seja, reconhece a verdadeira estrutura familiar presente no século XXI.

## **2.DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**

O Direito é uma ciência que está relacionada às relações sociais, por meio da edição de normas jurídicas que regulamentam tais relações. Nesse âmbito, esta ciência está marcada pela edição de novas leis e de novas decisões jurídicas que são modificadas em virtude das mudanças que ocorrem nas relações sociais e jurídicas da sociedade e, conseqüentemente, geram novos efeitos jurídicos. Tal fato foi comprovado pelo jurista Flávio Tartuce, através de seu livro publicado.

Além disso, vale lembrar que nenhuma ciência do Direito evolui tanto quanto o Direito de Família, tendo em vista que o Direito de Família está altamente relacionado às relações sociais e afetivas que são celebradas na sociedade e estas, estão se modificando constantemente e apresentando novas formas de composição, seja através de novas formas de relacionamentos que constituem novas formas de constituição das entidades familiares, as quais são os objetos englobados pelas leis do Direito de Família, seja pela dissolução das entidades familiares. Nesse âmbito, percebe-se que à medida que as relações sociais afetivas e amorosas evoluem e se modificam com o tempo, o Direito de Família também evolui e se modifica para, assim, englobar todas essas relações, mediante a edição de normas que regularizem tais mudanças.

Como fora anteriormente exposto, a Multiparentalidade ou a paternidade socioafetiva é uma mudança nas decisões judiciais, a qual tem sua aprovação relacionada aos princípios que norteiam as relações jurídicas e que estão codificados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, desse modo, estão garantidos em lei. Pode-se citar o princípio da isonomia, o da dignidade da pessoa humana, o do melhor interesse ao menor, bem como o princípio da afetividade, conforme foi relatado no Enunciado nº 9 do Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM): “[..]A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade [...]”.

Dessa forma, a aprovação da paternidade socioafetiva acarreta diversas consequências jurídicas, como por exemplo: a inclusão de dois pais ou duas mães no registro, mudanças na forma da guarda de menores, na divisão de uma possível pensão alimentícia e por fim, nos direitos sucessórios, haja vista a possibilidade da inclusão do pai afetivo em comunhão com o pai biológico. Nesse contexto, é extremamente necessário analisar essas mudanças e seus impactos positivos à sociedade.

Partindo desse ponto, de que se faz necessário a avaliação dos efeitos da Multiparentalidade, urge a compreensão de como fora realizada a conquista da aprovação da paternidade socioafetiva, em que contexto está inserida essa mudança no âmbito jurídico, bem como quais foram os motivos e as causas que modificam a concepção de paternidade, visto que, no passado apenas existia a ideia de paternidade pela consanguinidade e, com o advento das novas formas de constituição de família e da introdução de novos princípios na Constituição Federal, introduziram o conceito de paternidade socioafetiva, baseada no afeto das relações que são construídas e conseqüentemente, a aceitação da alteração de registros. Ademais, exemplifica-se através de casos jurisprudenciais que foram ratificados pelo Supremo Tribunal Federal, o qual corrobora com a incorporação da Multiparentalidade no Direito de Família Brasileiro.

## **2.1 CONTEXTO HISTÓRICO**

Teoricamente, o início das mudanças que ocorreram no Direito de Família do Brasil em relação ao reconhecimento da paternidade foi com a Constituição Federal de 1988, principalmente através do princípio da igualdade entre os cônjuges e de direitos entre os filhos. Diante disso, o casamento deixou de ser o único critério para a obtenção da definição legítima da paternidade no Brasil e começou a ser avaliado o critério dos laços afetivos, ou seja, os laços construídos pela socioafetividade entre as partes.

A Multiparentalidade somente foi aceita no meio jurídico em 2012, entretanto, anterior a esse fato, nota-se que o ordenamento já se encaminhava para a regulamentação da dupla paternidade, como por exemplo, na Lei nº 6.015/1973, a qual tornou lícita a inserção do nome do padrasto ou da madrasta no registro de nascimento dos menores. Desse modo, atualmente, o fenômeno da Multiparentalidade já é uma realidade no Brasil, visto que já foi aceito e sentenciado a favor pelo magistrado em diversos Tribunais, como o do Ceará, Amazonas e Maranhão.

Vale ressaltar que, apesar da Multiparentalidade já estar aprovada no Brasil, alguns doutrinadores ainda são altamente contra a Multiparentalidade, no que tange em relação à regulamentação da dupla paternidade, conforme explica o autor Gramstrup Queiroz (2016). “[...] Mais especificamente, a crítica doutrinária reside no perigo de alterações de registros despropositadas e na eventual ausência de consentimento dos pais biológicos quanto às alterações no estado de filiação de seus filhos [...]”.

Desse modo, percebe-se que o processo para a aprovação da multiparentalidade a requerimento das partes é um processo complexo, em que deve ser demonstrado, por argumentos, testemunhos e provas a “afetividade” real entre as partes e um convívio harmonioso e saudável, principalmente se o filho for menor de idade.

Seguindo esse aspecto, faz-se necessário que o magistrado se certifique de que, de fato, a relação de afetividade e harmonia é verdadeira, para assim, sentenciar e aprovar a dupla paternidade de forma coerente. Por isso, o processo para a aprovação da multiparentalidade precisa ser realizado por meio de audiência entre as partes com a presença de testemunhas, bem como deve ser estabelecido prazo para a resposta do réu. Além disso, deve ser comprovada também pelas oitivas de familiares nos casos em que a multiparentalidade for requerida através do meio judicial, pois, vale ressaltar que a dupla paternidade poderá ser reconhecida tanto pela forma extrajudicial realizada no cartório, a qual foi permitida através do provimento nº 63, como também por via de processo judicial.

No entanto, nos casos em que a dupla paternidade ocorre através da forma extrajudicial, os pais registrais em caso de menores de idade devem estar de acordo com o reconhecimento da paternidade socioafetiva, assim como, nos casos em que o menor for maior de 12 anos, deverá ser manifestada a sua vontade pessoalmente perante o Oficial de Registro Civil. Ademais, o suposto pai socioafetivo deve ser maior de dezoito anos de idade e deverá ser pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho que será reconhecido com dois pais ou duas mães. Ressalta-se também que a pessoa que pretende ser

reconhecida como pai não pode ser irmão, tio ou avô do menor e não pode existir nenhum processo judicial em que se discuta a filiação da criança.

Além desses princípios anteriormente expostos, um dos princípios fundamentais para a aprovação da Multiparentalidade foi o da Afetividade, visto que, conforme declarou a ministra Nancy Andrighi em seu julgado:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando a margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas.( RESP.nº1.026.981-RJ)

Nesse contexto, torna-se essencial a aprovação e a modificação da forma de exercer a paternidade no Brasil, tendo em vista que pode ser exercida pela consanguinidade ou pela afetividade, já que, como foi relatado pela referida ministra: nos tempos atuais, há muito mais visibilidade para as relações afetivas e que são consolidadas pelo amor e pelo afeto, sendo do mesmo sangue ou não, pois, o que deve prevalecer e a afetividade das relações. Vale ressaltar que o afeto no Direito não é apenas interpretado como na Psicologia, isto é, pelos sentimentos em si, é visto também através das condutas de responsabilidade do cotidiano entre as partes.

Em primeiro lugar, pode-se citar como uma das causas da aprovação da Multiparentalidade o reconhecimento da união estável homoafetiva no Brasil, tendo em vista que com a união entre pessoas do mesmo sexo, pode-se ter dois pais ou duas mães no registro de nascimento dos filhos, visto que, nesses casos sempre ocorreria a presença de "dois pais" ou de "duas mães". Segundo o autor Dias (2012, p.64) "[...]Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual [...]".

Nesse contexto, a aprovação da dupla paternidade se torna fundamental para regularizar situações como essas. Tal fato já foi utilizado e regulamentado por diversas famílias, como por exemplo a do, atualmente, viúvo, Thales Bretas, o qual era casado com o autor Paulo Gustavo e os dois registraram seus dois filhos, através da dupla paternidade.

Ademais, verificou-se que outro motivo fundamental para a regularização do fenômeno da Multiparentalidade são os casos de aumento das famílias reconstituídas, ou seja, aquelas famílias compostas por uma das partes que já esteve em um casamento ou

em um relacionamento anterior, se relacionam posteriormente com outra pessoa e assim, surge a ideia de “madrasta” e de “padrasto”. Em alguns casos, percebe-se a criação de um vínculo, de um laço socioafetivo entre os filhos, frutos do relacionamento anterior de uma das partes, com a madrasta ou padrasto. Nesses casos, se ambas as partes concordarem e demonstrarem que de fato, existe um laço de afinidade, afetividade, cumplicidade entre as partes, os filhos também poderão ser registrados com o nome de duas mães ou de dois pais, o que corrobora a existência da possibilidade da paternidade socioafetiva.

Diante desses fatos expostos, conclui-se que a Multiparentalidade foi aprovada com princípios basilares o da melhor condição ao menor, da afetividade, da igualdade da pessoa humana e da solidariedade. Além disso, também houve uma associação dos referidos princípios com as mudanças na forma de constituição das entidades familiares, em virtude da aceitação de novas formas de família, pois, as entidades familiares passaram por diversas mudanças ao decorrer do tempo e assim, percebe-se que o vínculo socioafetivo está em paridade com o vínculo cossanguíneo.

Desse modo, a composição patriarcal dos tempos antigos deixou de ser a única forma de composição familiar, visto que, antigamente o conceito de família era apenas composta pelo pai, mãe e filhos.

## **2.2 MUDANÇAS E BENEFÍCIOS DA MULTIPARENTALIDADE**

A Multiparentalidade acarretou diversas mudanças e criou novos efeitos jurídicos nas relações sociais, como por exemplo, todos os direitos são atribuídos aos filhos, de maneira igual para todos, sendo assim, assegura-se que seja respeitado a origem genética e a afetiva, sem a necessidade de retirar o nome biológico. Nesse contexto, pode-se citar como exemplo das modificações: a alteração no registro dos filhos que são submetidos a esse tipo de paternidade, haja vista, que nos registros anteriores à aprovação da dupla paternidade, apenas era reconhecido com um pai e uma mãe e seus avós paternos e maternos.

Com o advento da Multiparentalidade, os filhos que passam por esse processo, tem no seu registro de nascimento a presença de dois pais ou de duas mães, bem como de dois avós paternos ou maternos. Tal mudança acarreta diversos benefícios para as novas espécies de entidade familiar, pois, em casos de relacionamentos homoafetivos, os filhos tem dois pais ou duas mães e para concretizar esse fato, torna-se essencial a mudança no registro para o nome de dois pais ou duas mães, os quais responderão legalmente pelos filhos, quando são menores de idade, bem como prestarão assistência econômica e afetiva a sua prole.

Partindo desse ponto, nota-se que o reconhecimento da dupla paternidade acarretou em um grande benefício para a consolidação de famílias compostas por pessoas do mesmo sexo, visto que, atualmente a união homoafetiva já fora reconhecida no Brasil, sendo assim, se faz cada vez mais presente entidades familiares compostas por pessoas do mesmo sexo.

Com a possibilidade da dupla filiação, os dois pais ou duas mães que integram essa união homoafetiva se tornam responsáveis pelos seus filhos, sendo assim, os filhos recebem maior assistência e amparo. Ademais, outro fator é que, a multiparentalidade influencia na construção de um ambiente menos preconceituoso, em virtude da possível concepção de famílias diferentes das que eram encontradas na época patriarcal.

Dessa forma, prevalece o princípio da isonomia, que já fora codificado e garantido na Constituição Federal, bem como o princípio do melhor interesse ao menor, pois, assim, os filhos obtêm uma melhor assistência de seus pais. Tal fato foi bem explicado pelo autor Guassú Cova (2015): “[...]O objetivo da multiparentalidade não é apenas proteger a criança ou adolescente, mas também aquela pessoa que por anos desenvolveu uma relação socioafetiva como se pai ou mãe fosse [...]”

