

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1105

(Ano XIV)

(23/07/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR code do Volume 1105



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1105, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. *613 f.*

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

Recurso online. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Comentários à Lei Complementar nº 194/2022 que define os bens e serviços essenciais para efeito de tributação pelo ICMS e dá outras providências

Kiyoshi Harada, 09.

ARTIGOS

Lei 14.365/2022: novas conquistas para advocacia

Benigno Núñez Novo, 13.

A (in)constitucionalidade da exação ao FETHAB – a suposta facultatividade da obrigação no Estado do Mato Grosso

Rafael Luiz da Silva Baltazar, 21.

Assédio moral contra o servidor público

Raul Pinheiro Castello Branco, 57.

Porte/posse ilegal de arma de fogo e a existência ou não de crime se a arma estiver desmuniada, desmontada ou quebrada e inapta a efetuar disparos.

Matheus Henrique Silva Abra, 102.

Principais aspectos relacionados aos crimes virtuais

Admilson José Garcia, 108.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais: uma análise da proteção ao meio ambiente

Vinicius Martin Rulli, 131.

Lei do feminicídio

David Henrique Barboza de Queiroz, 143.

Linguagem como experiência de mundo: comunicação, lógica e a estrutura formal da proposição jurídica - a pragmática

Luiz Vidal da Fonseca Júnior, 161.

Infanticídio: o crime contra o recém-nascido no estado puerperal

Matheus Henrique Ximenes, 185.

Dos crimes praticados por funcionários de empresas terceirizadas que prestam serviços para os Correios: peculato ou furto?

Lidiane da Penha Segal, 199.

Liberdade de imprensa e direito à intimidade

Leticia Biasi Costa Moraes, 216.

Adoção Internacional

Juliana Giachetto, 232.

Transmissões de heranças com relação a criptoativos

Daniel Ramos Candido Rosa, 254.

O impacto da quarentena no aumento da violência contra as mulheres

Jéssica Permegiani Faria, 271.

O impacto dos avanços tecnológicos na persecução penal e a defesa dos direitos e garantias fundamentais

Guilherme de Jesus Aquino, 281.

O empregado e a situação do limbo previdenciário/trabalhista

Jessica Braz da Silva, 302.

Violência obstétrica: aspectos jurídicos no Brasil e o direito das mulheres a um parto humanizado

Julia Scatena Machado, 321.

Impacto da reforma da Previdência nos benefícios por incapacidade

Patricia Bettin Chaves, 337.

Importância da logística reversa na produção industrial como forma de preservar o meio ambiente

Antonia Mônica Ribeiro Nascimento, 345.

O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena

Maryana Ferreira Vieira, 355.

O princípio do acesso à justiça a partir da hipossuficiência: um recorte sobre a sua efetivação no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Tocantins

Polliana Pereira Barros Silva, 362.

Artigo 7 CISG: análise crítica e interpretativa

Zilda da Silva Nogueira, 386.

A tornozeleira de monitoramento eletrônico de pessoas e mulheres apenadas: consequências legais e sociais entre condenadas de classes sociais diferentes.

Luiza de Oliveira Gutterres, 402.

Da necessária superação do livre convencimento motivado no processo penal.

Rodrigo de Azevedo Martins, 432.

Importância do marketing de vendas como ferramenta de publicidade e propaganda

Antonia Mônica Ribeiro Nascimento, 445.

Controle Judicial do Ato Administrativo na Jurisprudência do STF

Carmen Ferreira Saraiva, 458.

Comentários sobre o procedimento de arbitragem envolvendo a Administração Pública

Joana Schmidt Artes, 491.

Parques ecológicos como recantos de lazer e cultura: edificando uma proposta de ampliação do Parque Urbano Maria do Socorro Moreira, Zona Ambiental Oeste de Belo Horizonte (MG)

Vagner Luciano de Andrade, 512.

MONOGRAFIA

Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Direito Civil

Carla Giovanna Almeida Moura, 549.

COMENTÁRIOS À LEI COMPLEMENTAR Nº 194/2022 QUE DEFINE OS BENS E SERVIÇOS ESSENCIAIS PARA EFEITO DE TRIBUTAÇÃO PELO ICMS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS

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.

Esta lei complementar de nº 194, de 23-6-2022, que resultou da aprovação do PLP nº 18/2022, é a 3ª lei complementar que veio à luz para tentar resolver o problema da escalada de preços dos combustíveis, notadamente, do diesel e da gasolina, decorrente de fatores externos alheios à vontade do governo.

A primeira delas foi a Lei Complementar de nº 190/2022 que, mediante alteração da Lei Complementar nº 87/1996, atribuiu ao remetente da mercadoria para consumidor final não contribuinte do imposto, localizado em outro Estado, a responsabilidade pelo recolhimento da diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual, conhecida pela sigla Difal.

O seu art. 3º instituiu o emblemático art. 3º prescrevendo noventa que rege as relações jurídico-tributárias. Foi o suficiente para que fossem ajuizadas ações judiciais pleiteando o pagamento da difal apenas a partir de 2023, em respeito ao princípio da anterioridade, de um lado e, de outro lado, ações dos Estados pleiteando aplicação imediata do novo regime. Essas ações tramitam sem conhecimento da liminar no STF, sinalizando o julgamento direto pelo mérito permitindo as discussões em instâncias ordinárias. Na verdade, não há nessa lei norma de natureza tributária, mas apenas de natureza financeira de interesse exclusivo das entidades componentes da Federação.

A segunda Lei Complementar foi a de nº 192/2022 que veio dispor sobre incidência monofásica dos combustíveis definidos em seu art. 2º (gasolina, etanol, diesel, biodiesel e gás liquefeito de petróleo e gás natural). Dispôs, ainda, que nas operações com combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo. Entretanto, tratando-se de operações interestaduais entre contribuintes com combustíveis não derivados de petróleo, o imposto será repartido entre o Estado de origem e o de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias. Só que esses mesmos combustíveis, quando destinados a não contribuinte, o imposto caberá ao

Estado de origem. Disposição nesse sentido turbinou as ações judiciais para discutir o pagamento da difal em 2022.

Essa Lei Complementar nº 192/2022 determinou, ainda, a definição de alíquotas dos combustíveis por deliberação dos Estados, por intermédio do Confaz. Foi, então, firmado o Convênio nº 16/2022 fixando a alíquota *ad rem* de R\$ 0,9986 por litro da gasolina, e de R\$ 1,0060 por litro de diesel, situando-se em patamar acima dos preços vigentes antes da eclosão da guerra Ucrânia/Rússia.

O Ministro André Mendonça determinou a suspensão dos efeitos desse convênio, e ordenou a fixação da base de cálculo do ICMS dos combustíveis pela média dos preços praticados nos últimos 60 meses, além de mandar observar as alíquotas máximas de 17% e de 18% conforme o Estado (ADI nº 7164).

Em cumprimento à medida liminar alguns Estados, como o do Estado de São Paulo passaram a cobrar o ICMS dos combustíveis pela mesma alíquota aplicada às mercadorias em geral (17% ou 18%). Porém, outros Estados, como o do Rio de Janeiro continuam ignorando a determinação do STF, preferindo pressionar para que o Ministro Gilmar Mendes, que cuida da questão da seletividade de alíquotas do ICMS (ADPF nº 984), casse a liminar concedida pelo Ministro André Mendonça, que teria extrapolado os limites do pedido.

Agora, sobreveio a Lei Complementar de nº 194, de 23-6-2022 para regular o disposto no art. 155, § 2º, inciso III da CF, definindo as mercadorias e serviços considerados essenciais, para fins de tributação pelo ICMS, mediante introdução do art. 18-A ao Código Tributário Nacional.

Segundo esse artigo são mercadorias e serviços essenciais os combustíveis, o gás natural, a energia elétrica, as comunicações e o transporte coletivo.

Ressalvadas as opiniões em contrário, entendo que isso está dentro das atribuições da lei complementar, à luz do que dispõe o art. 146, III da CF que atribui a tarefa de fixar normas gerais em matéria de legislação tributária, uniformizando em todo o território nacional o conceito de mercadoria e serviços essenciais.

Uma das funções da lei complementar é exatamente a de editar normas gerais, que têm a natureza uniformizadora, servindo a legislação nacional como coordenadora em relação à matéria submetida à sua atuação, conforme sustentamos em nossa obra.^[1]

Essa Lei Complementar vedou, igualmente, em relação aos combustíveis definidos como bem essencial, a fixação de alíquota maior do que aquele incidente sobre as operações em geral, facultando aos Estados a redução de alíquotas em patamares menores.

Nesse particular, alguns estudiosos entendem que houve invasão de competência dos Estados (art. 18 do CF), porque as fixações de alíquotas não estão sob reserva de lei complementar, como acontece com a base de cálculo (art. 146, III, *a* da CF).

É verdade. Só que a lei complementar sob exame não fixou alíquotas do ICMS, nem reduziu alíquotas incidentes sobre produtos essenciais. Legislou na mesma linha de interpretação dada ao inciso III, do § 2º, do art. 155 da CF pelo Ministro André Mendonça.

A Lei Complementar sob exame simplesmente vedou a tributação de produtos essenciais com alíquotas maiores do que aqueles incidentes sobre produtos não essenciais, o que é bem diferente de fixar alíquotas. Tampouco reduziu as alíquotas, mas, facultou que os Estados o fizessem se assim quiserem.

Como se sabe, o inciso III, do § 2º, do art. 155 da CF que permite a diferenciação de alíquotas incidentes para produtos e serviços essenciais é uma mera faculdade dos Estados que não são obrigados a fazer essa distinção. O preceito constitucional em questão tem, portanto, natureza programática. Norma programática ninguém é obrigado a implementá-la. Mas, ela surte efeito pelo seu aspecto negativo. Uma vez implementada ela não pode implicar contrariedade ao preceito programático, como fizeram os Estados, exacerbando a carga tributária do ICMS exatamente sobre bens e serviços essenciais, aproveitando-se da falta de definição legal do que sejam bens essenciais. Mas, é até intuitivo que combustíveis, energia elétrica e comunicações são bens essenciais na sociedade contemporânea em comparação com outros produtos ou mercadorias, como bebidas, carnes, cigarros, aparelhos eletrodomésticos etc.

Porém, esse art. 18-A do CTN, acrescido pela LC nº 194/2022, está sendo contestado perante o STF por meio de ADI impetrado por inúmeros Estados.

O teor do art. 18-A, acrescido ao CTN, foi repetido na LC nº 87/1996, lei de regência nacional do ICMS, mediante o acréscimo do art. 32-A reafirmando a sua natureza de lei complementar dessa norma.

Entendemos que a aplicação do art. 18-A do CTN e do art. 32-A da LC nº 87/1996 é imediata, não bastasse a liminar concedida pelo Ministro André Mendonça, que limitou as alíquotas a 17% ou 18% conforme o Estado.

Uma vez reconhecida a natureza de norma geral a esses preceitos guerreados perante a Corte Suprema aplica-se, de imediato, a regra do art. 24, § 4º da CF, segundo o qual a superveniência de norma geral da União suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária.

Não há, a nosso ver, a necessidade de as Assembleias Legislativas dos Estados procederem à redução de alíquotas para se adequar às disposições da Lei Complementar nº 194/2022, como querem alguns dos estudiosos da matéria.

Contudo, o STF, como de hábito, dará a última palavra sobre o assunto.

Todavia, o que chama atenção nessa ADI dos Estados é que o único argumento é a de que a Lei contestada irá causar impacto financeiro nos Estados com a queda da arrecadação tributária, como se essa matéria fosse da competência do STF.

A questão das receitas dos Estados é matéria que se insere no âmbito da política tributária de cada Estado. O Estado de São Paulo reduziu imediatamente a alíquota incidente sobre os combustíveis ao mesmo patamar da tributação das mercadorias em geral, isto é, a 18%, sem qualquer comprometimento das atividades essenciais do Estado. E não subscreveu a ADI impetrada por outros Estados. É tudo uma questão de boa gestão financeira do Estado.

Estados que cometem desvios orçamentários e deixam de combater com eficiência a corrupção que causa rombo no orçamento anual é que estão com finanças abaladas, o que não é o caso de São Paulo, onde nenhum ex governador está sofrendo processos criminais por malversação de verba pública, ao contrário do que acontece, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, que continua mantendo a mais alta alíquota incidente sobre combustíveis, ou seja, 32% contra a média nacional de 25%.

Por fim, os governadores que ingressaram com a ADI, mesmo sabendo da decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade da legislação de Santa Catarina na parte que tributava a energia elétrica com alíquota de 25% contra a alíquota de 17% para mercadorias em geral, pedem à Corte Suprema que afaste a vigência da Lei Complementar que não permite a tributação inconstitucional dos bens essenciais. O que pedem, ao final de contas, é a permissão do STF para manterem as legislações estaduais inconstitucionais, invertendo a função daquela Alta Corte de Justiça do País que tem por missão exatamente zelar pelo respeito à Constituição. Estranhos tempos estamos vivendo!

LEI 14.365/2022: NOVAS CONQUISTAS PARA ADVOCACIA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre a Lei 14.365/2022 que traz novas conquistas para a advocacia. A supracitada lei trouxe mudanças no Estatuto da Advocacia e em vários códigos importantes: o Código de Processo Civil, o Código Penal e o Código de Processo Penal foram impactados.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 14.365/2022; Conquistas; Advocacia.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo hacer un estudio sucinto de la Ley 14.365/2022, que trae nuevos logros a la ley. La citada ley trajo cambios en el Estatuto de los Abogados y en varios códigos importantes: se impactaron el Código Procesal Civil, el Código Penal y el Código Procesal Penal.

PALABRAS CLAVE: Ley 14.365/2022; Logros; Abogacía.

ABSTRACT: This article aims to succinctly make a study of Law 14.365/2022, which brings new achievements to the law. The aforementioned law brought changes in the Lawyers Statute and in several important codes: the Civil Procedure Code, the Penal Code and the Criminal Procedure Code were impacted.

KEYWORDS: Law 14,365/2022; Achievements; Advocacy.

INTRODUÇÃO

A publicação da Lei 14.365/2022 em 02/06/2022, que atualizou o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), houve uma série de conquistas para a profissão. A primeira dessas vitórias se refere à atividade profissional. Advogadas e advogados, a partir da publicação do texto, em 3 de junho, podem atuar em processos administrativos.

A supracitada lei trouxe mudanças no Estatuto da Advocacia e em vários códigos importantes: o Código de Processo Civil, o Código Penal e o Código de Processo Penal foram impactados.

DESENVOLVIMENTO

Dentre as mudanças podemos destacar: as atividades de advogadas e advogados a atuação em processo administrativo e em processo legislativo e na produção de normas; O trabalho da advocacia pode ser prestado de forma verbal ou por escrito, independente de mandato ou formalização de contrato; A nova lei veda a colaboração premiada de advogada e advogado contra seus clientes; A nova lei assegura a competência exclusiva da OAB para fiscalizar o efetivo exercício profissional e o recebimento de honorários; O texto amplia a pena do crime de violação das prerrogativas do advogado para de 2 a 4 anos de detenção; Regulamenta a figura do advogado associado, assegurando a autonomia contratual interna dos escritórios de advocacia; Assegura o pagamento de honorários de acordo com o previsto pelo Código de Processo Civil, nos termos da decisão recente da Corte Especial do STJ; Amplia o direito à sustentação oral de advogadas e advogados; Garantia de destaque de honorários dos advogados e prevê as férias dos advogados na área penal, suspendendo os prazos processuais penais entre 20 de dezembro e 20 de janeiro.

As mudanças no Estatuto da Advocacia, Código de Processo Civil, Código Penal e o Código de Processo Penal:

Estatuto da Advocacia:

A novel lei altera o Estatuto em diversos pontos, porém sofreu vetos do presidente da República e alterações referentes a prerrogativas, honorários e férias dos advogados, entre outros temas.

Com relação à atuação profissional do Advogado, a norma dispõe que são atividades de advogados a atuação em processo administrativo e em processo legislativo, e na produção de normas, portanto, o texto passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 2º-A. No processo administrativo, o advogado contribui com a postulação de decisão favorável ao seu constituinte, e os seus atos constituem *múnus público*.”
(Nova Redação)

Como era antes:

*§ 2º—No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus público*.*

Foi incluído também um novo parágrafo no art. 2º, a norma dispõe que são atividades de advogados a atuação em processo administrativo e em processo legislativo, e na produção de normas:

“Art. 2º-A. O advogado pode contribuir com o processo legislativo e com a elaboração de normas jurídicas, no âmbito dos Poderes da República.”

Outro avanço importante feito no Estatuto, é que agora consta expressamente no art. 5º, parágrafo 4º, que o trabalho do advogado pode ser feito sem a formalização de um contrato, podendo ser prestado de forma verbal ou por escrito, conforme podemos observar abaixo transcrito:

§ 4º As atividades de consultoria e assessoria jurídicas podem ser exercidas de modo verbal ou por escrito, a critério do advogado e do cliente, e independem de outorga de mandato ou de formalização por contrato de honorários.” (Nova Redação)

No tópico dos Direitos do Advogado, agora segue com as seguintes atualizações:

Art. 6º ...

Parágrafo único. As autoridades e os servidores públicos dos Poderes da República, os serventuários da Justiça e os membros do Ministério Público devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho, **preservando e resguardando, de ofício, a imagem, a reputação e a integridade do advogado nos termos desta Lei.** (última parte acrescentada pela lei 14.365/22)

Art. 7º São direitos do advogado:

IX-A - (VETADO);

X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer tribunal judicial ou administrativo, órgão de deliberação coletiva da administração pública ou comissão parlamentar de inquérito, mediante intervenção pontual e sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, a documentos ou a afirmações que influam na decisão; (Nova redação)

Como era antes:

~~X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou~~

~~afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;~~

A lei revogou os seguintes dispositivos do artigo 7º:

~~§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos XV e XVI:~~

~~1) aos processos sob regime de segredo de justiça;~~

~~2) quando existirem nos autos documentos originais de difícil restauração ou ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição, reconhecida pela autoridade em despacho motivado, proferido de ofício, mediante representação ou a requerimento da parte interessada;~~

~~3) até o encerramento do processo, ao advogado que houver deixado de devolver os respectivos autos no prazo legal, e só o fizer depois de intimado.~~

~~§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.~~

E incluiu o seguinte em seu corpo:

§ 2º-B. Poderá o advogado realizar a sustentação oral no recurso interposto contra a decisão monocrática de relator que julgar o mérito ou não conhecer dos seguintes recursos ou ações:

I - recurso de apelação;

II - recurso ordinário;

III - recurso especial;

IV - recurso extraordinário;

V - embargos de divergência;

VI - ação rescisória, mandado de segurança, reclamação, habeas corpus e outras ações de competência originária.

§ 6º-D. No caso de inviabilidade técnica quanto à segregação da documentação, da mídia ou dos objetos não relacionados à investigação, em razão

da sua natureza ou volume, no momento da execução da decisão judicial de apreensão ou de retirada do material, a cadeia de custódia preservará o sigilo do seu conteúdo, assegurada a presença do representante da OAB, nos termos dos §§ 6º-F e 6º-G deste artigo. **(Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022)**

§ 6º-E. Na hipótese de inobservância do § 6º-D deste artigo pelo agente público responsável pelo cumprimento do mandado de busca e apreensão, o representante da OAB fará o relatório do fato ocorrido, com a inclusão dos nomes dos servidores, dará conhecimento à autoridade judiciária e o encaminhará à OAB para a elaboração de notícia-crime. (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022)

Ainda nas alterações do artigo 7º, temos a inclusão dos seguintes parágrafos:

§ 14. Cabe, privativamente, ao Conselho Federal da OAB, em processo disciplinar próprio, dispor, analisar e decidir sobre a prestação efetiva do serviço jurídico realizado pelo advogado.

§ 15. Cabe ao Conselho Federal da OAB dispor, analisar e decidir sobre os honorários advocatícios dos serviços jurídicos realizados pelo advogado, resguardado o sigilo, nos termos do Capítulo VI desta Lei, e observado o disposto no inciso XXXV do caput do art. 5º da Constituição Federal.

§ 16. É nulo, em qualquer esfera de responsabilização, o ato praticado com violação da competência privativa do Conselho Federal da OAB prevista no § 14 deste artigo.

Com relação às prerrogativas dos Advogados, **tivemos a inclusão do artigo 7-B, com uma ampliação na pena do crime de violação das prerrogativas do advogado para 2 a 4 anos de detenção;**

Como era antes:

~~Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.~~

Aos que exercem estágio, tivemos a inclusão de dois parágrafos no artigo 9º do Estatuto:

§ 5º Em caso de pandemia ou em outras situações excepcionais que impossibilitem as atividades presenciais, declaradas pelo poder público, o estágio profissional poderá ser realizado no regime de teletrabalho ou de trabalho a distância em sistema remoto ou não, por qualquer meio telemático, sem configurar vínculo de emprego a adoção de qualquer uma dessas modalidades.

§ 6º Se houver concessão, pela parte contratante ou conveniada, de equipamentos, sistemas e materiais ou reembolso de despesas de infraestrutura ou instalação, todos destinados a viabilizar a realização da atividade de estágio prevista no § 5º deste artigo, essa informação deverá constar, expressamente, do convênio de estágio e do termo de estágio.