Nesse âmbito, nota-se que é garantido ao filho recorrer a qualquer uma das figuras de paternidade que possui, em virtude de que todos os pais devem participar efetivamente da educação dos filhos e assegurar a garantia de seus direitos. Tal fato demonstra como a Multiparentalidade está de acordo com o princípio do melhor interesse ao menor.

Outro fator preponderante é que a dupla paternidade garante o vínculo de parentesco entre o filho e seus dois pais. Tal fato gera diversas mudanças na vida social e jurídica das partes, uma vez que, o grau de parentesco é fundamental para as regras jurídicas englobadas no Direito de Família, pois, é através do grau de parentesco que as partes adquirem o direito de sucessão, de herança, os impedimentos para contrair matrimônio ou estabelecer união estável, bem como, o direito a possível pensão alimentícia, pois, conforme o autor Barboza:

Embora haja constante menção à paternidade ou maternidade socioafetiva, impõe-se ressaltar que, uma vez criado o vínculo de filiação, igualmente instauradas estarão todas as linhas e graus do parentesco, passando a produzir todos os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais pertinentes. Em consequência, o eventual reconhecimento judicial de determinada relação de parentesco, como a existente entre dois irmãos, ou entre tio e sobrinho, com

fundamento genético ou socioafetivo, implicará, necessariamente na vinculação de outras pessoas, que fazem parte da cadeia familiar, visto que há de se remontar ao ancestral ou tronco comum .(BARBOZA, 2007).

Dessa forma, a multiparentalidade está relacionada ao parentesco criado em relação ao vínculo afetivo entre as partes, visto que, constitui-se o vínculo entre o filho e todos os parentes da família. Portanto, percebe-se que não é justo a restrição de parentesco apenas a laços genéticos. Assim, conclui-se que os filhos concebidos pela paternidade sanguínea, ou seja, de forma natural devem receber o mesmo tratamento e o mesmo grau de parentesco daqueles que são registrados em decorrência da socioafetividade.

Com o advento da dupla paternidade, pode-se destacar que os alimentos devidos aos filhos também sofreram modificações. Primeiramente, vale ressaltar que para o Direito Civil, Alimentos é tudo aquilo que é preciso para viver, como por exemplo: comida, moradia, vestuário, educação, saúde e suas regras estão dispostas no Artigo 1696 do Código Civil Brasileiro.

Desse modo, percebe-se que os alimentos não estão apenas relacionados à " comida" propriamente dita. Partindo desse ponto, nota-se que os alimentos, no âmbito familiar, são devidos em razão do vínculo da paternidade, da afinidade e da solidariedade, ou seja, os pais têm o dever de promover os alimentos a sua prole de forma efetiva, proporcional e razoável. Dessa forma, entende-se que a Multiparentalidade também está relacionada e obriga os pais a promoverem os devidos alimentos aos filhos, como fora definido no Enunciado nº 341 da Jornada de Direito Civil, bem como foi ratificado pelo autor Póvoas (2012, p.95): "[...] Quando se aplica a multiparentalidade, o dever de alimentos é o mesmo da biparentalidade, tanto os pais biológicos quanto os socioafetivos são credores e devedores de alimentos com relação ao filho em comum.[...]"

Ademais, o fenômeno da multiparentalidade também recai sobre a herança, pois, é um direito fundamental garantido no Artigo 5º, XXX da Constituição Federal. Em decorrência disso, a Multiparentalidade também acarretou mudanças vinculadas ao processo de herança dos filhos que foram registradas com dois pais ou duas mães, uma vez que, há a possibilidade da dupla sucessão em decorrência da dupla paternidade no registro. Nesse contexto, os direitos sucessórios da família multiparental devem ser estabelecidos da mesma forma que os da família biparental, ou seja, conforme as regras dispostas no Código Civil acerca da herança. Segundo o autor Póvoas (2012, p. 98): "[...]"

Para tanto, no caso de o filho ter reconhecida sua múltipla filiação registral, os direitos sucessórios seriam recíprocos entre eles, devendo ser observada a ordem de vocação hereditária [...]”.

### **3. MULTIPARENTALIDADE É UM EFEITO NECESSÁRIO, EM VIRTUDE DAS MUDANÇAS NA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NO SÉCULO XXI?**

As relações contemporâneas passaram e passam por diversas mudanças, uma vez que, as famílias estão cada vez menos estáticas, em virtude da aprovação de novas formas de relacionamento e da possibilidade da dissolução de laços afetivos contraídos pelo matrimônio ou pela declaração da união estável. Nesse âmbito, a forma que a família era constituída e interpretada como “correta” na época patriarcal passou a não ser a única forma aceita pela sociedade.

No entanto, mesmo com a efetivação de entendimentos jurisprudenciais e decisões judiciais a favor das novas formas de constituição da família, cite-se como exemplo o reconhecimento da união estável homoafetiva, bem como da dissolução das mesmas, o preconceito ainda é evidente e notório no dia- a- dia de algumas famílias que são formadas de forma diferente daquela estabelecida nos tempos em que prevalecia o patriarcado.

Nesse contexto, a Multiparentalidade é uma mudança necessária decorrente das mudanças nos relacionamentos amorosos e da dissolução dos mesmos, em virtude da concepção de novas figuras no convívio dos filhos, como por exemplo, a figura da madrasta e do padrasto. Portanto, à medida que a aprovação da dupla paternidade por meio de sentenças judiciais que acolhem a mudança no registro de nascimento, o preconceito poderá ser reduzido na sociedade, visto que quanto mais casos forem aprovados judicialmente, mais famílias serão vistas e aceitas pela sociedade.

Partindo desse ponto, nota-se que a dupla paternidade já é uma realidade nos núcleos familiares atuais e está de acordo com os princípios elencados na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, nas decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e em diversas decisões judiciais dos Tribunais Estaduais pelo país.

Vale ressaltar que o Direito é uma ciência social, que está relacionada à vida em sociedade e tem como função, através dos legisladores e dos entendimentos jurisprudenciais realizar o processo de criação de normas jurídicas que acompanhem as modificações sociais, a fim de regulamentar a vida em sociedade de forma igualitária e

estabelecer limites, através da postulação de leis. Nesse aspecto, torna-se extremamente necessário que a ciência jurídica se “transforme com o tempo”, já que, suas leis devem estar de acordo com as mudanças que ocorrem nos setores de sua competência.

Nesse âmbito, como as relações estão menos estáticas e mais propícias a novas formas de constituição de famílias, faz-se necessário a ampliação das normas jurídicas para acompanhar as mudanças, a fim de regulamentar e assegurar tais transformações. Por isso, a aprovação da multiparentalidade e a sua presença no Direito atual demonstra a necessidade do Direito em se adequar com a realidade do novo século.

Apesar da Multiparentalidade não estar codificada no Código Civil, vários entendimentos de Jornada do Direito Civil, entendimentos jurisprudenciais, julgamentos de casos amparam a paternidade socioafetiva e seus efeitos e consequências para as partes que são submetidas a esse processo.

Além disso, a Multiparentalidade insere o novo conceito de família nas relações atuais, pautado nos laços afetivos em consonância com diversos princípios jurídicos, bem como ratifica que as famílias que estão sob o regime da multiparentalidade possuem os mesmos direitos das famílias bilaterais e devem cumprir com os mesmos deveres. Nesse âmbito, os efeitos acarretados pela dupla paternidade são interpretados como essenciais e auxiliam na busca do melhor interesse aos filhos registrados com dois pais. Conforme LOBO:

A paternidade socioafetiva constitui-se em um dos mais elevados fundamentos do direito de família exarado pela Constituição de 1988, pelo fato de abarcar os tipos de famílias existentes naquele momento e de ter dado a possibilidade de proteger outros oriundos da afetividade, por serem inseridos nessa proteção. (LOBO, 2013)

Outro fator fundamental que engloba diretamente as questões relacionadas à Multiparentalidade, é o princípio da proibição de retrocesso social, visto que, este princípio é de vital importância para o direito de família, pois, é através do referido princípio que a importância social da multiparentalidade é ratificada, uma vez que, como fora relatado anteriormente, a multiparentalidade não está prevista em nenhum ordenamento jurídico. Assim, por meio desse princípio, o Estado entende que tem o dever de prestar assistência às famílias que passam pelo processo da Multiparentalidade, pois, por ser um princípio constitucional deve ser cumprido e está de acordo com a Constituição.

Partindo deste aspecto, percebe-se que a Multiparentalidade é fundamental e possui diversos efeitos jurídicos positivos para as relações sociais, para as entidades familiares e para as mudanças e evoluções que aconteceram, em virtude da existência de novas formas de família.

Além disso, a Multiparentalidade também está relacionada aos efeitos sociais que ocorre na sociedade, uma vez que, é uma forma de combater preconceitos e demonstrar o que acontece no mundo real, nas histórias familiares concretas dos tempos atuais, e não apenas demonstrar a família patriarcal com a representatividade masculina exacerbada.

Outro fato preponderante ocorre nos casos em que há uma relação de afeto entre a madrasta ou o padrasto com os filhos de seus companheiros. Em alguns casos, a madrasta ou o padrasto tornam-se mais presentes do que os próprios pais biológicos. Nesses casos, a multiparentalidade é fundamental para garantir o melhor interesse aos filhos, principalmente, se for menor de idade e propor um ambiente saudável, harmônico, bem como, garantir os direitos fundamentais declarados na Constituição, como por exemplo: saúde, alimentação, moradia, lazer.

Nesse aspecto, em alguns casos, a presença da madrasta ou do padrasto torna-se mais reconhecida e presente do que a do próprio pai ou mãe biológicos. Este fato acontece por diversos motivos, como por exemplo, por conflitos internos entre o ex- casal, por conflitos entre os genitores biológicos e seus filhos ou em algumas situações em que o filho tem seu domicílio de referência o de algum dos genitores e este mora em cidade ou país diferente da do outro genitor.

Tais fatores denotam que torna-se possível que o laço construído entre o padrasto e madrasta sejam laços de família pautado pelo afeto e pela cumplicidade entre as partes, bem como com a devida responsabilidade de pai e mãe, cumprindo com os deveres de genitores.

No entanto, mesmo nos casos em que a presença do padrasto e da madrasta é exacerbada na vida de seus enteados, isso não impede que os enteados continuem com seus laços biológicos e afetivos relacionados aos seus genitores consanguíneos. Assim, as partes têm a livre vontade de requerer ao judiciário a inclusão do pai ou mãe socioafetivo sem a exclusão dos pais biológicos.

Diante desses fatos, nota-se que os filhos, em alguns casos, os menores, possuem uma rede de apoio, de cuidados e de amparo muito maior do que se a Multiparentalidade não fosse legalizada e aprovada pelas decisões judiciais, uma vez que, com a aprovação da

possível paternidade socioafetiva, tem-se a inclusão dos padrastos e madrastas que por participarem diariamente ou frequentemente da vida de seus enteados podem exercer a guarda dos menores, garantindo um ambiente saudável e acolhedor através da garantia dos seus direitos, vale ressaltar que nada disso seria possível se a dupla paternidade não fosse aceita pelas decisões judiciais e pelos julgados do Supremo Tribunal Federal, tal fato foi corroborado pela autora Maria Berenice Dias. Segundo a autora Maria Berenice Dias (2010) “[...]Não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai ou mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação.” [...]

Diante do exposto, percebe-se que a Multiparentalidade é extremamente necessária e deve ser aprovada pelos Tribunais para ratificar os princípios constitucionais já codificados e auxiliar na criação de uma sociedade justa e que preze pela isonomia.

### **3.1. MULTIPARENTALIDADE E O PROCESSO DE ADOÇÃO.**

Em primeiro lugar, vale ressaltar qual é a finalidade da Adoção para as entidades familiares. Nesse âmbito, constata-se que adoção é um instituto criado com o objetivo de garantir a dignidade de crianças e adolescentes que sofreram com a violação dos direitos fundamentais, bem como são crianças que tem a vida marcada pela ausência de seus genitores biológicos e pela falta de relações familiares pautadas pelo afeto e pela cumplicidade. Como foi definido pela autora Maria Helena Diniz (2009):

“[...]Adoção é ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha [...]