Sobre a sociedade de advogados, destaca-se uma novidade: resta assegurada a competência exclusiva da OAB para fiscalizar o efetivo exercício profissional e o recebimento de honorários:

§ 10. Cabem ao Conselho Federal da OAB a fiscalização, o acompanhamento e a definição de parâmetros e de diretrizes da relação jurídica mantida entre advogados e sociedades de advogados ou entre escritório de advogados sócios e advogado associado, inclusive no que se refere ao cumprimento dos requisitos norteadores da associação sem vínculo empregatício autorizada expressamente neste artigo.

Código de Processo Civil:

Com relação aos honorários pelo CPC, fica assegurado o pagamento de honorários de acordo com o previsto pelo CPC, nos termos da decisão recente da Corte Especial do STJ;

§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, observado obrigatoriamente o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 6º-A, 8º, 8º-A, 9º e 10 do art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

E assegurado o direito aos destaques de honorários:

Art. 22-A. Fica permitida a dedução de honorários advocatícios contratuais dos valores acrescidos, a título de juros de mora, ao montante repassado aos Estados e aos Municípios na forma de precatórios, como complementação de fundos constitucionais.

Ainda com relação aos honorários, a lei traz a possibilidade de recebimento de honorários por indicação de clientes a colegas advogados e escritórios de advocacia;

§ 8º Consideram-se também honorários convencionados aqueles decorrentes da indicação de cliente entre advogados ou sociedade de advogados, aplicada a regra prevista no § 9º do art. 15 desta Lei.

Código de Processo Penal:

Houve acréscimo importante de um dispositivo no artigo 798 do CPP que garante as férias dos advogados na área Penal, suspendendo os prazos processuais penais entre 20 de dezembro e 20 de janeiro.

“Art. 798-A. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive, salvo nos seguintes casos:

I - que envolvam réus presos, nos processos vinculados a essas prisões;

II - nos procedimentos regidos pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha);

III - nas medidas consideradas urgentes, mediante despacho fundamentado do juízo competente.

Parágrafo único. Durante o período a que se refere o caput deste artigo, fica vedada a realização de audiências e de sessões de julgamento, salvo nas hipóteses dos incisos I, II e III do caput deste artigo.”

Código Penal:

A lei proíbe a delação premiada do advogado contra quem seja ou tenha sido seu cliente:

§ 6º-I. É vedado ao advogado efetuar colaboração premiada contra quem seja ou tenha sido seu cliente, e a inobservância disso importará em processo disciplinar, que poderá culminar com a aplicação do disposto no inciso III do caput do art. 35 desta Lei (sanções de censura, suspensão, exclusão e multa), sem prejuízo das penas previstas no art. 154 do Código Penal (Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa).

CONCLUSÃO

A nova lei inclui disposições sobre a atividade privativa da advocacia, a fiscalização, a competência, as prerrogativas, as sociedades de advogados, o advogado associado, os honorários advocatícios, os limites de impedimentos ao exercício da advocacia e a suspensão de prazo no processo penal.

Garante à OAB a competência exclusiva na fiscalização do destaque e recebimento dos honorários advocatícios, fortalece a advocacia, o cidadão e cumpre a Constituição Federal quando estabelece que o advogado é indispensável é essencial à Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em: 14 de junho 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em: 14 de junho 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.365, de 2 de junho de 2022**. Altera as Leis nºs 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), e 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para incluir disposições sobre a atividade privativa de advogado, a fiscalização, a competência, as prerrogativas, as sociedades de advogados, o advogado associado, os honorários advocatícios, os limites de impedimentos ao exercício da advocacia e a suspensão de prazo no processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/Lei/L14365.htm>. Acessado em: 14 de junho 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em: 14 de junho 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acessado em: 14 de junho 2022.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO AO FETHAB – A SUPOSTA FACULTATIVIDADE DA OBRIGAÇÃO NO ESTADO DO MATO GROSSO

RAFAEL LUIZ DA SILVA BALTAZAR:

Contador, Esp. em Direito Tributário – IBET, Bacharel em Direito - CESUSC. Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar a contribuição do Fundo Estadual de Transporte e Habitação de Interesse Social do Estado do Mato Grosso (FETHAB). Parte-se da problemática que o Estado do Mato Grosso, sobre a contribuição, afirma que esta não é compulsória, todavia, conforme disposto no art. 11, do Decreto-Legislativo nº 1.261, 30 de Março de 2000, o não pagamento da contribuição imputa ao sujeito passivo a perda do benefício do diferimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e do regime especial de recolhimento mensal do ICMS. Dessa forma, questiona-se acerca da natureza jurídica dessa exação, se ela é facultativa ou não. Referente a metodologia, parte-se da abordagem indutiva e do método de procedimento monográfico, tendo sido utilizadas a técnica de pesquisa bibliográfica, com pesquisa em legislação, jurisprudência e doutrina (artigos e livros). Nesse sentido, o trabalho será dividido em uma breve síntese do histórico do FETHAB, Política Estadual de Interesse Social, no Estado do Mato Grosso ao demonstrar-se-á o tributo, a "contribuição" à conta do Fundo, sua gênese, como também sua finalidade, suas fontes de receitas e de que forma estas serão utilizadas, sua natureza jurídica. Posteriormente, o dispositivo jurídico ao lume do princípio da legalidade no direito tributário, posteriormente o que são diferimento e regime especial dentro do ICMS. E por fim, a condição imposta ao produtor rural frente à Legislação do Estado do Mato Grosso. Em sede de conclusão, ao apreciar as observações adequadas e chegar-se ao ápice deste objeto científico, afirmar-se-á categoricamente a inconstitucionalidade da contribuição como condição apresentada ao sujeito passivo da obrigação, por se entender como imposto com acréscimo, se trata efetivamente de uma nova exação tributária.

Palavras-chave: Contribuição - FETHAB. Constitucionalidade. Fundos Regionais.

Abstract: O present study item for the purpose of analyzing the contribution of the State Fund for Transportation and Housing of Social Interest of the State of Mato Grosso (FETHAB). Part-there is a problem that the State of Mato Grosso, regarding a contribution, affirms that this is not compulsory, still, according to disposition no art. 11, Legislative Decree No. 1,261, March 30, 2000, or no payment of the contribution imputed to the passive subject to loss of benefit from the deferral of the Circulation of Goods and Services Tax (ICMS) and the special regime of monthly collection of ICMS. This form, questions-

approaches the legal nature of the *exação*, is ela é facultative or não. Regarding methodology, part-is given an inductive approach to the monographic procedure method, having been used to the bibliographic research technique, as a research in legislation, jurisprudence and *doutrina* (articles and books). Sense, or work will be divided into a brief summary of the historical do FETHAB, State Policy of Social Interest, not State of Mato Grosso to demonstrate-se-á or tribute, to "contribution" to the Fund, its genesis, as well as its purpose, its sources of recipes and in what way these will be used, its legal nature. Subsequently, or legal device at the beginning of the principle of non-direct taxation, later or that is deferred to the special regime within the ICMS. And finally, to the condition imposed on the rural producer in front of the Lex of State of Mato Grosso. At the conclusion, to appreciate the appropriate observations and check the apex of this scientific object, to affirm categorically as unconstitutional. Contribution as a condition presented to the passive subject of the obligation, as it is understood as an additional tax, it is effectively a new tax levy.

Keywords: Contribution- FETHAB. Constitutionality. Regional Funds.

1 INTRODUÇÃO

O Mato Grosso, é o maior produtor nacional de cereais, leguminosas e oleaginosas, com 67,5 milhões de toneladas (Conab, 2019), o que corresponde a 28% de toda a produção brasileira. Juntos, a soja, com 32,4 milhões de toneladas, e o milho, com 31,3 milhões de toneladas, respondem por mais de 90% desse total da produção. Estas duas culturas, utilizaram uma área de mais de 15 milhões de hectares na safra 2019/2020. Mato Grosso lidera ainda a produção de carne bovina, com 1,2 milhão de toneladas (IMEA, 2018) e tem participação relevante na produção de cana-de-açúcar e algodão. Estes dados contribuem para esta unidade da federação, atualmente, ser o maior exportador do agronegócio nacional, tendo atingido a marca de US\$ 16,6 bilhões exportados em 2019 (MDIC, 2019), respondendo por 17,3% do total nacional., conforme levantamento do (Instituto PCI), criado em 27 de fevereiro de 2019, o Decreto nº. 46 do Governo do Estado de Mato Grosso estabelece em seu Art. 1º que a Estratégia: Produzir, Conservar e Incluir, conduzida no âmbito da Administração Pública estadual pela Casa Civil.

Para dar vazão a esta produção e distribuição de grãos, se faz necessária a existência de estradas adequadas e que tenham qualidade. Em levantamento realizado pela Confederação Nacional de Transporte (CNT, 2019) de Rodovias afirma-se que:"a qualidade das rodovias brasileiras piorou no último ano [...] está pior a situação do pavimento (52,4% com problema), da sinalização (48,1%) e da geometria da via (76,3%)".

A dificuldade é evidente para escoar a produção, o governo do Estado do Mato Grosso para alavancar instrumentos frente à escassez dos recursos públicos para investimentos pela ausência de estrutura e a má gerência dos recursos existentes, implementou o Fundo Estadual de Transporte e Habitação de Interesse Social (FETHAB).

O projeto de lei do FETHAB teve sua motivação a partir da alavancagem do potencial produtivo do Estado e da fragilidade de sua malha viária. Este fundo tem característica especial e pode prosperar, desde que expressos em lei complementar, demarcados em sede de lei orçamentária anual e com condições delimitadas. Sua finalidade é angariar financiamento para planejar e executar projetos com cunho avaliativo e de assistência às obras e serviços, para trazer recursos para o desenvolvimento do sistema de transporte, com obras para a esfera rodoviária e de habitação do ente federativo (BRASIL, 2000).

Avança-se ao intróito e passa-se para um dos pontos do estudo, onde os tributos vêm revestidos com a denominação de instituto jurídico e tem como fundamento basilar para a descrição deste escrito. Tributo, nos dizeres de Roque Antonio Carrazza (2017), entre nós, é o perfeito conhecimento das espécies e subespécies, não é apenas uma exigência acadêmica, mas é fundamental, porque vai permitir que o contribuinte averigüe se está sendo tributado de modo correto, pela pessoa política competente, nos termos da Constituição.

Por esta vereda, importa-se lembrar a importância da classificação jurídica, Roque Carrazza (2017. p. 460) ensina que: "deverá se levar em conta o dado jurídico por excelência: *a norma jurídica*." Tal depuração deste instituto terá como estrutura precípua para o desenvolvimento dessa temática, pois o tributo, como em comentário anterior não deve vir mascarado, como o de uma "fantasia" tributária, a criação do fundo estadual para que o Estado abarque novas receitas em detrimento de olvidar e claudicar princípios constitucionais tributários de primeira ordem como os: da legalidade, da isonomia, lealdade federativa e assim adiante, se parece com a criação de um castelo de areia, salvo melhor juízo.