A adoção é realizada por um processo jurídico, ou seja, trata-se de um ato jurídico que atribui um estado de filiação e desassocia vínculos ligados à paternidade biológica daqueles que passaram pelo processo de adoção. Tal fato está codificado no Artigo 41 da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

O processo de adoção é realizado de forma solene, pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de

parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente, lhe é estranha.

Nesse aspecto, percebe-se que a adoção garante os mesmos direitos dos filhos biológicos ao adotado. Ademais, vale ressaltar que os laços familiares biológicos são totalmente rompidos, prevalecendo apenas os novos laços contraídos, mediante a aprovação da adoção, a fim de que seja assegurada a segurança jurídica na nova relação entre o adotado e seus novos genitores.

Existe algumas diferenças entre o processo de Adoção e o da Multiparentalidade, quais sejam: diferentemente do que ocorre nos casos de Multiparentalidade, em que, como já fora explicado anteriormente, a Multiparentalidade permite que as partes que passam por esse processo mantenham os vínculos jurídicos e sociais, bem como mantenham em seu registro de nascimento o nome de seus genitores biológicos em conjunto com os pais que são constituídos pela relação de afeto, configurando a dupla paternidade no registro de nascimento.

Ademais, nota-se que as duas não se complementam e não estão englobadas na mesma órbita jurídica, visto que, de um lado tem-se a adoção em que os vínculos da família biológica são totalmente desligados e apagados da vida da criança ou do adolescente, para, assim, garantir a segurança jurídica de que a adoção se efetivará, da forma correta e surtirá seus efeitos jurídicos positivos e garantidos nas leis do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, a presença da Multiparentalidade permite o fenômeno da “dupla paternidade” isto é, através da multiparentalidade a consolidação dos laços biológicos e afetivos são mantidos, bem como os efeitos jurídicos relacionados a guarda, alimentação e ao direito sucessório também ficam relacionados ao pai biológico e ao pai socioafetivo.

Outra diferença que pode ser citada é que no processo de Adoção, cria-se um laço entre pessoas “estranhas” ou seja, pessoas que ainda não possuem qualquer tipo de vínculo, uma vez que, é durante a Adoção que os laços de afetos serão construídos. Diferente do que ocorre no processo da Multiparentalidade, a qual tem-se o reconhecimento da paternidade, em decorrência de laços de afetos que são reconhecidos e constituídos pelas partes durante a relação, isto é, não são pessoas consideradas “estranhas” entre si.

Além dos fatores explicitados anteriormente, outra distinção entre a adoção e a dupla paternidade é que o processo de adoção está codificado em lei civil, ou seja, está

previsto nas leis que auxiliam na decisão do magistrado. Por outro lado, a multiparentalidade, apesar de ser aceita e comprovada, através de sentenças já fixadas a favor desse fenômeno, ainda não fora prevista em lei específica. Entretanto, vale ressaltar que tanto a adoção, como a multiparentalidade são amparadas pelos princípios constitucionais, ou seja, percebe-se que os dois fenômenos estão de acordo com a Constituição Federal.

Acerca da constituição e aprovação do processo de adoção e da multiparentalidade, nota-se algumas diferenças, como por exemplo, no processo de Adoção, a aprovação somente poderá ser realizada, mediante decisão judicial, que ocorre no Poder Judiciário com a sentença favorável do magistrado, ou seja, de forma judicial.

Por outro lado, a Multiparentalidade poderá ser realizada também pelo processo jurisdicional com a decisão do magistrado em casos de menores com o parecer dos membros do Ministério Público, bem como de maneira extrajudicial, a ser realizada diretamente no cartório com a mudança no registro de nascimento.

Diante desses fatores, percebe-se as diferenças entre a Adoção e a Multiparentalidade, uma vez que, a adoção não permite a dupla paternidade, tendo em vista que uma das consequências do processo de adoção é a quebra de vínculos com a família biológica.

No entanto, vale ressaltar também alguns fatores em comum entre a Adoção e a Multiparentalidade, como por exemplo, nos dois casos, tem-se a construção de uma nova entidade familiar, de novos laços de afeto, cumplicidade e amor. Além disso, percebe-se que, em virtude da constituição de tais laços familiares, tem-se a imposição de direitos e deveres aos genitores, tanto os que foram aceitos pelo processo de adoção, como os que foram reconhecidos em decorrência da paternidade socioafetiva ou em casos de casais homoafetivos em que tem-se a presença de dois pais ou duas mães, em razão da união entre casais homoafetivos.

Outro fator em comum é que, quando a adoção acontece com menor maior de doze anos de idade, é necessário o consentimento do menor, ou seja, a partir da oitava do menor em audiência pelo magistrado e se o menor consentir com a adoção por possuir vínculo de afeto e amor, a adoção será aprovada. Tal fato se repercute na paternidade socioafetiva, uma vez que, deve ser comprovado o laço afetivo através de provas, como fotos, testemunhas, depoimentos das partes, para assim, ser aprovado a dupla paternidade com a retificação de registro.

Nesse âmbito, percebe-se que há uma grande diferença entre o processo da adoção e o da multiparentalidade, contudo, nota-se algumas características em comum. Portanto, constata-se que tanto a adoção como a multiparentalidade modificam a vida social das partes que compõem os dois processos, seja o da adoção, como o da dupla paternidade, através da aquisição de direitos e deveres aos genitores e a sua prole.

Outro ponto fundamental que é de extrema importância é que os dois fenômenos corroboram para o melhor interesse da criança e para a garantia dos direitos fundamentais, através da boa convivência entre os pais e os filhos e assim, garantem qualidade de vida e de afeto entre os entes familiares.

Diante desse contexto, percebe-se que a Multiparentalidade é um fenômeno jurídico que está de acordo com as mudanças que ocorreram na sociedade. Por isso, este fenômeno deve ser aprovado com mais frequência para assim, obtermos um ambiente com menos ou sem preconceitos relacionado às relações sociais, bem como aos meios de constituir um relacionamento amoroso e de consolidar laços familiares.

Outro fator preponderante é que a dupla paternidade oferece um apoio maior e mais digno para aqueles que têm a presença de dois pais em seu registro, haja vista que a paternidade está vinculada ao poder familiar, em casos de filhos menores de idade. Este poder é de extrema importância para as relações familiares, visto que deve ser exercido pelos genitores em relação aos seus filhos e pode ser citado como exemplo da concretização do poder familiar, quando os genitores se responsabilizam pela formação de um ambiente saudável, bem como o da concretização, na prática, dos direitos fundamentais e de atitudes que estejam de acordo com o melhor interesse ao menor. Tal fato encontra-se de acordo com o que está codificado no Artigo 1.631 do Código Civil.

O Poder Familiar cria um vínculo entre as partes e demonstra os deveres que os pais têm em relação aos filhos. Desse modo, conclui-se que a multiparentalidade está relacionada a fatos maiores do que apenas a mudança no registro com a inclusão de mais um pai ou mais uma mãe, ou seja, a Multiparentalidade está ligada aos direitos dos filhos bem como aos deveres que devem ser cumpridos e garantidos pelos seus genitores.

Por isso, a aprovação da dupla paternidade, torna-se fundamental para a garantia dos direitos fundamentais, como por exemplo: o direito à saúde, à educação, ao lazer, à segurança e à vida, tendo em vista que com a presença de mais de um genitor, aqueles que foram registrados através da dupla paternidade obterão dois pais ou duas mães, os quais deverão proporcionar um ambiente saudável e cumprir com os direitos que já estão codificados em leis.

Diante desse contexto e dos fatos expostos anteriormente, nota-se que a paternidade socioafetiva encontra-se relacionada às relações humanas e sendo assim, aos laços afetivos e amorosos que são construídos entre os indivíduos. Nesse aspecto, com o passar dos anos, novos laços foram consolidados e aceitos pelo Direito, uma vez que, esta ciência está vinculada às mudanças sociais que ocorrem na sociedade atual.

Partindo desse ponto, conclui-se que a Multiparentalidade é uma mudança necessária para o judiciário, para as decisões judiciais, para a doutrina, bem como para as partes que integram os casos de multiparentalidade, ou seja, para a sociedade. Vale ressaltar que uma das funções do Direito é a de proporcionar um ambiente igualitário a todos, isto é, sem distinção de cor, raça e gênero. Dessa forma, a Multiparentalidade é uma das formas concretas que a sociedade tem de obter a isonomia entre os cidadãos, já que este fenômeno é visto como um reflexo das novas configurações familiares.

Vale ressaltar que em alguns casos, faz-se extremamente necessário a aprovação da paternidade socioafetiva, a fim de estabelecer privilégios relacionados à guarda e aos alimentos, como por exemplo, há situações em que a mãe ou o pai biológico se mudam de país ou de cidade. Sendo assim, não estarão presentes diariamente na vida de seus filhos, tal fato acarreta na necessidade da aprovação da dupla paternidade, bem como a alteração no registro, principalmente se estiver relacionado a menores de idade, os quais, ainda não possuem sua renda fixa para obter seus mantimentos. Partindo desse ponto, a multiparentalidade é extremamente importante, pois, é através dela que o menor poderá ter uma rede de apoio maior e mais estruturada em seu domicílio de referência.

Outro caso em que a Multiparentalidade deve ser acolhida é quando ocorre a morte da genitora durante o parto de seu filho e posteriormente, o genitor do filho contrai um novo relacionamento amoroso e assim, constitui-se um laço afetivo e um laço como de família entre a madrasta e o enteado. Dessa forma, a fim de manter no registro o nome da mãe biológica e de adicionar o nome da madrasta em virtude da afetividade, adota-se a paternidade socioafetiva. Tal fato aconteceu em São Paulo no ano de 2012:

**MATERNIDADE SOCIOAFETIVA** Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a

quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido. (TJSP - APL: 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 14/08/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/08/2012).

A Multiparentalidade quando for realizada pela via judicial, acontece através de um processo jurisdicional que deve ser proposto pelas partes em petição inicial com a representação de advogado ou da defensoria pública. Partindo desse ponto, na exordial, é de extrema importância que a afetividade seja comprovada através de provas, como por exemplo, fotografias, depoimentos, testemunhas que comprovem que de fato esse vínculo é verdadeiro e existe entre as partes. Posteriormente, o juiz analisa as provas e pauta audiência a fim de ouvir as partes e em caso de menores de idade, é preciso o parecer do Ministério Público favorável ou não para assim, obter a sentença judicial.

Diante desses fatores, percebe-se que a dupla paternidade é uma mudança eficaz e que apenas acarreta benefícios àqueles que são submetidos a esse processo, que pode ser realizado da forma judicial ou da forma extrajudicial. Por isso, conclui-se que a multiparentalidade ou paternidade socioafetiva deve ser aprovada nos casos em que for comprovado que este vínculo é verdadeiro e pautado pelo afeto, pelo amor, pela afinidade e pela cumplicidade, a fim de prevalecer e construir um ambiente saudável, igualitário, justo e que esteja de acordo com os princípios do Direito, como o princípio da isonomia, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é considerado um princípio de extrema importância e essencial para a vida em sociedade e está codificado na Constituição Federal, além de ser indiscutível em todos os ramos do Direito, principalmente, no Direito de Família, visto que é um princípio orientador nas relações familiares. Desse modo, a Multiparentalidade está relacionada a este princípio e é extremamente importante, uma vez que, é através dela que se concretiza nas relações sociais o que já fora codificado a respeito da garantia da dignidade da pessoa humana. Tal fato é comprovado segundo Madaleno (2011, p.42),

“[...]a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições

pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito constitucional[...]”.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como fora exposto anteriormente, o Direito é a ciência que está em constante mudança, tendo em vista que, seu objeto são as relações humanas e sociais. No âmbito do Direito de Família, houve diversas modificações, pois, com o passar dos anos, o conceito de família tradicional foi alterado, ou seja, as famílias atualmente, podem ser compostas por: um pai, uma mãe e seus filhos, dois pais e filhos, duas mães e filhos ou um pai e filho, um mãe e filhos.

Dessa forma, tem-se a ideia de que a Multiparentalidade é essencial para as relações atuais, pois, é através dela que as diferentes formas de construir uma família é materializada e colocada em prática. Contudo, vale ressaltar que a dupla paternidade deve ser reconhecida e concedida nos casos em que for comprovado o vínculo socioafetivo entre o pai/mãe e o filho(a), pois, a afinidade é o pré-requisito fundamental para a aprovação da paternidade socioafetiva, ademais a Multiparentalidade proporcionou um grande avanço para a sociedade atual, pois pode ser considerada como uma quebra de paradigmas e de conceitos ultrapassados.

Nesse contexto e diante de tudo que foi exposto anteriormente, conclui-se que a Multiparentalidade gera inúmeros benefícios para a sociedade e por isso, deve ser aprovada e mantida nas relações que almejam esta forma de paternidade, visto que, tal forma é essencial para o melhor convívio em sociedade e para garantir diversos princípios jurídicos, como por exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana e o da isonomia. Ademais, a Multiparentalidade gera diversos benefícios para a criança ou o adolescente, pois, a rede de apoio do menor se torna maior e mais ampla.

Por fim, constata-se que a Multiparentalidade tem diversos benefícios na vida daqueles que se submetem a alteração em seu registro e ficam registrados com dois pais ou duas mães. Vale ressaltar que a dupla paternidade afeta integralmente vários institutos que são englobados pelo Direito de Família, como por exemplo a regularização da guarda, a prestação de alimentos, as questões relacionadas ao direito sucessório.

#### **5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. **Multiparentalidade e seus aspectos polêmicos**. Acesso em :11 jun.2021.

CASTRO , Luana . **Como a multiparentalidade mudou o direito de família : A multiparentalidade é a aprovação do direito de pais ou mães socioafetivas terem direito sobre criança e serem considerados em relação à documentação por conta da relação de afeto.** 2021. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/multiparentalidade/>. Acesso em: 14 jan. 2021.

DELLANI, Diorgenes André . **Princípios do direito de Família** . Jusbrasil. 2013. Disponível em: <https://diorgenes.jusbrasil.com.br/artigos/112183566/principios-do-direito-de-familia>. Acesso em: 27 jun. 2021.

DOS SANTOS , José Neves. **Multiparentalidade: reconhecimento e efeitos jurídicos.** jus.com.br . 2014. 04 p. Disponível em: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br) . Acesso em: 27 jun. 2021.

HAIDAR, Rodrigo . Supremo Tribunal Federal reconhece união estável homoafetiva. Consultor Jurídico , Brasília, 05 maio 2011.

JACOBS PEREIRA, Fernando Amadio Piazza . Migalhas Notariais e Registrais : **Adoção e reconhecimento de filiação socioafetiva- Um comparativo entre os institutos.** Migalhas, São Paulo , 21 10 2020.

LIMA, Uorlei. **Repercussões da adoção de acordo com a multiparentalidade.** Jus.com.br. 2021. 10 p. Disponível em: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br) . Acesso em: 27 jun. 2021.

LIMA, Xavier Juliana. **Multiparentalidade: a possibilidade da múltipla filiação registral e seus reflexos jurídicos.** Ambitojuridico.com.br.

MONTEMURRO, Danilo. **Nova regra de registro civil facilita adoção.** Consultor Jurídico , 29 11 2017.

SILVA MIQUILINO, Carolina. **Multiparentalidade e seus efeitos jurídicos.** 2020. Disponível em:<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/multiparentalidade-e-seus-efeitos-juridicos.htm#indice> 9. Acesso em: 27 jun. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 8. ed. São Paulo: Método, v. único, f. 707, 2018. 1315,1316,1317,1483 p.

## AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS EM FACE DA PANDEMIA DA COVID-19

**JULIANA DOS REIS HABR:** Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela Escola Paulista de Direito. Bacharel em Direito.

**LUCAS ALVES LEMOS HERCULANO**<sup>152</sup>

(coautor)

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo trazer ao leitor uma reflexão sobre os direitos e garantias constitucionais conquistadas pelos empregados frente às alterações emergenciais instituídas pelo Governo Federal brasileiro, em decorrência da crise econômica e social causada pela pandemia da COVID-19 no Brasil e os impactos ocasionados nas relações de trabalho e emprego. Passaremos a discorrer sobre os direitos e garantias constitucionais dos trabalhadores e as alterações temporárias ocorridas para superação e enfrentamento das consequências trazidas pela pandemia. O artigo trará reflexões sobre a necessidade de flexibilização e as suas possibilidades, dentro do atual cenário pandêmico e suas possíveis consequências para o futuro, haja vista que o ramo do Direito do Trabalho também precisou se adequar à nova realidade, para preservar empregos e consequentemente a renda das pessoas, trazendo, assim, maior segurança jurídica nas relações empregatícias atuais, o que tornou legítima a flexibilização das normas constitucionais trabalhistas frente à atual situação ocasionada pelo *coronavírus*. Deve-se levar em conta que a diminuição da rigidez da lei foi relevante para a manutenção do emprego e da renda do trabalhador, porém, essa situação se justifica apenas de forma temporária, eis que a flexibilização não é por si só a solução para a crise de desemprego.

**Palavras-Chave:** Direito do Trabalho. Pandemia. Covid-19. Flexibilização.

**ABSTRACT:** This article aims to bring the reader a reflection on the constitutional rights and guarantees won by employees in the face of the emergency changes instituted by the Brazilian Federal Government, due to the economic and social crisis caused by the pandemic of COVID-19 in Brazil and the impacts caused in labor and employment relations. We will begin to discuss the constitutional rights and guarantees of workers and the temporary changes that have occurred to overcome and face the consequences brought about by the pandemic. The article will bring reflections on the need for flexibility and its

---

<sup>152</sup> Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho *Lato Sensu* pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

possibilities, within the current pandemic scenario and its possible consequences for the future, given that the branch of Labor Law also needed to adapt to the new reality, to preserve jobs and consequently the people's income, thus bringing greater legal certainty in current employment relationships, which made the flexibilization of labor constitutional rules legitimate in view of the current situation caused by the coronavirus. It must be taken into account that the decrease in the rigidity of the law was relevant to the maintenance of the worker's employment and income, however, this situation is justified only on a temporary basis, since flexibilization is not in itself the solution to the problem. unemployment crisis.

**Keywords:** Labor Law. Pandemic. Covid-19. Flexibility.

## INTRODUÇÃO.

No dia 26 de fevereiro do ano de 2020, o Ministério da Saúde confirmou oficialmente o primeiro caso de Covid-19 no Brasil.<sup>153</sup> Após esta confirmação, os brasileiros passaram a enfrentar grandes mudanças em suas vidas pessoais, profissionais e financeiras.

Uma nova realidade se iniciava. Apenas serviços essenciais não paralisaram e brasileiros permaneceram em suas residências, incorporando ao cotidiano o uso obrigatório de máscaras e de álcool em gel.

Medidas Provisórias foram editadas na tentativa de manter empregos e movimentar a economia de um País em sofrimento.

No campo do Direito do Trabalho, institutos importantíssimos foram mitigados, como por exemplo, o direito ao lazer que acabou se curvando à necessidade de manutenção do emprego.

Por outro lado, o trabalho via modalidade *home office* e o teletrabalho avançaram em uma escala imprevisível e novas rotinas de trabalho passaram a substituir as anteriores. Reuniões *on line* começaram a ocupar o lugar das reuniões presenciais e documentos assinados digitalmente passaram a substituir documentos assinados no modelo tradicional.

---

153 BRASIL. Empresa Brasil de Comunicação (EBC). Primeiro caso de covid-19 no Brasil completa um ano. Agência Brasil, Brasília, fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-02/primeiro-caso-de-covid-19-no-brasil-completa-um-ano>>. Acesso em 24 de abril 2021.

Durante mais de ano, vivenciamos diversas situações inusitadas e jamais enfrentadas por trabalhadores e empregadores, ambos forçados a aceitar e aprender com a nova realidade pandêmica vivenciada.

E, quando a população acreditava que o pior já havia passado, deparou-se com índices altíssimos de óbitos e uma nova realidade hospitalar consubstanciada em filas de espera para vagas nas Unidades de Terapia Intensiva Hospitalares.

Neste turbilhão de mudanças comportamentais, legislações foram editadas na tentativa de preservar o emprego e manter a economia ativa, sem a preocupação momentânea da mitigação de direitos constitucionais de trabalhadores em razão da situação emergencial nunca vivenciada anteriormente.

Porém, diversas alterações ocorridas em contratos individuais de trabalho provavelmente já estão ou serão incorporadas nas relações de emprego.

Qual será o futuro do Direito do Trabalho? As garantias sociais constitucionais permanecem inalteradas? Como compatibilizar essas garantias à nova realidade, sem infringi-las e sem retroceder nas conquistas trabalhistas angariadas ao longo de décadas?

## **1.OS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.**

Na história das Constituições brasileiras, quando ainda presente a escravidão no Brasil, destacamos a Constituição Imperial de 1824 que aboliu as corporações de ofício caminhando com o liberalismo ainda módico.<sup>154</sup>

Já a Constituição de 1891, após edição da Lei nº 3.353/88 (Lei Áurea) reconheceu com restrições à liberdade de associação e no artigo 72, §24 garantiu o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

Diante de mudanças no contexto mundial, é criada a Organização Internacional do Trabalho em 1919. No Brasil, a Revolução de 1930 encerra o predomínio das oligarquias no cenário político brasileiro.

Inicia-se a era Vargas, e concomitantemente é promulgada a Constituição de 1934, a primeira constituição a ter normas específicas de Direito do Trabalho no §1º do artigo 121, revendo diversos direitos para a melhoria das condições do trabalhador, tais como a igualdade salarial entre trabalhadores de mesmo sexo, idade, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo; jornada de trabalho de oito horas diárias; proteção a trabalho de menores; proteção ao trabalho da gestante; indenização ao trabalhador dispensado sem justa

---

154 BRASIL, Constituição Federal (1824), artigo 179, inciso XXIV. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em 24 de abril 2021.

causa; regulamentação do exercício de todas as profissões e reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

A referida Constituição ainda previu a inexistência de distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, bem como entre os respectivos profissionais.

Em 1937, foi imposta por Getúlio Vargas a Constituição de 1937 considerada um retrocesso na democracia com instituição de sindicato único vinculado ao Estado, proibição de greve e *lock out*.

Após o fim da era Vargas, visando restaurar a democracia, foi convocada a Assembleia Constituinte sendo promulgada a Constituição de 1946.

Márcia Naiar Cerdote Pedroso ressalta que:

Dentre os avanços, no que se refere aos direitos trabalhistas, essa é a primeira Constituição que trata da valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana". Em seu art. 145, a nova Carta Magna dizia que "a todos é assegurado trabalho que possibilite a existência digna", ao mesmo tempo, o "trabalho é obrigação social. 155

A Constituição de 1946 restabeleceu o direito de greve e acrescentou diversos direitos trabalhistas tais como repouso remunerado aos domingos e feriados, férias anuais remuneradas, higiene e segurança do trabalho e estabilidade do trabalhador rural 156

A referida Constituição manteve a não distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual e seus respectivos profissionais e o artigo 159 previu a livre associação profissional ou sindical.

No Brasil, em 1964, o governo do Presidente João Goulard sofreu o Golpe Civil-Militar de 1964, com a instalação da ditadura que perdurou por 21 anos.

Neste cenário, entrou em vigor a Constituição de 1967. Esta Constituição manteve os direitos trabalhistas anteriormente previstos e ainda acrescentou outros, tais como, a proibição de greve nos serviços públicos, a proibição do trabalho noturno para os menores,

---

155 PEDROSO, Márcia Naiar Cedorte Pedroso. O direito do Trabalho no constitucionalismo brasileiro. *Revista Latino-Americana de História*, São Leopoldo, vol. 1, nº. 3, p. 447-467, março de 2012. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/rla/index.php/rla/article/view/96>>. Acesso: 23 de abril de 2021.