Tendo em vista a relevância do conceito de tributo, será abordado seguir.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O CONCEITO DE TRIBUTO

A concepção de tributo encontra-se no Art. 3º do Código Tributário Nacional: “Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, **instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.**” (BRASIL, 1966, p. 1, grifo nosso).

São vários os enunciados que pode-se extrair do conceito de tributo, através da conotação e denotação, pelo qual poderia-se desenvolver propriedades ou elementos da teoria das classes, ao definir-se - palavras e a frases, precisamente no *definiendum* e no *definiens*, que são relevantes para a classificação e por elemento principal à definição da sua natureza. A significação do art. 3º, do Código Tributário Nacional (CTN), deriva do seio do Texto Maior, como prestação (obrigação) em dinheiro e de índole forçada, determinado por lei, por ato lícito, tendo como sujeito ativo, mormente o estado e/ou indivíduo encarregado, desde que sejam observadas as fronteiras da Constituição Federal.

A legalidade do tributo tem em sua constituição um dever *ex lege*, não há tributo sem lei que o institua (BRASIL, 1988a). É nele que carece constar todos os elementos fundamentais de sua fundação, sob pena do legislador agir maliciosamente (de forma discricionária) e determinar empreendimento diverso da sua finalidade. Quando um tributo está posto em lei, tecnicamente correta, a base de cálculo determina o retorno ao fato descrito na hipótese de incidência. Portanto, o fato medido na base de cálculo deverá ser o mesmo posto na hipótese (BALEEIRO, 2001. p. 65).

Ainda, no mesmo caminho, o tributo é constituído tão e somente por lei, isto vem determinado na Constituição já que qualquer outro modo de instituição do tributo encontra relevo inconstitucional. Por certo, o tributo reduz o patrimônio do sujeito passivo, respeitando-se os limites de não confisco.

Paulo de Barros de Carvalho (2015. p. 417-418) afirma categoricamente que

[...] "tributo" é nome de uma classe de objetos conceptualmente pelo direito positivo. Trata-se de palavra ambígua que pode denotar conjuntos de identidades (relação jurídica, direito subjetivo, dever jurídico, quantia em dinheiro, norma jurídica e, como prefere o Código Tributário Nacional, a relação jurídica, o fato e a norma que juridiciza o fato).

Para Aliomar Baleeiro (2001. p. 62), o CTN adotou a teoria segundo a qual tributos se caracterizam pelo caráter compulsório, e para distinguí-los das multas e penalidades,

inseriu a cláusula “que não constitua sanção de ato ilícito”. Não são tributos, quer do ponto de vista teórico, quer do jurídico, no Brasil, as prestações de caráter contratual, como os “preços” (quase privados, públicos e políticos).

Importante destacar a compulsoriedade do tributo, este é uma prestação compulsória, e assim instruí Luís Eduardo Schoueri (2021, p. 158), que o tributo não é pago por um ato de vontade, mas em estrito cumprimento de uma determinação legal. Já se disse, jocosamente, que se o imposto fosse voluntário, então ele mudaria de nome: de “imposto” para “voluntário”. É nesse sentido que se deve compreender da natureza compulsória do tributo: ***não se deve questionar seu mérito***. Uma vez, surgida a obrigação, ao contribuinte não resta outra opção, senão cumprir sua obrigação e o Fisco, por lado, deve recebê-la. Não é assim com o tributo. Sua prestação compulsória independe do elemento vontade, desde que tenha ocorrido o fato jurídico tributário. O devedor não paga porque quis se obrigar; sua dívida surge de elementos objetivos, exclusivamente. O elemento da compulsoriedade, como acima ressaltado, é relevante para distinguir as taxas de preços públicos já que, mais uma vez se menciona, estes decorrem de um ato de vontade do contribuinte (vontade de contratar).

Não acata-se de todo as lições do doutrinador, pois, discorda-se quando a natureza compulsória, não deve ter seu mérito discutido. Ora, como não, simplesmente aceita-se e não se discute o mérito, esquece-se as materialidades (instituição e criação do tributo) e as competências tributárias, máxima vênia - discorda-se.

Sobre os impostos, Alberto Deodato (1949, p. 147) defende que estes têm funções sociais, políticas e econômicas desde sua origem. Suas interpretações refletem o amparo da agnição e exame da extrafiscalidade (estas vão além do simples fato de arrecadar o tributo) ao erigir que os impostos

[...] devem ser produtivos, elásticos, compatíveis com a renda nacional, fiéis aos ideais de justiça, previstos nos seus efeitos econômicos, flexíveis às mutações do futuro, úteis como instrumentos de governo e de sobrepor à finalidade arrecadatária também destacam que a doutrina brasileira foi reconhecendo, a partir do final do século XX, a política.

Sobre a classificação dos tributos, extrai-se do artigo 145º da Carta Maior, e também no artigo 5º, do mesmo texto, a determinação de que os entes, como: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, podem instaurar os impostos, as taxas e as contribuições de

melhoria, denominada teoria tripartite, seguidas por Roque Antonio Carrazza (2017) e Paulo de Barros Carvalho (2019), que de modo consoante adere-se. Porém, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988a) e outra parte da doutrina adotou a teoria quinquipartite, classificando-se os tributos em: Impostos, Taxas, Contribuições de Melhoria, Empréstimos Compulsórios e Contribuições, onde, incluem-se os artigos 148, 149 e 149-A do Texto Constitucional.

Uma melhor definição de que se trata o instituto é feita por Helena Regina Costa (2021, p. 9): "tributos constitucionalmente qualificados por suas finalidades.". Sobre o imposto e a sua causalidade, ou seja, qual o fundamento do tributo, escreveu sobre o assunto Dino Jarach (1982) lembrando que: o fato imponible (fato jurídico tributário) deste abarca a sua capacidade contributiva, a contraprestação de um serviço administrativo; a contribuição, vantagem econômica auferida pelo particular, em razão de obra pública ou de um gasto a que este esteja submetido. Ainda, e por fim, nessa seara, frente a característica jurídica do tributo, no art. 4º, do CTN, é definido pelo fato imponible da obrigação a que pertence, não tendo-se relevância para qualificar.

Necessário agora cindir o tributo em suas espécies tributárias, o que se fará imediatamente adotando-se às compreensões certificadas, por Roque Antonio Carrazza (2021, p. 461): (i) **Impostos** - O autor supra faz um parêntese, para frisar que não considera imposto uma decorrência do poder de império ou da soberania da entidade tributante, mas sim porque são dados pré-constitucionais. É modalidade de tributo que por hipótese de incidência um fato qualquer, não consistente numa atuação estatal; (ii) **Taxa** - é uma obrigação *ex lege* que nasce da realização de uma atividade estatal relacionada, de modo específico, ao contribuinte, embora muitas vezes por ele não requerida ou, até mesmo, sendo para ele desvantajosa; (iii) **Contribuição de Melhoria** - é o tipo de tributo que tem por hipótese de incidência uma atuação estatal vinculada indiretamente ao contribuinte (ATALIBA *apud* CARRAZZA, 2021) ; (iv) **Empréstimos Compulsórios** - é tributo e deve obedecer ao regime jurídico tributário. Sendo um tributo restituível, devendo-se tratá-lo sempre assim; (v) **Contribuições** - é um tributo que deve obedecer, e, como tal, deve-se submeter-se à todas diretivas constitucionais que informam e condicionam a ação de tributar. Positivamente, parafiscalidade não é uma palavra mágica, capaz de autorizar o arbítrio fiscal."

Paulo de Barros Carvalho (2019, p. 65, grifo nosso), destrincha o que é tributo:

a) Tributo é uma prestação pecuniária compulsória

Prestação pecuniária compulsória quer dizer o comportamento obrigatório de uma prestação em dinheiro, afastando-se, de plano, qualquer cogitação inerente às prestações voluntárias (que receberiam o influxo de outro modal — o “permitido”). Por decorrência, independem da vontade do sujeito passivo, que deve efetivá-la, ainda que contra seu interesse. Concretizado o fato previsto na norma jurídica, nasce, automática e infalivelmente, o elo mediante o qual alguém ficará adstrito ao comportamento obrigatório de uma prestação pecuniária.

b) Em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir

A linguagem natural de que falamos fica bem evidenciada nessa estipulação, prescindível e redundante, em que o político, despreocupado com o rigor, comete dois erros grosseiros: primeiro, ao repetir o caráter pecuniário da prestação. Se já dissesse que se trata de uma prestação pecuniária, para que insistir com a locução “em moeda”? Segundo, ao agregar a cláusula “ou cujo valor nela se possa exprimir”, pois com isso ampliou exageradamente o âmbito das prestações tributárias. Note-se que quase todos os bens são suscetíveis de avaliação pecuniária, principalmente o trabalho humano que ganharia a possibilidade jurídica de formar o substrato de relação de natureza fiscal. Com base nessa premissa, alguns entenderam que o serviço militar, o trabalho nas mesas eleitorais e aquele desempenhado pelos jurados realizariam o conceito de tributo, já que satisfazem às demais condições postas pelo citado preceito.

c) Que não constitua sanção de ato ilícito

Traço sumamente relevante para a compreensão de “tributo” está objetivado nessa frase, em que se determina a feição de licitude para o fato que desencadeia o nascimento da obrigação tributária. Foi oportuna a lembrança, uma vez que os acontecimentos ilícitos vêm sempre atrelados a uma providência sancionatória e, fixando o caráter lícito do evento, separa-se, com nitidez, a relação jurídica do tributo da relação jurídica atinente às penalidades exigidas pelo descumprimento de deveres tributários. Como são idênticos os vínculos, isoladamente observados, é pela associação ao fato que lhe deu origem que vamos conhecer a índole da relação.

d) Instituída em lei

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, é o cânone da legalidade, inscrito peremptoriamente no art. 5º, II, da Constituição Federal. E reiterando o mandamento, agora com foros de especialização, voltou o constituinte a ferir o assunto, enunciando no art. 150, I, ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, instituir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (princípio da estrita legalidade). Ao mencionar instituída em lei, de certo que se pretendeu afastar as chamadas obrigações convencionais, que teriam fulcro, invariavelmente, numa convergência de vontades. Com isso, entretanto, abraça o legislador do Código Tributário a clássica divisão das obrigações em ex lege e ex voluntate, consoante irrompam da lei ou da vontade das partes. Essa, aliás, é a explicação que encontramos frequentemente nas elaborações da doutrina e com ela não concordamos. O primado da legalidade, que se irradia por todos os segmentos da ordem jurídica brasileira, alcança qualquer comportamento obrigatório, comissivo ou omis-sivo. E, se por acaso não fosse suficiente, haveria ainda o princípio específico, dirigido diretamente ao campo dos tributos. Sendo assim, não se há de imaginar obrigações, no direito brasileiro, que não sejam ex lege. Algumas requerem, de fato, a presença do elemento “vontade” na configuração típica do acontecimento, enquanto outras não. Entre as derradeiras estão os liames jurídico-tributários.

e) E cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada

É a última condição estatuída pelo legislador com o escopo de definir “tributo”. Devemos entendê-la sem o exagero que deflui do texto. Se é verdade que atos importantes do procedimento de arrecadação tributária pertencem à classe dos vinculados, outros muitos existem, dentro da mesma atividade, em que o administrador está autorizado, pela lei, a integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, operando com critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Ante a divisão realizada do tributo, no art. 3º do CTN, por Paulo de Barros Carvalho, conceituadas as cinco espécies tributárias admitidas, é preciso ir adiante para definir se está diante de uma contribuição fictícia ou de verdadeiro tributo criado pelo fundo estadual. A espécie tributária compreendida se verá adiante. A seguir, irá demonstrar o que é a "contribuição" do FETHAB, suas receitas e em especial o átimo da sua cobrança.

2.2 A "CONTRIBUIÇÃO" À CONTA DO FETHAB

Em breve síntese, o primeiro nome do Fundo até chegar ao FETHAB, denominou-se Fundo Rodoviário Estadual, e fora instituído quando se tinha como gestor do Estado do Mato Grosso do Sul, o Governador Dante M. de Oliveira, com a instituição da Lei nº. 6.999/97 para reestruturar e modernizar o sistema rodoviário (antigo Fundo Rodoviário Estadual). A posteriori, com o advento da Lei nº. 7.263 de 27 de março de 2000; com nova alteração pela Lei nº. 8.277 de 30 de dezembro de 2004 e, seu aperfeiçoamento final com a Lei nº 10.353 de 23 de dezembro de 2015. Não se deve delongar nessa parte, pois, busca-se outro objeto para esta pesquisa.

O Fundo Estadual de Transporte e Habitação, foi criado pela Lei nº 7.882 de 30 de dezembro de 2002, com o objetivo de financiar o planejamento, execução, acompanhamento, bem como a avaliação dos serviços nos setores de transporte e habitação em todo o Estado de Mato Grosso. A partir da introdução no sistema da Lei nº. 10.353/2015, com nova nomenclatura para o FETHAB, no ano de 2016, foi estatuído para o FETHAB – Conselho Diretor, pedido pretérito da sociedade e dos produtores. Tal ente consultivo é formado pelas Secretarias do Mato Grosso e de relevantes componentes associativos da economia do agronegócio, desenvolvendo-se com o dever de contribuir para com fundo, com a finalidade de realizar mais obras adiante (MATO GROSSO, 2021).

O FETHAB, por sua vez, é o único modelo de Fundo do país. O FETHAB é uma Política Estadual de Interesse Social do Estado do Mato Grosso ao produtor rural, compreendendo-se por certa espécie de fundo especial criado pelo ente federativo, criados em obediência aos dispositivos legais e constitucionais do estado determinados por lei orçamentária.

O FETHAB, como o imposto territorial rural, nunca foi protagonista da arrecadação de receitas pelo Estado brasileiro, ou seja, nunca foi relevante economicamente.

A extrafiscalidade de um tributo realizada nos apontamentos de Paulo de Barros Carvalho (2019) vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o

legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso. A essa forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatários, dá-se o nome de extrafiscalidade.

Como asseverado no item anterior, diz-se que um tributo possui função extrafiscal quando seu objetivo visa estimular mudanças nas regulações comerciais e nas decisões econômicas tomadas pelo contribuinte. Este situa-se em oposição aos tributos com função fiscal, que visam gerar receitas ao erário, independente de vinculação (MATO GROSSO, 2021).

Suas receitas advêm de repasses do Orçamento Estadual, recursos de convênios entre os entes Federal e Estadual, outra contribuições com finalidades determinadas, realizadas por doações de pessoas físicas, jurídicas, financiamentos internacionais, rendas e outras receitas relacionadas a produção de algodão, soja, na agropecuária com atividade bovina e exploração de combustíveis e gás natural.

E conforme art. 5º, passaram a constituir receitas do FETHAB:

Art. 5º Constituem receitas do FETHAB:

I - a arrecadação decorrente da aplicação do disposto nos incisos I, III e V do § 1º e nos §§ 1º-A e 1º-B do art. 7º, bem como nos arts. 7º-A, 7º-C, 7º-C-1, 7º-D, 7º-D-1, 7º-E, 7º-F, 7º-F-1, 7º-H, 7º-I e 12, excluídas as contribuições ao Instituto da Pecuária de Corte Mato-grossense - INPECMT, ao Instituto Mato-grossense do Algodão - IMAmt, ao Instituto Mato-grossense do Agronegócio - IAGRO, ao Instituto da Madeira do Estado de Mato Grosso - IMAD e ao Instituto Mato-grossense do Feijão, Pulses, Grãos Especiais e Irrigação - IMAFIR/MT, inclusive acréscimos legais; [...]

I - a arrecadação decorrente da aplicação do disposto nos incisos I, III e V do § 1º e nos §§ 1º-A e 1º-B do art. 7º, bem como nos arts. 7º-A, 7º-C, 7º-C-1, 7º-D, 7º-D-1, 7º-E, 7º-F, 7º-F-1, 7º-H, 7º-I e 12, excluídas as contribuições ao FABOV, ao IMAmt, ao IAGRO, ao Instituto da Madeira do Estado de Mato Grosso - IMAD e ao Instituto Mato-grossense do Feijão, Pulses, Grãos Especiais e Irrigação - IMAFIR/MT, inclusive acréscimos legais;

I - a arrecadação decorrente da aplicação do disposto nos incisos I, III, V, do § 1º e nos §§ 1º-A e 1º-B do art. 7º, bem como nos arts. 7º-A, 7º-C, 7º-C-1, 7º-D, 7º-D-1, 7º-E, 7º-F, 7º-F-1, 7º-H e 12, excluídas as contribuições ao FABOV, ao IMAmt, ao IAGRO e ao Centro das Indústrias Produtoras e Exportadoras de Madeira do Estado de Mato Grosso, inclusive acréscimos legais;

Redação anterior dada ao inciso I pela Lei 10.353/15

I - a arrecadação decorrente da aplicação do disposto nos incisos I, III e V do Art. 7º, nos Arts. 7º-A, 7º-C, 7º-C-1, 7º-D, 7º-F e 7º-F-1, excluídas as contribuições ao IMAmt, ao FABOV, ao FACS e ao FAMAD, e nos Arts. 7º-E, 7º-H e 12, inclusive acréscimos legais.

Redação anterior dada ao inciso I pela Lei 9.066/08.

I - a arrecadação decorrente da aplicação do disposto nos Arts. 7º, I e III, 7º-A, com exceção da contribuição destinada ao IMAmt, 7º-C, com exceção da contribuição destinada ao FABOV, 7º-D, com exceção da contribuição destinada ao FACS, 7º-F, com exceção da contribuição destinada ao FAMAD, 7º-G e 12, desta lei, inclusive acréscimos legais cabíveis.

Redação anterior dada ao inciso I pela Lei 8.960/08.

I – a arrecadação decorrente da aplicação do disposto nos Arts. 7º, I e III, 7º-A, 7º-C, com exceção da contribuição destinada ao FABOV, 7º-D, com exceção da contribuição destinada ao FACS, 7º-F, com exceção da contribuição destinada ao FAMAD, 7º-G e 12, desta lei, inclusive acréscimos legais cabíveis.

Redação anterior dada pela Lei 8.745/07.

I – a arrecadação decorrente da aplicação do disposto nos Arts. 7º, I e III, 7º-A, 7º-C, com exceção da contribuição destinada ao FABOV, 7º-D, com exceção da contribuição destinada ao FACS, 7º-F, com exceção da contribuição destinada ao FAMAD, e 12, desta lei, inclusive acréscimos legais cabíveis.

Redação anterior dada pela Lei 8.549/06.

I - a arrecadação decorrente da aplicação do disposto nos arts. 7º, I e III, 7º-A, 7º-C, com exceção da contribuição destinada ao FABOV, 7º-D, com exceção da contribuição destinada ao FACS, e 12, desta lei, inclusive acréscimos legais cabíveis; Redação anterior dada pela Lei 8.432/05.

I – a arrecadação decorrente da aplicação do disposto nos arts. 7º, 7º-A, 7º-C, 7º-D e 12, desta lei, inclusive acréscimos legais cabíveis.

Redação original.

I - a arrecadação decorrente da aplicação do disposto nos artigos 7º e 12 desta lei, inclusive acréscimos legais cabíveis;

II - transferências à conta do Orçamento do Estado; III - recursos decorrentes de convênios firmados com o governo Federal para aplicação em rodovias e habitação;

IV - contribuições e doações de pessoas jurídicas de direito público e privado, para fins específicos;

V - contribuições, doações e convênios de financiamentos efetuados por organismos internacionais de cooperação para aplicação no Sistema de Transporte e Habitação; (Nova redação dada pela Lei 7.292/00, efeitos a partir de 28/06/00) (MATO GROSSO, 2000, p. 1, grifo nosso).

A hipótese de incidência por Geraldo Ataliba (2016, p. 58) é primeiramente um fato: é formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei de um fato. Vamos ao próximo ponto do estudo quando se trará o conceito de FETHAB. O momento da sua exigência é determinada pela legislação infraconstitucional, quando se teve que adequar normativamente os dispositivos, assim dispostos: os artigos 1º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 10.818, de 28 de janeiro de 2019, por força dos quais são conferidas alterações na Lei nº 7.263, de 27 de março de 2000, que cria o fundo de Transporte e Habitação - FETHAB, no seus arts. 10 e 12, a seguinte dicção in verbis respectivamente:

Art.10. Fica acrescentado o **Art. 7º - C-I**, caput e parágrafo único, à Lei nº 7.263/2000, com a seguinte redação: "Art. **7º-C-I** Os contribuintes mato-grossenses que promoverem **saídas interestaduais de soja em grão, inclusive destinada à exportação, efetuarão a contribuição à conta do FETHAB** e do FACS, na forma

e prazos, do regulamento, no valor correspondente ao referenciado no art. 7, § 1º, incisos I e II, por tonelada de soja transportada."

"Art. 12. Art. 12 O contribuinte mato-grossense interessado em promover operações com soja, **ao abrigo do diferimento do ICMS previsto na legislação tributária estadual**, ainda que destinadas à exportação, respeitadas as demais exigências para a fruição do benefício, deverá recolher, antes de iniciada a saída, a contribuição ao FETHAB e ao IAGRO de que tratam a alínea *a* do inciso I e o inciso II do § 1º do artigo 10 (MATO GROSSO, 2019, p. 1, grifo nosso).