156 BRASIL, Constituição (1946), Artigo 157. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em 23 de abril de 2021.

fixando a idade mínima em 12 anos, a aposentadoria integral para a mulher com 30 anos de trabalho, o voto sindical obrigatório e a contribuição sindical.<sup>157</sup>

Observamos que o artigo 157 da Constituição supramencionada ainda, estabeleceu expressamente que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base, dentre outros princípios, na "*valorização do trabalho como condição da dignidade humana*".

Não podemos deixar de destacar que este artigo da Carta Magna representa a concepção da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, possuindo na época o Brasil como membro das Nações Unidas juntamente com mais 57 Estados.

Durante o governo do ex-presidente José Sarney, foi promulgada no dia 05 de outubro de 1988 a Constituição Federal vigente, conhecida por "Constituição Cidadã".

Maurício Godinho Delgado, afirma que:

A nova constituição firmou largo espectro de direitos individuais, cotejados a uma visão e normatização que não perdem a relevância do nível social e coletivo em que grande parte das questões individuais deve ser proposta. Neste contexto é que ganhou coerência a inscrição que produziu de diversificados painéis de direitos socio trabalhistas, ampliando garantias já existentes na ordem jurídica, a par de criar novas no aspecto normativo dominante.<sup>158</sup>

A sétima Constituição Brasileira, após décadas de lutas, conquistas, retrocessos e avanços no campo social, prevê no *Capítulo II – Dos Direitos Sociais - Do Título II dos Direitos e Garantias Fundamentais* diversos direitos trabalhistas que são grandes conquistas dos trabalhadores. Este Capítulo consolida diversos direitos anteriormente previstos dando-lhes, inclusive, o status de Garantias Fundamentais.

Estes Direito Sociais são normas de ordem pública, com a característica de imperativas. São invioláveis, devendo ser respeitadas nas relações de trabalho e de emprego.

---

157 BRASIL, Constituição (1967), Artigo 158. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em 23 de abril de 2021.

158 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p.127.

Conforme aqui historiado, os direitos sociais são grandes conquistas de uma sociedade que enfrentou diversos desafios, buscando sempre a dignidade do trabalhador e uma relação mais justa entre empregadores e empregados.

A flexibilização destes direitos sem o enfraquecimento das garantias constitucionais é uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo legislador brasileiro, inclusive as ocorridas na recente reforma trabalhista.

A sociedade atual não é a mesma de 1988.

Luís Roberto Barroso, pondera:

Democracia, direitos fundamentais, desenvolvimento econômico, justiça social e boa administração são algumas das principais promessas da modernidade. Estes os fins maiores do constitucionalismo democrático, inspirado pela dignidade da pessoa humana, pela oferta de iguais oportunidades às pessoas, pelo respeito à diversidade e ao pluralismo, e pelo projeto civilizatório de fazer de cada um o melhor que possa ser.<sup>159</sup>

Hoje temos uma sociedade informatizada que, vivenciando uma pandemia, incorporou no seu cotidiano flexibilizações de seus direitos trabalhistas para evitar o desemprego. Porém, a história da dificuldade de conquistas trabalhistas constitucionais jamais poderá ser esquecida.

## **2. AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELAS LEI 14.020/20 E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS EDITADAS EM 2020 E 2021 – MUDANÇAS PROVISÓRIAS OU PERMANENTES.**

Antes de iniciar o assunto dissertado neste tópico, devemos rememorar que em 2017, quando entrou em vigor em 13 de novembro daquele ano, a Lei 13.467/2017<sup>160</sup>, também popularmente conhecida como "*Reforma Trabalhista*", muitos críticos das referidas mudanças na legislação, chegaram a comentar bravamente que era o fim do Direito do Trabalho no Brasil, com fortes tendências de que o setor empresarial havia sido considerado favorecido com as novas alterações trazidas na legislação trabalhista, que, repetimos, para muitos críticos da Reforma, poderia aniquilar com os Direitos e Garantias Fundamentais dos trabalhadores.

Por ironia do destino ou não, longe do que muitos críticos da "*Reforma Trabalhista*" previam que o Direito do Trabalho nunca esteve tão atual, haja vista que depois de quase

159 BARROSO. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Saraiva: São Paulo. 2020, p.103.

160 BRASIL. Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm)>. Acesso em 19 de abril de 2021.

03 (três) anos da vigência da Lei 13.467/2017, a população mundial se deparou com uma pandemia jamais prevista na história, que fez com que o mundo, e conseqüentemente o Brasil, freassem a economia com a reclusão de pessoas em suas residências para fins de se evitar o contágio da nova doença, qual seja, da COVID-19.

Dessa forma, a pandemia mostrou que o Direito do Trabalho se encontra plenamente vigente em nosso país e ainda é um dos temas mais atuais, tendo grande importância no atual cenário econômico do Brasil, eis que a pandemia da COVID-19 evidenciou a fragilidade e a vulnerabilidade do nosso sistema de saúde pública e do sistema econômico que não é assunto deste trabalho, mas que deve ser citado.

Isto porque, as inseguranças socioeconômicas causadas pelos efeitos da pandemia da COVID-19, trouxeram, ainda que momentaneamente a necessidade de flexibilização das normas trabalhistas, diante do cenário de calamidade pública em que se encontrou o Brasil, desde meados do início do ano passado.

A confirmação do primeiro caso de coronavírus no Brasil, ocorreu em 26 de fevereiro de 2020 na Capital do Estado de São Paulo<sup>161</sup>, fazendo com que, mediante recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), medidas de saúde pública e sanitárias fossem implementadas tanto pelo governo federal como pelos governos estaduais, distrital e municipais, uma vez que a matéria referente à saúde é de competência concorrente entre esses entes públicos, nos termos do disposto no artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, a Administração Pública não teve outra alternativa senão atender sem precedentes e de forma imediata as recomendações das autoridades sanitárias e médicas nacionais e internacionais e principalmente da OMS, para evitar o contágio da doença que se alastra pelo mundo, desde quando se tomou conhecimento do primeiro caso na província de Wuhan na China em dezembro de 2019, objetivando a preservação do bem maior do ser humano, que é a vida e a saúde, direitos inclusive previstos na Constituição Federal vigente.

Portanto, através do Decreto Legislativo nº 6/2020<sup>162</sup>, o Governo Federal reconheceu o coronavírus como doença grave e infecciosa, decretando no Brasil estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020.

---

161 BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/#fev2020>>. Acesso em 19 de abril de 2021.

162 BRASIL. Decreto Legislativo nº 6/2020. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DLG&numero=6&ano=2020&ato=b1fAzZU5EMZpWT794>>. Acesso em 19 de abril de 2021.

Dentre as diversas consequências negativas trazidas pela pandemia da COVID-19, podemos citar a necessidade de inúmeros estabelecimentos comerciais fecharem suas portas, causando várias rupturas de contratos de trabalho que estavam vigentes.

Com a decretação do estado de calamidade pública e dos impactos ocasionados pela pandemia da COVID-19 na economia brasileira, houve a necessidade de intervenção do Estado nas relações empregatícias, com a finalidade da manutenção do emprego e da renda da população. Sendo assim, foram realizadas pelo Governo Federal medidas emergências objetivando, principalmente, a estabilidade econômico-financeira no país.

O Governo Federal editou a princípio duas Medidas Provisórias, sendo a primeira a MP 927/2020, de 22 de março de 2020, que perdeu sua vigência em julho de 2020, não sendo convertida em lei. Também foi editada a MP 936/2020, em 1 de abril de 2020, esta posteriormente convertida na Lei 14.020/2020, 163 de 6 de julho de 2020.

As Medidas Provisórias editadas tiveram como principal o objetivo a preservação e a manutenção do emprego e da renda no país. Logo, outra opção não se deu ao Governo Federal, senão editá-las, com força de lei naquele momento.

Outrossim, é necessário lembrar que tanto as Medidas Provisórias, como a própria Lei 14.2020/20, foram instituídas em decorrência do estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e que se findou em 31 de dezembro de 2020.

No entanto, é evidente que os prejuízos causados pela COVID-19 no setor econômico ainda permanecem. Por essa razão, o Governo Federal editou outras Medidas Provisórias no ano de 2021 para instituir um Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, objetivando enfrentar as consequências da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus no âmbito das relações de trabalho.

Assim foram editadas em 27 de abril de 2021 duas novas Medidas Provisórias, quais seja a 1.045 e 1.046/2021, que vieram complementar e reiterar o quanto já disposto nas Medidas Provisórias anteriores, bem como na Lei 14.020/20.

Ainda cabe destacar que as Medidas Provisórias 1.045 e 1.046 estão vigentes desde a data que foram publicadas, e vigoram por até cento e vinte dias, sendo que deverão ser convertidas ou não em lei por ato do Presidente da República.

Sendo assim, as alterações trazidas tanto pelas Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020, sendo esta última convertida na Lei 14.020/20, bem como pelas Medidas Provisórias

---

163 BRASIL. Lei nº 14.020 de 6 de julho de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm)>. Acesso em 19 de abril de 2021.

1.045/2021 e 1.046/2021 foram necessárias diante da circunstância anormal que não só no Brasil, como o mundo passou a se enfrentar.

Diante do cenário pandêmico, o Governo Federal permitiu que houvesse, dentre as várias e relevantes alterações trazidas pelas citadas Medidas Provisórias, a suspensão dos contratos de trabalho e a redução salarial e da jornada de trabalho, sem que fosse necessária a participação dos sindicatos, ou seja, por intermédio de um simples acordo individual escrito assinado entre empregado e empregador, podendo convencionar a redução de salário e jornada de trabalho de acordo com o disposto na Medida Provisória 936/2020, atual Lei 14.020/2020 e Medida Provisória 1.045/2021.

Já a Medida Provisória 1.046/2021, permitiu a antecipação das férias individuais, mesmo que o período aquisitivo a elas relativo não tenha transcorrido e inclusive de férias futuras, o que certamente será um problema não só para a organização dos empregados como para os próprios empregadores ao concederem períodos futuros, sem a certeza de que o empregado permanecerá no emprego para fazer jus ao período.

Porém, é nítido que as referidas medidas foram estabelecidas para manter a segurança jurídica, além de ser um incentivo às empresas e aos trabalhadores para que estes não perdessem seus postos de trabalho e a economia brasileira continuasse a se movimentar.

No entanto, é necessário lembrar, que, embora as alterações tenham acontecido de forma emergencial e sem precedentes, os direitos trabalhistas reconhecidos constitucionalmente, conforme já explanado, são frutos de uma longa luta social e não podem ser mitigados, ou seja, flexibilizados, indiscriminadamente. Percebe-se, porém, que no momento das referidas edições das mencionadas Medidas Provisórias, não houve por parte da Administração Pública o total respeito aos direitos constitucionais garantidos aos trabalhadores.

De outra sorte, no que concerne à flexibilização das relações de trabalho, Sergio Pinto Martins afirma:

São formas de flexibilização do salário a remuneração variável, em que o empregado pode receber uma importância fixa mensal, mas depende dos fatores ligados à produção, como comissões sobre vendas, de bônus pela produtividade atingida ou então participação nos lucros ou resultados da empresa, decorrente do incremento que ajudou a conseguir para esta.<sup>164</sup>

---

<sup>164</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2015. P. 93.

E mais, continua o doutrinador, conceituando a flexibilização como: "*o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários.*"

Logo, podemos concluir que a flexibilização tem por objetivo ajustar as normas do trabalho às alterações decorrentes das flutuações econômicas, das evoluções tecnológicas ou quaisquer outras mudanças que requeiram uma imediata adequação da norma jurídica. É exatamente o que aconteceu com as necessidades emergenciais em nosso país, trazidas pelo avanço da pandemia da COVID-19.

E, considerando o momento e a situação vivida no Brasil, pode ser justa e legítima a alteração momentânea ou redução a um direito trabalhista, desde que este venha a beneficiar a figura do trabalhador e garantir a estes outros benefícios decorrentes da supressão, ainda que temporária, de algum direito reconhecido constitucionalmente.

Por linhas gerais, devemos ressaltar que o Governo Federal também garantiu outros direitos aos empregados, como é o caso da estabilidade provisória de emprego.

Além da garantia provisória de emprego, ainda que de forma involuntária, as medidas emergenciais impostas pelo Governo Federal, trouxeram outras vantagens aos empregados, que, por gerenciamento e poder direção de seus empregadores, puderam adotar outras modalidades de trabalho, como o *home office*, que se difere do contrato de teletrabalho.

Conforme palavras de Paulo Sergio João e Natalia Biondi Gaggini:

Contrato de emprego por meio de teletrabalho não é sinônimo de prática de home office e vice-versa. Isto pode parecer preciosismo, mas em direito é importante que a situação jurídica a que se faz referência seja exatamente a que se enquadra ao fenômeno tratado, conforme observado nas primeiras linhas. No caso, apesar de ambos identificarem a prestação de serviços remota, o teletrabalho é modalidade de contrato, enquanto o home office é a forma de cumprimento de jornada de trabalho.<sup>165</sup>

Ainda que não seja tema central do presente artigo, cumpre lembrar que a figura do *home office* adotado por empresas bem antes da pandemia é uma forma de

---

165 BRASIL. JOÃO, Paulo Sérgio e GAGGINI, Natália Biondi. *A importância da adequação terminológica: Home office e teletrabalho*. Migalhas, 15 de julho de 2020. Ribeirão Preto. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/330671/a-importancia-da-adequacao-terminologica--home-office-e-teletrabalho>>. Acesso em 19 de abril de 2021.

flexibilização do cumprimento da jornada de trabalho, sem a alteração da modalidade de contrato.

De uma forma ou de outra, seja através da modalidade do *home office*, ou a transmutação do contrato de trabalho normal, ou presencial para contrato de teletrabalho, ambas utilizadas por grande parte das empresas desde os primórdios da pandemia no Brasil, mudou de forma positiva a rotina dos empregados, que puderam utilizar suas residências como seus postos de trabalho, podendo, assim, além de deixar de gastar horas a fio nos trânsitos das grandes metrópoles, aumentar o convívio familiar, e conseqüentemente aumentar sua produção nas mais diversas atividades empresariais.

Os empregados ganharam também, de certa forma, maiores autonomias em suas vidas privadas, podendo, otimizar seus tempos e ao mesmo tempo produzirem mais, o que sem sombra de dúvidas é o interesse e o que querem seus empregadores.

Desta feita, temos que, mesmo diante do atual cenário ocasionado pela pandemia da COVID-19, que ainda é alarmante e assombra todo o nosso país, mesmo com a atuação da Administração Pública com as Medidas Provisórias para se evitar a elasticidade do contágio, a flexibilização das normas trabalhistas se mostra como a única solução momentânea, indispensável e necessária para manter o equilíbrio econômico e, ainda, diminuir o impacto causado pela suspensão das atividades econômicas e laborativas no Brasil.

Outrossim, sabemos que, na medida em que a vacinação contra a COVID-19 e o restabelecimento gradativos das atividades normais e com o fim da estabilidade provisória que foi garantida aos trabalhadores que tiveram seus contratos de trabalhos suspensos ou reduzidos em suas jornadas e salários, tem-se que todas as garantidas fundamentais do trabalhador devem retornar ao seu *status quo*, haja vista ser apenas um período de exceção do afastamento de tais direitos fundamentais.

Assim, quanto às alterações trazidas pelas Medidas Provisórias 927 e 936 ambas de 2020, sendo esta última convertida na Lei 14.020/20, e Medidas Provisórias 1.045 e 1.046 de 2021, temos que essas mudanças não devem ser permanentes, ainda que a grande maioria das empresas brasileiras já queiram adotá-las para sempre, como é o caso da figura do *home office*, em decorrência das vantagens pecuniárias que trouxeram aos empregadores.

No momento, o que se deve refletir é sobre a necessidade de resolução com parcimônia em razão da delicadeza e complexidade do tema, que ainda está aberto e, por óbvio não se esgotará nesse trabalho e nem nos próximos tempos.

### **3.A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS EMPREGADOS.**

A princípio, torna-se necessário trazermos à baila o conceito de flexibilização dos direitos empregatícios. Segundo Sérgio Pinto Martins temos que "*a flexibilização do direito do trabalho vem a ser um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho.*"<sup>166</sup>

Amauri Mascaro Nascimento, por sua vez, conceitua a flexibilização no Direito do Trabalho como:

**Flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações à jornada diária de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização da duração do trabalho, a imposição pelo empregador das formas de contratação do trabalho moldadas de acordo com o interesse unilateral da empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador.**<sup>167</sup>

Constata-se pelas definições acima que a flexibilização das normas trabalhistas, advém e se justifica através da necessidade de se adaptar as relações vividas entre empregado e empregador com a realidade, justificando-se assim, as possibilidades de alterações dos direitos dos trabalhadores em face da situação econômica transitoriamente enfrentada.

Portanto, o conceito de flexibilização das normas trabalhistas, é coerente com as consequências trazidas pela pandemia do novo coronavírus, justificando as medidas impostas pelo Governo, que flexibilizaram direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores com a finalidade de adaptar as relações empregatícias à realidade vivida no Brasil visando manter os empregos e a renda da população.

Isto porque, flexibilização de direitos é adequar-se à nova realidade, ou seja, as mudanças são justificadas de acordo com a situação econômica e social enfrentadas naquele determinado momento. Mas é necessário que sejam apenas passageiras, distintas de uma desregulamentação.

---

<sup>166</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 83.

<sup>167</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 20ª ed. São Paulo: LTr, 2005. P. 120.

Arnaldo Süssekind faz a distinção entre flexibilização e desregulamentação:

A desregulamentação do Direito do Trabalho, que alguns autores consideram uma das formas de flexibilização, com esta não se confunde. A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade.<sup>168</sup>

Logo, cabe destacar que a flexibilização não pode ser confundida com a desregulamentação do Direito do Trabalho. Pois na primeira, há uma intervenção do Estado, ao passo que a desregulamentação se retira a proteção do Estado. Portanto, as Medidas Provisórias editadas pelo Governo Federal tanto no ano de 2020 como em 2021, bem como a Lei 14.020/2020, são medidas para enfrentamento situações emergenciais, tratando-se de flexibilização e não de desregulamentação do Direito do Trabalho.

Isto porque percebe-se, ainda que de forma indireta, a intervenção do Estado nas relações empregatícias, em especial quanto ao Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda pago diretamente pelo Ministério da Economia, com a finalidade de preservar o emprego e a renda, garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais e reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública, conforme disposto nos incisos de I à III do artigo 2º da Lei 14.2020/20.

Logo, ainda que a flexibilização dos direitos constitucionais dos empregados se justificasse como forma de enfrentamento das consequências monetárias trazida pela pandemia da COVID-19 no Brasil, em especial ao desemprego em massa, temos que nos lembrar que os direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Federal brasileira são normas de ordem pública, inseridas na Constituição Federal no título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", ou seja, aos direitos sociais previstos aos trabalhadores foi atribuído o mesmo status de direitos fundamentais.

Dessa forma, a flexibilização dos direitos garantidos aos empregados somente tem respaldo legal nas estritas hipóteses e respeitadas as formas permitidas pelo poder constituinte originário.

---

<sup>168</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2004. P. 52.

A Constituição Federal de 1988 garante uma série de direitos aos trabalhadores. No entanto, não admitir uma possibilidade de flexibilização dos direitos constitucionais previstos aos empregados no atual momento, seria uma forma bastante radical e que traria certamente um outro grande problema para o nosso país, qual seja o aumento do desemprego.

As modificações elencadas pelo Governo Federal com a finalidade de conservar o emprego e a renda, através das regras dispostas principalmente na Lei 14.020/2020 e na Medida Provisória 1.045/2021, como redução da jornada de trabalho e do salário, a suspensão do contrato pelo período previsto em lei e, ao mesmo tempo, o recebimento pelos trabalhadores de um auxílio proporcional ao valor do seguro-desemprego, foi, ao nosso ver, uma forma de equacionar momentaneamente a problemática causada pela pandemia e que era necessária para se evitar um maior prejuízo nas relações empregatícias no país.

Caso contrário, estaríamos vivendo não só uma crise sanitária, mas também uma crise econômica ainda maior.

Desta feita, como a finalidade principal do Direito do Trabalho é harmonizar a relação entre empregado e empregador, a elaboração e implementação das políticas públicas neste momento, foram um incentivo à diminuição do desemprego.

Cabe destacar que a flexibilização não é por si só a solução para a crise de desemprego, mas deve-se levar em conta que a diminuição da rigidez da lei, através das alternativas impostas pela Administração Pública para a manutenção do emprego, foram relevantes e convenientes no momento, devendo, porém, ser passageiras e sem a perda dos direitos e garantias conquistados pelos empregados durante anos de história e conquistas vividas.

#### **4.CONCLUSÃO.**

Procuramos demonstrar que durante mais de 100 anos, após sete Constituições Federais e enfrentando diversas questões políticas, sociais e econômicas, os direitos dos trabalhadores foram conquistados aos poucos, através de muitas lutas de uma sociedade inquieta, buscando acompanhar a evolução da humanidade com o reconhecimento do trabalho digno e valorizado.

Não basta, porém, a conquista destes direitos e se faz necessário à sua manutenção e proteção, demonstrando a importância do Direito do Trabalho para a sociedade. Desde 1988, os direitos sociais são previstos expressamente em nosso ordenamento constitucional dentre os direitos fundamentais.

O grande desafio enfrentado desde o início da pandemia da Covid-19 consistiu em conciliar a manutenção do emprego em meio a uma grave crise econômica sem suprimir direitos sociais fundamentais.

O estado de calamidade pública justificou a edição de Medidas Provisórias que flexibilizaram direitos trabalhistas importantes, permitindo, inclusive, o gozo de férias de períodos ainda não adquiridos.

Devemos ressaltar que as recentes alterações legislativas trabalhistas ocorridas em decorrência da pandemia da COVID-19 devem ser tratadas como uma flexibilização e não desregulamentação.

O futuro do Direito do Trabalho, como todo futuro, é incerto, mas há diversos caminhos que poderão ser seguidos, desde o mais árduo até o mais confortável.

O caminho a ser tomado dependerá de nós. Devemos aproveitar as inovações tecnológicas impostas para uma sociedade privada do convívio social, como o trabalho *home office*, reuniões *on line*, escritórios 100% remotos, para beneficiar empregados e empregadores, sem, contudo, retroceder face aos avanços sociais conquistados ao longo de décadas.

Não devemos esperar que a sociedade volte a ser a existente no ano de 2019, porque aquela não se existe mais. A sociedade após início da pandemia enfrenta uma economia fragilizada com o crescimento do desemprego em um mercado de trabalho modificado.

Este é o grande desafio do Direito do Trabalho. Aplicar as normas jurídicas existentes em nosso ordenamento jurídico às inovações trabalhistas resultantes da pandemia do Covid-19 sem, contudo, diminuí-las ou extirpá-las, garantindo sempre a preservação das garantias fundamentais.

E, como o estado pandêmico persiste e ainda gera muitas incertezas futuras, concluímos que admitir a flexibilização das normas constitucionais trabalhistas como foi realizada, garantiu a manutenção do emprego para muitas pessoas no país, diante da grave situação sanitária vivenciada. Todavia, a flexibilização permanente é perigosa.

É bem de ver que a edição da Medida Provisória nº 1046/2021, renovando em menos de um ano, a possibilidade de antecipação de férias individuais ainda que o seu período aquisitivo não tenha transcorrido, bem como possibilitando que empregados e empregadores negociem a antecipação de períodos futuros de férias por meio de acordo individual escrito, volta a colocar em risco direitos sociais arduamente conquistados.