A escolha do contribuinte pelo legislador, é de suma relevância, para uma imposição extrafiscal e para Alfredo Augusto Becker (1998, p. 280), este tem o dever jurídico de escolher como sujeito passivo da obrigação tributária:

a) aquela pessoa de cuja renda ou capital, acima do mínimo indispensável, a hipótese de incidência é fato signo presuntivo; b) Qualquer outra pessoa substituto legal tributário), desde que lhe outorgue o direito de reembolso ou retenção do tributo contra o substituído (contra aquela pessoa de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato signo-presuntivo.

Noutro modo e quanto a responsabilidade do legislador ao erigir os impostos, Regina Helena Costa (1996, p. 52) oferece a razão da imprescindível diligência aos impostos: "É assim porque nos impostos o sujeito passivo realiza comportamento indicador de riqueza que não foi, de nenhuma maneira, provocada ou proporcionada pelo Poder Público. Tal riqueza, portanto, é a única diretriz que pode ser seguida pela tributação não vinculada a uma atuação estatal."

Nessa mesma toada, Ricardo Lobo Torres (1999, p. 4) diz que é este: "o preço da liberdade", pois serve de instrumento para distanciar o homem do estado, permitindo-lhe desenvolver plenamente as suas potencialidades no espaço público, sem necessidade de qualquer prestação permanente ao Leviatã. Por outro lado, é o preço da proteção do Estado consubstanciada em bens e serviços públicos, de tal forma que ninguém deve ser privado de uma parcela de sua liberdade sem a contrapartida de sua liberdade estatal.

O ente federativo compreendeu que se faria uma transformação legislativa e de acréscimos de arrecadação com a instituição da lei com data da virada do século, porém, esta composição pensada pelo legislador não produziu os efeitos necessários para

equalizar o potencial de escoamento da produção. Imperiosa a persistência do ser legiferante em produzir as mutações legislativas, inclusive por meio de decretos legislativos, para alcançar o terreno fértil do aumento da arrecadação, e por efeito reflexo a melhora da infraestrutura desejada, tais alterações por hora, tiveram como sua última modificação legislativa, a Lei n.º 11.301 de 28 de janeiro de 2021, por decreto.

Diante de tamanhas alterações legislativas, custa-se, e é difícil de se fazer uma interpretação sistemática e rigorosa da contribuição do Fundo tratado, porém, se desempenhará luta hercúlea para desbravar nos próximos itens, para elucidar o que se desentranha. Por essa via, não pode o ente federativo, com a intenção de gerar receitas alargar suas competências, criar adições ou mesmo criar imposto cuja base de cálculo já exista e, que não permeiam e que não são factíveis à percepção da Lei Maior.

Nunca é demais insistir que a Constituição Federal, para maior garantia e segurança dos contribuintes, indicou nortes e limites para tributação, retirando-se do legislador (Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal) a possibilidade de livremente definir o alcance das normas jurídicas tributárias (normas que criam *in abstracto* tributos) (CARRAZZA, 2009, p. 31).

As pessoas políticas dotadas de domínio tributário, ao erigirem tributo *in abstracto*, estas não podem abalroar com os primados da Leis das Leis, que tem seus fundamentos já abordados nos direitos de 1ª geração – propriedade e liberdade do sujeito passivo. Este último se sente acolhido em suas mínimas proteções, desde que observadas as regras do arquétipo constitucional.

Vale rememorar, que no fundamento inicial do FETHAB, havia-se uma condição para o diferimento do produto agrícola ao recolhimento de contribuições a fundos especiais, com verossimilhança ao Fundo de Desenvolvimento do Sistema Rodoviário de Mato Grosso (FUNDERSUL) - contribuição imposta no mesmo ente federativo. Portanto, não fica presente a voluntariedade do sistema, logo, a característica eminente de vontade do contribuinte é afastada novamente de pronto.

Diante do que se perseverou até agora, qual será a natureza jurídica da “contribuição” ao FETHAB? É o que se verá no item seguinte, porque é a lei que deve transmitir ao intérprete.

2.3 AFINAL, QUAL A NATUREZA JURÍDICA DA “CONTRIBUIÇÃO” À CONTA DO FETHAB?

Passaremos a estabelecer qual a natureza jurídica da contribuição do fundo criado pelo Estado do Mato Grosso do Sul.

Já se apresentou no item 1, o conceito de tributo e suas espécies tributárias, consignando-se que tributo é o que está acostado no art. 3º, do CTN; assim, no item 2, mostrou-se o que é o FETHAB, suas receitas, sua hipótese de incidência de acordo com a norma legislativa, e neste ponto fica evidente o uso da palavra "contribuição", que merece uma reflexão profunda.

Quer dizer, a partir de uma primeira leitura sem maiores particularidades, encontram-se problemas de caráter semântico¹ nas normas construídas por seu instituinte.

Em longo estudo sobre a linguagem no Direito e no entendimento de Paulo de Barros Carvalho (2015, p.143) ele pontua, sem que se possa irrefutar:

sabemos que o legislador emprega muitas vezes, a linguagem informativa ou expressiva, como forma de veicular suas mensagens. A despeito disso, sua linguagem mantém, invariavelmente, uma função diretiva ou prescritiva, dobrando-se para o contexto social e nele atuando para tecer a disciplina da conduta entre as pessoas.

Ou seja, a dicção enunciada pelo legislador, efetivamente não é correta.

É a partir da natureza jurídica do tributo, que o intérprete pode apreciar através do método sistemático podendo-se definir a espécie tributária em questão. Pois bem, meras interpretações (irrealidades) jurídicas, não transmutam o que é imposto em simples "contribuição", o sistema tributário foi criado para preservar e garantir ao contribuinte segurança e a estabilidade das relações, este tem entre outras peculiaridades, seus pesos e medidas a serem estimados.

Referente à "contribuição" do FETHAB, encontrará sua natureza jurídica, descrevendo-se sua constituição, cobrança e moldando-se seu caráter extrafiscal. Lembra-se das inúmeras transformações e evoluções legislativas, que não pode o legislador infraconstitucional inadmitir a fonte formal para que se afigure o recurso.

Helena Taveira Torres (2020, p. 1), lembra a respeito do tema:

¹ Estudo sincrônico ou diacrônico da significação como parte dos sistemas das línguas naturais.

A fundamentação do FETHAB e das respectivas contribuições sempre esteve adstrita à finalidade de buscar fontes complementares de recursos – ancorados na legislação do ICMS – para financiar o planejamento, execução acompanhamento e avaliação de obras e serviços de transportes e habitação em todo o território mato-grossense.

Sobre o ICMS, descrever-se-á mais adiante sobre o seu instituto, sua competência tributária e seus limites constitucionais. Por óbvio, tendo-se por centro do artigo a obrigatoriedade da exação fiscal, vale lembrar que o Estado de Mato Grosso compreende que a respectiva "contribuição" realizada pelo contribuinte é facultativa ou é obrigatória para que se obtenha a possibilidade de

Do Códex tributário retira-se com arte ilustrada e de modo peremptório que a denominação e as demais características do tributo, independe de denominação legal, veja-se a literalidade do art. 4º:

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a **denominação e demais características formais** adotadas pela lei;

II - a **destinação legal** do produto da sua **arrecadação**." (BRASIL, 1966, p. 1, grifo nosso).

Doutro modo, Roque Antonio Carrazza (2020, p. 366) diz que:

o ICMS é um imposto neutro (Princípio da Neutralidade), graças a esta característica, que lhe é estampada pela não cumulatividade – O ÔNUS Econômico É SEMPRE O MESMO, NÃO IMPORTANDO O NÚMERO DE Operações TANTO COM MERCADORIA OU Prestação DE SERVIÇO.

Porquanto se tenha anotado no art. 155, § 2º, I e II, da Carta Maior, de forma explícita, está assegurado ao contribuinte que em cada operação mercantil ou pela prestação de serviço, ficando-se proibido adicionar o Imposto sobre Circulação de mercadoria no conseqüente quantitativo da RMIT, ou seja, não se está preservando o princípio da não cumulatividade.

Por esse caminho, é preciso que se defina o que são contribuições, Aliomar Baleeiro (2001, p. 70) leciona sobre contribuições que:

Doutrinariamente, pode sustentar-se, e no Brasil tem sido sustentado, que as chamadas "contribuições especiais" e "contribuições parafiscais" não assumem caráter específico: ora, são impostos, ora taxas, não sendo impossível a consociação destas com aqueles. Distinguir-se-ão apenas pela delegação do poder fiscal a entidades criadas pelo poder tributante, assim com a destinação das respectivas receitas à manutenção de tais entidades públicas ou semipúblicas (Baleeiro, Introdução à Ciência das Finanças, cit. 8ª ed., pp. 282-288; Silvio Faria, Parafiscalidade, 1955, Buys Barros. Ensaio s/ Parafiscalidade, 1956; Ulhôa canto, "Aspetti giuridico-constituzionale della Parafiscalita nel Brasile", no AF, 1956, vol. 5º, p.36, segs.Giuliani Fonrouge, Acerca de *la llamada "Parafiscalidad"* (*La Ley, Buenos Aires*, 04.05.1967), que focaliza o Direito e a doutrina no Brasil).

O mesmo doutrinador adverte sobre as contribuições que:

A competência residual continua sendo privativa da União, na Constituição de 1988, para, mediante lei complementar, criar novos impostos, além daqueles que lhe são nominalmente concedidos no art. 153. Atente-se a premissa adotada por Baleeiro, que tal tributo não poderá ser cumulativo (características dos impostos plurifásicos, em cascata), nem tampouco ter fato gerador ou base de cálculo próprios daqueles discriminados na Constituição (BALEIRO, 2001, p. 206).