Ressaltamos que as flexibilizações de direitos nas relações do trabalho devem ser realizadas com parcimônia e cautela, sob pena de configurar até um retrocesso jurídico e social.

O Direito do Trabalho deverá acompanhar as mudanças comportamentais apresentadas pela sociedade e que estão sendo incorporadas nas relações profissionais, mas sempre respeitando e protegendo os direitos constitucionais fundamentais.

#### **4.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

BARROSO. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Saraiva: São Paulo. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6/2020. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DLG&numero=6&ano=2020&ato=b1fAzZU5EMZpWT794>>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm)>. Acesso em 19 de abril de 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 14.020 de 2020 de 6 de julho de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm)>.

\_\_\_\_\_. Empresa Brasil de Comunicação (EBC). Primeiro caso de covid-19 no Brasil completa um ano. Agência Brasil, Brasília, fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-02/primeiro-caso-de-covid-19-no-brasil-completa-um-ano>>.

\_\_\_\_\_, Constituição Federal (1824), artigo 179, inciso XXIV. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>.

\_\_\_\_\_, Constituição (1946), Artigo 157. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>.

\_\_\_\_\_, Constituição (1967), Artigo 158. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/#fev2020>>.

DELGADO. Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: LTr. 2007.

JOÃO, Paulo Sérgio e GAGGINI, Natália Biondi. *A importância da adequação terminológica: Home office e teletrabalho*. Migalhas, 15 de julho de 2020. Ribeirão Preto. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/330671/a-importancia-da-adequacao-terminologica--home-office-e-teletrabalho>>.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 20ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

PEDROSO, Márcia Naiar Cedorte Pedroso. O direito do Trabalho no constitucionalismo brasileiro. *Revista Latino-Americana de História*, São Leopoldo, vol. 1, nº. 3, p. 447-467, março de 2012. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/rla/index.php/rla/article/view/96>>.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2004.

## DA (DES)NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA

**PAULO FIGUEIREDO FONSECA LIMA:**

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

**Resumo** – A denúncia é a peça inicial que dá início ao procedimento para a instauração do processo penal. Sem a denúncia não há processo criminal, à luz do princípio do promotor natural e do devido processo legal. Cabe ao judiciário verificar se os elementos mínimos necessários da peça de acusação estão nela presentes, autorizando com isso o prosseguimento do feito. As consequências do recebimento da denúncia dão origem a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre sua natureza e alcance da necessidade e profundidade de sua fundamentação.

**Palavras-chave** – Direito Processual Pena. Denúncia. Fundamentação. Direito fundamental ao devido processo legal. Teoria Geral do Processo. Denúncia. Decisão. Despacho. Natureza jurídica.

**Sumário** – Introdução. 1. Teoria Geral do Processo Penal e lide penal. 2. Da rejeição da denúncia. 2.1. Do momento de recebimento da denúncia. 2.2. Hipóteses de rejeição da denúncia. 2.2.1. Inépcia da inicial acusatória. 2.2.2. Falta dos pressupostos processuais e condições da ação. 2.2.3 Ausência de justa causa. 3. Do recebimento da denúncia. 3.1 Da necessidade de fundamentação do recebimento da denúncia. 3.2 Da profundidade da fundamentação do recebimento da denúncia. 3.3. Da novidade incluída pela Lei 13.964/19 no bojo da Lei 12.850/13. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende esclarecer a existência de divergência acerca da necessidade de fundamentação do recebimento da inicial acusatória, as razões dessa divergência e o atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial. Não pretende encerrar a divergência, mas apenas expor as correntes existentes e eventuais consequências de sua adoção, em especial no que toca a anulação do processo e a interrupção da prescrição.

Para tanto, apoia-se a pesquisa em informações doutrinárias e jurisprudenciais, construídas à luz do contraditório e da ampla defesa, enfrentando o assunto pelo método hipotético-dedutivo.

### 1 TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL E LIDE PENAL

Em que pese a resistência de parte da doutrina<sup>169</sup> em falar em uma teoria geral do processo, é inegável a existência de princípios e origens comuns ao processo civil e ao processo penal, pois tanto a tutela da liberdade quanto a da propriedade estão asseguradas pelo devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), conforme destaca o Professor Nicolitt.<sup>170</sup>

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:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;<sup>171</sup>

Importante abandonar a noção de lide dada por Carnelutti (lide como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida) como diferenciador entre o processo civil e o processo penal, especialmente porque, no dizer da doutrina, ela é um elemento não essencial (acidental) a ambos os ramos processuais.

O elemento diferencial repousa na pretensão, essencial ao processo. A pretensão penal será sempre punitiva ou de liberdade. Parcela da doutrina fala em pretensão acusatória.

Destaca o professor Afrânio Silva<sup>172</sup> que o processo tem por objetivo a satisfação da pretensão. Desse modo, a jurisdição penal não tem a finalidade de recompor o direito subjetivo da vítima violado pelo crime. Na verdade, o Estado reage, no processo, através de uma pretensão punitiva visando recompor a ordem jurídica desrespeitada pela prática da infração penal.

Os estudos quanto à natureza jurídica do processo ganharam impulso a partir da obra de Oskar Von Bullow (Teoria dos Pressupostos Processuais em 1868) que concebia o processo como relação jurídica, passando por visões como a de Afrânio que o considera uma categoria autônoma, até concepções como a de Nicolitt que o enquadra como garantia fundamental (art. 5º, LIV, da CF) ou de a Elio Fazzalari que vê o processo como um procedimento realizado em contraditório.

---

<sup>169</sup>JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 18 ed. São Paulo Saraiva

<sup>170</sup>NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 9 ed. Minas Gerais: D'Plácido, 2019

<sup>171</sup>BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 23 mar. 2022.

<sup>172</sup>JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. 15 ed. Bahia: Juspodivm, 2018

Nota-se, portanto, que se a própria natureza do processo mostrou-se mutável ao longo da história e de seu estudo, de modo que também é mutável a natureza jurídica de seus institutos.

## 1.1 PROCESSO PENAL E PROCEDIMENTO

Processo penal é um procedimento realizado em contraditório, animado por uma relação jurídica e que visa à satisfação de uma pretensão penal.

Já o procedimento é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo. É a manifestação exterior deste. A noção de procedimento é basicamente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem e que objetivam um provimento final.<sup>173</sup>

Destaca a doutrina que o procedimento é uma coordenação sucessiva de atos que exteriorizam o processo. O processo desenvolve verdadeira relação entre as partes, ao passo que procedimento é apenas a relação entre os atos ocorridos no curso do processo.

Ainda, continua a doutrina, procedimento é o itinerário que deve ser desenvolvido para que, ao final, possa ser exercida a pretensão penal punitiva, sem o qual esta não restará legítima. Percebe-se portanto que procedimento decorre logicamente do comando constitucional do devido processo legal.

## 2 DA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA

O artigo 395 do Código de Processo Penal trata das hipóteses em que ocorrerá a rejeição da inicial acusatória.<sup>174</sup>

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I – for manifestamente inepta (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

<sup>173</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel, BADARÓ Gustavo Henrique Righi Ivahy, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. 32 ed. Bahia: Juspoivm, 2020.

<sup>174</sup>\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689/41. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 08 abr. 2022.

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. (Revogado) Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Com a esperada alteração legislativa de 2008, ocorre não apenas um deslocamento da norma de capítulo específico denominado “Ação Penal”, mas também maior especificação dos termos do referido artigo: (i) utilização da terminologia “inépcia da inicial”; e (ii) a consagração da ausência de “justa causa” como causa de rejeição.

No que toca o rol de testemunhas, é entendimento majoritário que esse elemento, na denúncia, é opcional e de acordo com o acervo probatório disponível e suficiente para a formação da opinião delitiva do membro do Ministério Público.

No número máximo de 8 testemunhas devem ser abstraídas as não compromissadas, o ofendido e os peritos. Em relação à acusação, o número relaciona-se com a quantidade de fatos criminosos imputados. Para quem admite a denúncia alternativa, também haveria fatos múltiplos, admitindo-se 8 testemunhas em relação a cada fato. Para Afrânio<sup>175</sup>, a denúncia alternativa não viola a ampla defesa, mas a concretiza, na medida em que se há dúvidas se o agente cometeu um ou outro crime, a coisa julgada ao final acobertará ambos.

No que toca as condições da ação é assente na doutrina que a remoção da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação civil não afeta a teoria do direito processual penal, permanecendo nessa seara, como condições da ação: (i) a legitimidade da parte, ativa e passiva; (ii) o interesse jurídico, não apenas econômico ou sentimental; e (iii) a possibilidade jurídica do pedido, sendo pedido impossível, por exemplo, a aplicação da pena de morte.

## **2.1 DO MOMENTO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA**

A Lei 11.719/2008 deu nova redação ao art. 399 do CPP, o que gerou certa dúvida quanto ao momento do recebimento da denúncia.

Parte da doutrina sustenta que o momento adequado para o recebimento é o do art. 399 do CPP numa interpretação prospectiva, comprometida com o projeto constitucional de efetivar a ampla defesa e o contraditório, com reflexos no marco interruptivo da prescrição.

---

<sup>175</sup>JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Direito Processual Penal 15 ed. Bahia: Juspodivm, 2018

Deve-se permitir ao acusado influir na decisão de recebimento ou não da denúncia, seguindo-se logo em seguida a verificação do art. 397 do CPP.

Outro segmento defende que o momento correto é o art. 396 do CPP, ou seja, tão logo seja remetida ao juiz a denúncia ou queixa, deve ele avaliar se receberá ou rejeitará a denúncia, citando o réu para oferecer resposta à acusação caso a receba.

Para esta corrente, é indevida a referência feita pelo art. 399, pois a demanda já teria sido admitida, inclusive diante do teor do art. 363 do CPP.<sup>176</sup>

Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.

De acordo com parcela significativa da doutrina, após a reforma legislativa operada pela Lei 11.719/2008, o momento do recebimento da denúncia se dá, nos termos do artigo 396 do Código Penal, após o oferecimento da acusação e antes da apresentação de resposta à acusação, seguindo-se o juízo de absolvição sumária do acusado, tal como disposto no artigo 397 da Lei Processual Penal.

Sugere ainda, Afrânio Silva Jardim<sup>177</sup>, que se faça uma interpretação conforme do art. 396 do CPP de modo a se ler “notificação” no lugar de citação, incluindo um contraditório prévio ao recebimento/rejeição da denúncia/queixa; e uma declaração de nulidade parcial sem redução de texto do art. 399 do CPP (“recebê-la-á”), para melhor conformação com o modelo constitucional que tem o contraditório e o direito de defesa como bases fundantes.

## **2.2 HIPÓTESES DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA**

### **2.2.1 INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA**

Inépcia da inicial nada mais é do que aquela exordial que deixa de cumprir os requisitos mínimos dispostos no artigo 41 da Lei Processual Penal, enumerados da seguinte forma: (i) exposição do fato criminoso e suas circunstâncias; (ii) qualificação do acusado ou esclarecimentos que permitem a sua identificação; (iii) classificação do crime; e (iv) quando necessário, rol de testemunhas.

Vale ressaltar que é posição pacífica que a denúncia genérica, sem limitar os fatos ou acusados, não permite o exercício do contraditório e ampla defesa em sua

<sup>176</sup> \_\_\_\_\_. Decreto-Lei n° 3.689/41. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>177</sup>JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Direito Processual Penal 15 ed. Bahia: Juspodivm, 2018

integralidade. De acordo com arestos dos tribunais superiores, tal espécie de denúncia é afrontosa ao estado democrático de direito e outra não poderia ser a conclusão desses tribunais.<sup>178</sup>

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 121, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA INEPTA.

I – O trancamento de ação por falta de justa causa somente é viável desde que se comprove, inequivocamente, hipóteses, v.g., como a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

II – A ausência de justa causa só pode ser reconhecida se perceptível de imediato com dispensa ao minucioso cotejo do material cognitivo. Se é discutível a caracterização de eventual ilícito criminal, não há que se trancar a ação penal por ausência de justa causa.

III – A inicial de acusação que, sucinta e genérica, não descreve objetiva e concretamente conduta delitativa e a participação do denunciado é formalmente inepta, dada a inobservância do disposto no art. 41 do CPP. Recurso parcialmente provido para anular o processo a partir da denúncia, inclusive.

Predomina na jurisprudência, contudo, o entendimento de que, em situações excepcionais, diante da gravidade e complexidade objetiva (concurso de crimes) ou subjetiva (concurso de agentes) dos fatos, deve-se admitir a denúncia geral, que não individualize plenamente a conduta de cada agente, desde que não inviabilize a defesa.

Essa compreensão que autoriza a denúncia geral não significa que a sentença condenatória possa ser igualmente geral. Apenas o ato de imputação dos fatos, para fins de instauração do processo penal, pode ser não individualizado em casos excepcionais. No curso do processo será necessário individualizar especificadamente os atos praticados pelos agentes, para então restar autorizada a condenação.

Ou seja, esclarecem os julgados importante distinção entre denúncia genérica e denúncia geral, a primeira rechaçada por violação a garantias fundamentais e a segunda

<sup>178</sup> \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC 12.663/SP. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200441973&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

autorizada em razão da indefinição dos fatos e agentes, sem possibilidade, no momento de oferecimento da exordial, de definir a conduta individualizada de cada um.

Consideram ainda os tribunais ser inepta a denúncia alternativa, na medida em que ela impossibilita a plenitude da defesa, devendo o *parquet* fazer a opção pela classificação do crime antes do oferecimento da denúncia, procedendo a outras diligências caso necessário via investigação preliminar. A impossibilidade de denúncia alternativa não significa vedação à adequação típica realizada pelo magistrado por meio do instituto da *emendatio libelli*.<sup>179</sup>

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

## 2.2.2 FALTA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E CONDIÇÕES DA AÇÃO

Pressupostos processuais é expressão em que estão incluídos: (i) de existência: necessários para o nascimento da relação processual; e (ii) de validade: necessários para o regular desenvolvimento do processo.

É criticável a postura do legislador na medida em que a falta de pressuposto processual não leva sempre à rejeição da inicial.

Condições da ação são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir.

## 2.2.3 AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

A justa causa consiste num lastro probatório mínimo sobre a existência material e a autoria de um fato criminoso e de todas as circunstâncias, ou seja, é a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria.

<sup>179</sup> \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689/41. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 08 abr. 2022.

Vale ressaltar que a justa causa é conceito que se espraia por todo o direito processuais penal, devendo ser considerado quando da concessão de requerimento de medida cautelar pessoal (p. ex. prisão preventiva) ou real (p. ex. na concessão de pedido de sequestro).

O CPP elenca a justa causa como um requisito a parte para rejeição da inicial, razão pela qual a doutrina majoritária entende que não é condição da ação.

### **3 DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA**

O recebimento da denúncia é questão extremamente debatida na doutrina e jurisprudência. Não apenas a necessidade de fundamentação, objeto deste artigo, como inclusive seu momento. Adiante, analisaremos de forma separada os argumentos favoráveis e contrários à necessidade de fundamentação e a profundidade (espécie de cognição) exigida nessa fundamentação.

#### **3.1 DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA**

Como referido, há divergência acerca da necessidade e da profundidade da fundamentação da decisão ou despacho (a depender da corrente adotada) de recebimento da denúncia.

Por ora, ater-nos-emos a necessidade de fundamentação.

A necessidade de fundamentação de uma decisão judicial decorre tanto da CR/88, de forma expressa, como da própria lógica do sistema democrático e da necessidade de justificação de decisões sem representatividade indireta. Cabe ao judiciário fundamentar suas decisões como poder, conferindo legitimidade às suas decisões e permitindo, com isso, o convencimento das partes e suas insurreições por vias próprias (recursos, ações autônomas e sucedâneos recursais).

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Importante ressaltar que a CR/88 cita que as “decisões” serão fundamentadas. Por isso, historicamente, dispensa-se a fundamentação de despachos, em especial aqueles ordinatórios de mero prosseguimento do feito.

Nesse sentido, importante questionar a natureza jurídica da decisão/despacho de recebimento da denúncia.

Fato é que todo aquele provimento judicial que produz efeitos na esfera jurídica de alguém deve ser encarado, a princípio, como decisão. Sendo o recebimento da denúncia ato judicial capaz de afastar o corrimento da prescrição da pretensão punitiva, parcela considerável da doutrina compreende tal ato como verdadeira decisão judicial.<sup>180</sup>

Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

Por essas razões, a doutrina aparentemente majoritária se posiciona pela natureza jurídica do ato como verdadeira decisão.<sup>181</sup>

Porém, deve-se ressaltar corrente em sentido contrário, amparada na ausência de efeitos internos do despacho que recebe a denúncia, sendo a interrupção da prescrição efeito externo, não próprio do conteúdo do despacho.

O CPC, inclusive, possui posição semelhante no que toca a natureza jurídica do ato, determinando tratar-se de despacho o ato que ordena a citação e interrompe a prescrição, dando a entender que a interrupção da prescrição como efeito do ato não é suficiente para classificá-lo como decisão judicial.

Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

Fato é que a jurisprudência, historicamente, dispensava a fundamentação no ato de recebimento da denúncia. Porém, atualmente, surge como tendência a necessidade

<sup>180</sup> \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848/40. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>181</sup>BRASILEIRO, Renato. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013

de fundamentação adequada ao ato e ao momento, em especial à luz dos argumentos trazidos pela defesa.<sup>182</sup>

2. A decisão de recebimento da denúncia possui natureza interlocutória, prescindindo de fundamentação complexa (Precedentes).

3. Caso em que o julgador, nem mesmo de forma concisa, ressaltou a presença dos requisitos viabilizadores da ação penal. Deixou de verificar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, tampouco tratou da existência de justa causa para o exercício da ação penal, limitando-se a cuidar da presença dos pressupostos intrínsecos à peça processual, nestes termos: "Recebo a denúncia, pois a peça acusatória preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP". (RHC 59759 STJ)

Mesmo na clássica decisão do Supremo Tribunal Federal quando da solução do HC 70.763 o Ministro Celso de Melo sentiu por bem consignar em seu voto que: "De qualquer maneira, e mesmo tendo presente a jurisprudência desta Suprema Corte que tem ressaltado a desnecessidade de motivação para o ato de recebimento da denúncia, é relevante observar que, na espécie, houve, efetivamente, manifestação fundamentada quando da prolação do ato judicial em questão."

Logo, resta claro que a questão não é pacífica, sendo, contudo, mais prudente do ponto de vista processual que o recebimento da denúncia seja razoavelmente fundamentado, à luz do caso concreto.

### **3.2 DA PROFUNDIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA**

A fundamentação é conteúdo integrante da própria decisão judicial, conforme art. 489 do CPC<sup>183</sup> e art. 381 do CPP:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

---

<sup>182</sup> \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC 59.579/SC. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501184031&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>183</sup> \_\_\_\_\_. Lei n° 13.105/15. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 08 abr. 2022.

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

Art. 381. A sentença conterà:

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

O processo, contudo, admite mais de uma espécie de fundamentação. Nesse sentido, a doutrina classifica a fundamentação em sumária e exauriente.<sup>184</sup>

Cognição exauriente é aquela realizada após todas as fases ordinárias do processo: postulatória; instrutória; e finalmente decisória. No processo penal a cognição exauriente resulta em condenação ou absolvição, ou eventualmente nulidade já que a aplicação da teoria da asserção na cognição exauriente no processo penal não possui os mesmos efeitos do processo civil. Nesse sentido, a ilegitimidade da parte acusatória reconhecida ao final do processo penal não gera absolvição, mas nulidade do processo, por exemplo.

Já cognição sumária é aquela decorrente de juízo sobre fatos ainda em análise, típica de decisões cautelares e antecipadas, de urgências ou de evidência. No processo penal o maior e mais comum exemplo de cognição sumária é justamente o recebimento da denúncia. Dessa forma, para que a denúncia seja recebida basta a aparência de regularidade da exordial, com todos os elementos exigidos pelo artigo 41 do CPP, narrados de forma lógica e fundamentada, apta a autorizar a instauração de persecução criminal.

Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Atualmente a jurisprudência se posiciona nesse sentido: a decisão que recebe a inicial acusatória é decisão interlocutória mista e, por isso, exige fundamentação, sendo esta pautada em cognição sumária.

---

<sup>184</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual de Direito Processual Civil. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2022

Não cabe ao juiz, salvo hipóteses de absolvição sumária, realizar juízo típico de cognição exauriente e absolver ou condenar o acusado no momento inicial do processo, independentemente das divergências sobre o momento do recebimento da denúncia.

### **3.3 DA NOVIDADE INCLUÍDA PELA LEI 13.964/19 NO BOJO DA LEI 12.850/13**

Atualmente diz a Lei 12.850/13<sup>185</sup> que o recebimento da denúncia não pode ser fundamentado apenas nas declarações do colaborador.

Art. 4º - § 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

II – recebimento de denúncia ou queixa-crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Podem ser extraídas duas normas desse único dispositivo<sup>186</sup> (conceito integralmente aceito, já que norma e dispositivo são elementos distintos).

A primeira é que o recebimento da denúncia deve ser fundamentado, ao menos no que toca os crimes praticados por organizações criminosas e o próprio crime de organização criminosa.

A segunda é que as declarações do colaborador são servem, exclusivamente, como fundamento do recebimento da denúncia.

Parece, portanto, que o legislador se aproxima do modelo mais recente da jurisprudência, ao considerar o recebimento da denúncia como um ato a ser fundamentado, sem, contudo, determinar expressamente a necessidade de juízo exauriente, apenas afastando a fundamentação exclusiva em caso de colaboração premiada (e do contrário não poderia ser).

Tal desdobramento, contudo, ainda não foi suficientemente abordado pela jurisprudência dos tribunais superiores.

## **CONCLUSÃO**

Longe de pretender encerrar a acirrada discussão acerca da fundamentação da decisão que recebe a denúncia, pretendeu o presente trabalho traçar os atuais

<sup>185</sup>\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850/13. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)> Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>186</sup>ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

parâmetros das posições doutrinárias e jurisprudenciais. Restou claro, portanto, que o tema é sensível e supera o mero tecnicismo. Possui relevância prática em razão dos efeitos materiais do recebimento da denúncia.

Caso decida-se pela absoluta necessidade e profunda fundamentação da denúncia o despacho de cite-se no processo penal é nulo e não interromperá a prescrição, sendo sua relevância ululante.

Lado outro, tomando por base a atual jurisprudência e majoritária doutrina, deve o magistrado fundamentar suficientemente a decisão e pautado nas razões da defesa caso já as possua. Tal fundamentação, contudo, obedecerá a regra da cognição sumária não exauriente, ou seja, dispensa profundidade acerca de todos os elementos da denúncia, já que não é nesse momento realizado juízo condenatório e apenas excepcionalmente pode ser o acusado absolvido antes do processamento do feito.

Por fim, há a possibilidade de compreender o ato como mero despacho ordinatório, posição atualmente superada, mas que ainda encontra fundamento em parcela minoritária da doutrina.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 23 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689/41. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 08 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848/40. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 08 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105/15. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 08 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850/13. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)> Acesso em: 08 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC 59.579/SC. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501184031&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC 12.663/SP. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200441973&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASILEIRO, Renato. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013

CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual de Direito Processual Civil. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2022

DINAMARCO, Cândido Rangel, BADARÓ Gustavo Henrique Righi Ivahy, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. 32 ed. Bahia: Juspoivm, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2 ed. São Paulo: RT, 2013

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Direito Processual Penal 15 ed. Bahia: Juspodivm, 2018

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 9 ed. Minas Gerais: D'Plácido, 2019.