Frente este entendimento cheio de dubiedades, a discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, acolheu o FETHAB como constitucional, quando negado Agravo de Instrumento de relatoria do Min. Dias Toffoli, em decisão monocrática, quando apartou-se da espécie exacional, tendo-se o recolhimento da Contribuição por mero caráter volitivo do sujeito passivo, mantendo-se assim, o imposto de modo diferido. Cola-se a presente sentença do feito:

Decisão: Vistos, Trata-se de agravo de instrumento que objetiva destrancar recurso extraordinário interposto com fundamento na letra a do permissivo constitucional. O acórdão recorrido restou assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA - FETHAB - FUNDO ESTADUAL DE TRANSPORTE E HABITAÇÃO- AUSÊNCIA DE

COMPULSORIEDADE - TRIBUTO - NÃO CARACTERIZAÇÃO SENTENÇA RATIFICADA- RECURSO IMPROVIDO. O pagamento da contribuição ao Fundo de Transporte e Habitação constitui uma faculdade aos **contribuintes que optarem pelo diferimento do ICMS, uma vez que a lei não obriga o seu recolhimento.** A ausência de compulsoriedade descaracteriza o FETHAB como tributo . **Nas razões de recurso alega-se que o acórdão recorrido teria violado os arts. 150, II; 170, parágrafo único; 155; 154, I; 146, III a; e 158, IV, todos da Magna Carta.** Decido **O recurso não merece prosperar.** Observo que a controvérsia envolve a contribuição ao Fundo de Transporte e Habitação - FETHAB, instituída pela Lei 7.263/2000 do Estado de Mato Grosso para as operações internas com soja, gado em pé, algodão e madeira e o seu enquadramento no conceito de tributo previsto no art. 3º do Código Tributário Nacional. Para dissentir do acórdão recorrido, seria necessário o exame prévio da contenda à luz da legislação infraconstitucional local, o que é vedado, a teor da Súmula 280/STF. Mesmo que assim não fosse, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal que, em caso similar, decidiu pela constitucionalidade de lei estadual que condicionava o benefício fiscal de diferimento do ICMS, ao recolhimento de contribuição para um Fundo criado. **Na ocasião, firmou-se a natureza não tributária da contribuição e a sua não submissão aos princípios e limites do poder de tributar. É o que se vê da ementa que segue: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 9o a 11 e 22 da Lei n. 1.963, de 1999, do Estado do Mato Grosso do Sul. 2. Criação do Fundo de Desenvolvimento do Sistema Rodoviário do Estado de Mato Grosso do Sul - FUNDERSUL. Diferimento do ICMS em operações internas com produtos agropecuários. 3. A contribuição criada pela lei estadual não possui natureza tributária, pois está despida do elemento essencial da compulsoriedade. Assim, não se submete aos limites constitucionais ao poder de tributar. 4. O diferimento, pelo qual se transfere o momento do recolhimento do tributo cujo fato gerador já ocorreu, não pode ser confundido com a isenção ou com a imunidade** e, dessa forma, pode ser disciplinado por lei estadual sem a prévia celebração de convênio. 5. Precedentes. 6. Ação que se julga improcedente. (ADI 2.056/MS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 17/8/07) Na ocasião ficou

assentado que, "...não há como atribuir natureza jurídica tributária à contribuição criada pela lei estadual. Destarte, está ela destituída do elemento essencial de compulsoriedade. Trata-se de uma obrigação facultativa, que, caso seja cumprida, gera uma sanção premial, qual seja, o benefício do diferimento do ICMS nas operações internas com produtos agropecuários". Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Publique-se. Brasília, 27 de novembro de 2013. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente"(BRASIL, 2013, p. grifo nosso).

Com as vênias devidas e salvo melhor juízo, a decisão emanada pelo Ministro Relator, não adotou os preceitos mais técnicos e relevantes para o seu veredito, entendendo-se por uma infelicidade caliginosa. Mas o tempo é senhor da razão e quem sabe em outra oportunidade, a sentença possa ser revista.

O diferimento, os regimes especiais e as imunidades tributárias têm previsão legislativa própria - singular Código Tributário Nacional, plenamente equidistante do Fundo constituído pelo estado, ou seja, como se está fora do arcabouço de referência, insta que não se pode declarar (in)constitucional ou revogar matéria de lei, dotadas de hipótese de incidência fora da linha do julgamento do Supremo Tribunal Federal, dotadas de autonomia deferidas por lei.

Pelo dito, verdade é que o contribuinte precisa de "armas", proteções legislativas sólidas e, para isso, foi estudado e apresentado um projeto de lei – Estatuto do Contribuinte, aguardando-se morosamente seus desígnios no Congresso Nacional, que se escrutinará adiante.

Dito isso, vê-se uma imposição, uma verdadeira obrigatoriedade face às peculiaridades das atividades pertinentes do sujeito passivo, para que seja obtido os regimes especiais, para o recolhimento e diferimento do ICMS e não da suposta "contribuição" e se a última fosse facultativa o fundo permaneceria de pé? Tudo isso, dissertou-se para revelar a natureza jurídica da contribuição do Fethab - trata-se de imposto.

Como revelou-se em observação precedente, a fachada do conceito exposto do Fundo supra o intérprete não pode fazer uma análise literal da norma, e deve-se perdoar quem pense de modo diferente, por não se querer ter uma verdade absoluta, mas sim uma compreensão lógico-sistemática e teleológica, diante do dispositivo normativo. Necessário

então que se aprecie o arquétipo constitucional do tributo, limitado pelas competências tributárias do legislador ordinário que foi determinado pelo constituinte originário, e pelo modelo do dever-se (construtivismo lógico-semântico) amplamente difundido por Paulo de Barros Carvalho.

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES AO TEMA

Existe um contundente comando de respeito aos princípios constitucionais e, não pode o legislador infraconstitucional sob o preceito de criar acréscimos arrecadatários impor ao contribuinte uma discrepância da Regra Matriz de Incidência Tributária (RMIT), que significa rigorosamente sua mutilação, ao designar um caráter vinculador para a referida contribuição, decorrentes de incentivos e normas imunizantes do sujeito passivo da obrigação tributária.

Para um melhor entendimento, a Lei que autoriza o incentivo fiscal ou a imunidade fiscal, deve criar os limites e assegurar as condições da autoridade administrativa, ou seja, não deverá ser permitido simples ato volitivo por parte do agente público.

Sendo assim, as pessoas políticas, não possuem em nosso País uma força tributária, porque o constituinte originário que assim o determinou, nestes termos Roque Carrazza (2021) diz que é: inafastável, enfim, a ideia de que os direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, refreiam as competências que as pessoas políticas receberam para tributar. Para ilustrar, os entes federativos e o Distrito Federal, no Estado brasileiro são as entidades detentoras desta competência privativa, mas no caso da exação ao FETHAB, compreende-se que não.

Noutros falares, os limites estão explícitos na Lei das Leis, qualquer limite excedido, ou que ultrapassem os contornos legais do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, extrapolam os relevos de mero teste de constitucionalidade. Não há como ladear tais prerrogativas, os entes competentes devem observar e obedecer categoricamente o mandamento jurídico-constitucional, sob pena de se incidir em irrefutável invalidez, tratando-se de verdadeiro ato arbitrário.

Sobre os direitos fundamentais e as determinações do poder constituinte temos alguns artigos que urgem serem verificados, como garantes do respeito ao sujeito passivo da obrigação tributária:

Art. 150. Sem prejuízo de outras **garantias asseguradas ao contribuinte**, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento **desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção** em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

IV - utilizar **tributo com efeito de confisco** (BRASIL, 1988, p. 1).

Os dispositivos normativos são muitos e não se entrará em seara minuciosa, porém, irá se fazer breves comentários com alto grau de relevância sobre os principais Princípios Constitucionais que circundam a lide e que se entende relevante para compreender o presente conteúdo.

Sendo assim, os princípios constitucionais podem ser subentendidos ou expressos. Ensina Paulo de Barros Carvalho (2019) ao exteriorizar que o princípio da certeza jurídica é implícito, mas todas as magnas diretrizes do ordenamento operam no sentido de realizá-lo. Versa-se a respeito de sobreprincípio constitucional, este em patamar superior a outros pressupostos como regente da orquestra jurídica.

O constituinte originário delimitou os campos de atuação tributária com o rol extensivo de princípios. Nosso propósito nesse instante é o Princípio Republicano. Pressuposto debruçado e esmiuçado pelos grandes doutrinadores brasileiros. Na Carta Maior, vem esculpido no art. 1º², que o Estado Brasileiro é uma República, conforme determina a Lei das Leis, onde, o ente tem o dever de preservar o binômio de proveitos, os éticos e corpóreos. Ressalta-se que o poder vem e emana do povo, logo, este conjunto de pessoas não pode sofrer danos por mera discricionariedade.

Os Governantes são regedores da coisa pública e não seus donos efetivamente. A *res* pública precisa ser gerida e governada diante das dicções elencadas na Lei Maior. Em um Estado Democrático de Direito, no caso, o brasileiro, um dos pressupostos essenciais é o princípio republicano. Na Argentina, sobre o sistema republicano, Rafael Bielsa (*apud*

² "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político" (BRASIL, 1988, p. 1).

CARRAZZA, 2021, p. 67) expõe: "tem por virtual a duração limitada nos cargos representativos dos funcionários de eleição popular, direta ou indireta."

Cinge-se que é defeso vantagens tributárias e a igualdade na tributação, dois elementos essenciais inerentes ao princípio republicano. Em breve lição Roque Carrazza (2021, p. 71) aclara que:

Os tributos no Brasil, devem ser instituídos e arrecadados sem se ferir a harmonia entre os direitos do Estado e os direitos de cada um do povo. Ainda, com o mesmo doutrinador: de fato, o princípio republicano exige que os contribuintes (pessoas físicas ou jurídicas) recebam tratamento isonômico.

Quando a extensão do princípio, determinado na própria Constituição Federal, que os Estados serão ordenados por Constituição própria, que possua simetria com a Lei Maior; e o Distrito Federal e os municípios por lei orgânica característica. Por fim, frente a importância do instituto: "o desrespeito ao **princípio republicano** (acarreta ou pode acarretar) a declaração de inconstitucionalidade de todo e qualquer ato emanado pelo Poder Público" (CARRAZZA, 2021, p. 71, grifo nosso).

Proporcionou-se aqui suave introito sobre o sobreprincípio constitucional, e nessa oportunidade se perpassa pelo princípio da legalidade. Por estarem preenchidos todos os requisitos da lei fundadora, é necessário que estejam apoiados todos os elementos da Regra Matriz de Incidência Tributária e, necessariamente suas finalidades e os motivos, assim permitindo um exame fidedigno do novel jurídico, como também o término da viagem arrecadatória.

Sobre a dicção do princípio da legalidade, Paulo de Barros Carvalho (2019, p. 217):

Necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico tributário e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse plus caracteriza a tipicidade tributária, que alguns autores tomam como outro postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que pode, perfeitamente, ser tido como uma decorrência imediata do princípio da estrita legalidade.

Ainda sobre o referido princípio, Roque Antonio Carrazza (2021, p. 276, grifo nosso), doutrina que:

Laboram em equívoco, portanto, os que sustentam que o chefe do Executivo, no que tange à tributação, pode terminar a obra do legislador, regulamentando tudo o que ele apenas descreveu com traços largos. Na verdade, a faculdade regulamentar serve para ressaltar alguns conceitos menos claros contidos na lei, mas não para agregar-lhes novos componentes ou, o que é pior, para defini-los do nada. Entendimento contrário **viola o princípio da legalidade** em sua própria essência. Oportuno lembrar que, no Brasil, a rigidez da Constituição impõe limites ao legislador (federal, estadual, municipal e distrital), máxime em matéria tributária.

Vem descrito na Lei das Leis, a legítima observância da lei complementar no Código Nacional e na própria lei nº. 87/96, no que se refere a matéria de exportação, especificamente – imunidades tributárias.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - **dispor sobre conflitos de competência**, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) **definição de tributos e de suas espécies**, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes." (BRASIL, 1988, p. 1, grifo nisso).

Por melhor entendimento, tal princípio não pode ser diminuído sequer pelos tribunais superiores. Com estes breves comentários, se avança para o princípio da capacidade contributiva. Tal princípio, está previamente delineado no art. 145 da CRFB, *in verbis*:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.” (BRASIL, 1988, p. 1, grifo nosso).

Ressalte-se a importância do dispositivo normativo anterior, “sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte³”, pois parece não estar consubstanciado no regramento do FETHAB, no Estado do Mato Grosso do Sul. Importa lembrar, que pelo princípio da capacidade produtiva está relacionado, em tempos modernos – um *link* direto com a espécie tributária imposto, asseverando-se o enunciado das lições de Geraldo Ataliba⁴ e em contradição com Marco Aurélio Greco⁵.

Ricardo Lobo Torres (2005, p. 420), entende que os princípios decorrentes da ideia de justiça não se aplicam às contribuições econômicas: nem a capacidade contributiva, nem o custo/benefício característicos dos tributos contraprestacionais fundamentam sua cobrança. As contribuições econômicas se subordinam ao benefício do grupo (*gruppemässige Äquivalenz*⁶). A igualdade, como princípio constitucional, só prevalece com relação aos grupos beneficiados.

Doutro modo, Paulo de Barros Carvalho (2019, p.224) apresenta sobre este princípio:

o recordar, no plano da realidade social, daqueles fatos que julga de porte adequado para fazer nascer a obrigação tributária, o político sai à procura de acontecimentos que sabe haverão de ser medidos segundo parâmetros econômicos, uma vez que o vínculo jurídico a eles atrelado deve ter como objeto uma prestação pecuniária. Há necessidade premente de ater-se o legislador à procura de fatos que demonstrem signos de riqueza, pois somente assim poderá distribuir

³ Art. 145, § 1º da CRFB.

⁴ “se o imposto é informado pelo princípio da capacidade contributiva e a taxa informada pelo princípio da remuneração, as contribuições serão informadas por critério diverso.” (ATALIBA, 2016, p. 195).

⁵ Em outra direção, Marco Aurélio Greco (2000, p. 101) com uma visão mais estatal dita “nas contribuições o fundamento da exigência não está manifestamente da capacidade contributiva, mas no princípio do solidarismo que emana da participação a um determinado grupo social, econômico ou profissional ao qual está relacionada a finalidade constitucionalmente qualificada”.

⁶ Equivalência de grupo.

a carga tributária de modo uniforme e com satisfatória atinência ao princípio da igualdade. Tenho presente que, de uma ocorrência insusceptível de avaliação patrimonial, jamais se conseguirá extrair cifras monetárias que traduzem, de alguma forma, valor em dinheiro. Colhe a substância apropriada para satisfazer os anseios do Estado, que consiste na captação de parcelas do patrimônio de seus súditos, sempre que estes participarem de fatos daquela natureza.

Para Alfredo Augusto Becker (1998, p. 280), teria o legislador ordinário o dever jurídico de escolher como sujeito passivo da obrigação tributária:

a) aquela pessoa de cuja renda ou capital, acima do mínimo indispensável, a hipótese de incidência é fato signo presuntivo; b) Qualquer outra pessoa substituto legal tributário), desde que lhe outorgue o direito de reembolso ou retenção do tributo contra o substituído (contra aquela pessoa de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato signo-presuntivo.

Outrossim, Paulo Ayres Barreto (2020, p. 137), em sua obra, entende que: "as contribuições não precisam estar submetidas ao princípio da capacidade contributiva, mesmo que a contribuição busque um elemento para dividir os fundos necessários para o custeio da atuação estatal".

No caso *in concreto* diverge-se do autor data máxima vênia, porque aqui, compreende-se no caso não de contribuição, mas sim de um tributo travestido e, deste modo precisa-se estar ligado ao princípio. Deve-se compreender então, que o Estado do Mato Grosso fez um arremedo quanto a criação do fundo e também estar conectado ao princípio da capacidade contributiva, sob pena incontestável de inconstitucionalidade.

Por fim, ao hermeneuta cabe verificar o "espírito" do princípio, ou seja, (BARRETTO, 2020) examinar a coerência do critério eleito para o rateio das despesas, dentro do grupo de contribuintes, em relação à própria geração de tais despesas.

Por essa vereda, transpôs-se minimamente o pressuposto supra, e adentrar-se-á ao princípio constitucional da segurança jurídica. Quando o sujeito passivo da obrigação tributária, no mais das vezes permite-se fazer cálculos algébricos sobre suas hipóteses de incidência exacionais, o homem raso não tem este perfil. O que se está a dizer em outras palavras é que aquele que tem um *ínfimo* tato econômico-financeiro realiza previsões e,

deste modo, labuta com os verdadeiros totens da legislação tributária para que, evidentemente, não seja pego de surpresa – um dos pilares do título.

A segurança jurídica tem o iminente esforço de prestigiar o resguardo da confiança ao contribuinte e evitar atos volitivos da administração pública (Fazenda). Usar-se-á outra vez, as lições de Roque Carrazza (2009, p. 465) referente à segurança jurídica:

se pulveriza quando a própria Fazenda Pública elege os critérios, que reputa razoáveis, para dar por ocorrido o fato imponível tributário ou para quantificar o tributo [...]. Eventuais lacunas legais não podem ser “superadas” pelo agente fiscal, que deve limitar-se parafraseando o sempre lembrado Seabra Fagundes - aplicar a lei de ofício.

Importante, se pensar na coisa julgada, no direito adquirido e na certeza do direito, aqui encontra-se a base triádica do pressuposto da segurança jurídica. Por esta senda, Paulo de Barros Carvalho (2019, p. 208) declara que há dois tempos, estes não contidos no tempo presente, mas em épocas futuras e passadas, que abonam as conexões legais; feito a reflexão:

O princípio depende de fatores sistêmicos. Quanto ao passado, exige-se um único postulado: o da irretroatividade, que mais adiante será objeto de nossas reflexões. No que aponta para o futuro, entretanto, muitos são os expedientes principiológicos necessários para que se possa falar na efetividade do primado da segurança jurídica.

Sobre as conexões legais, com rigorosa precisão mais perfeita seria relações jurídicas. Tendo em vista que se busca catapultar os termos em significados concisos vale enunciar as dicções de Augusto Alfredo Becker (1998, p. 345) sobre a relação jurídica: porque é relação, vincula (liga) o sujeito ativo e o sujeito passivo; e porque jurídica, este vínculo é uma ligação jurídica e a juridicidade desta ligação (relação) consiste precisamente na seguinte: a pessoa situada no pólo positivo da ligação (relação) tem o direito à prestação e a pessoa situada no pólo negativo desta mesma (relação) tem o dever de prestá-la.

Vale dizer, o princípio da Segurança Jurídica de *per si* caberia em outro artigo ou dissertação. Adiciona-se neste átimo, umas das tantas lições de Humberto Ávila (2019, p. 233-234) extraídas da sua obra:

A CF/88 garante aos cidadãos a inviolabilidade do direito à propriedade (art. 5º, *caput* e incs. XXII e XXIII). O mesmo direito de propriedade é estabelecido como princípio da ordem econômica (art. 170, II e III). Esse direito assume importância para a segurança jurídica quando entendida como fator de proteção de determinadas posições jurídicas patrimoniais: o cidadão pode efetivamente exercer determinadas posições jurídicas se puder confiar na estabilidade das relações jurídicas que lhe dizem respeito – daí porque a proteção da confiança na sua permanência é *imane*nte ao próprio direito de propriedade.

Ante o exposto, deve-se partir para a compreensão se se está diante de contribuição ou imposto.

2.5 "CONTRIBUIÇÃO" OU IMPOSTO?

Aqui, debate-se o verdadeiro "nó de górdio" da questão, onde pode-se andar por terreno movediço. Logo, repisa-se a questão das espécies tributárias nas quais foram delimitadas no item 1, e que certamente dedicou-se o suficiente para aquele momento, pois para esgotar o tema caberiam outros tantos artigos de cada espécie tributária. Pedese excusas, para que se possa trazer as duas definições que são atinentes ao presente tema, segundo Roque Antonio Carrazza (2021. p. 461):

(i) **Impostos** - O autor supra faz um parêntese, para frisar que não considera imposto uma decorrência do poder de império ou da soberania da entidade tributante, mas sim porque são dados pré-constitucionais. [...] é modalidade de tributo que por hipótese de incidência um fato qualquer, não consistente numa atuação estatal;

(v) **Contribuições** - é um tributo que deve obedecer, e, como tal, deve-se submeter-se à todas diretivas constitucionais que informam e condicionam a ação de tributar. Positivamente, parafiscalidade não é uma palavra mágica, capaz de autorizar o arbítrio fiscal.

Mas o que importa, e o que dá azo também ao escopo deste labor científico, são as personalidades e características do Imposto Residual e das Contribuições Residuais, especificamente nas contribuições em que o Estado tem competência para instituir norma injetora para a cobrança da contribuição de caráter "facultativo" venha adentrar no sistema jurídico positivo. No entanto, iniciar-se-á pela segunda modalidade de tributo e à posteriori o imposto residual.

Em verdade, têm-se um império aqui, é preciso aquinhoar a definição de contribuição, e assim apresenta Geraldo Ataliba (2016, p.196-197):

o tributo que, no plano ideal das categorias científicas, têm hipótese de incidência diferente do imposto e da taxa, no sentido de que a materialidade de sua hipóteses de incidência consiste numa atuação estatal mediata ou indiretamente referido ao obrigado [...].

Outro conceito de contribuições, vem através de Helena Regina Costa (*apud* CARRAZZA, 2021, p. 9) são: "tributos constitucionalmente qualificados por suas finalidades." Ainda por esta via, e a respeito das contribuições Paulo Ayres Barreto (2020, p. 67):

As contribuições devem ser vistas como espécie tributária distinta dos impostos e taxas. Não se confundem com os impostos por terem (i) fundamento constitucional distinto, a ser submetido a contraste constitucional (necessidade e adequação da atuação constitucional vinculada).

É o momento de destacar-se às contribuições, e vem acostado no Texto Magno no art. 149, *in verbis*:

Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo (BRASIL, 1988, p. 1, grifo nosso).

Se a contribuição é tributo, então, o Estado de Mato Grosso viola perentoriamente as competências tributárias constitucionais e, nos ditames de Roque Antônio Carrazza (2013, p. 573) "de fato, entre nós, a força tributante estatal não atua livremente, mas dentro dos limites do direito positivo.". Do Códex tributário retira-se com arte ilustrada e de modo peremptório que a denominação e as demais características do tributo, independe de denominação legal, veja-se a literalidade do art. 4º:

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a **denominação e demais características formais** adotadas pela lei;

II - a **destinação legal** do produto da sua **arrecadação**." (BRASIL, 1966, p. 1, grifo nosso).

No diploma supra, fica límpido, esclarecendo-se a natureza tributária, porque estão designadas também nos arts. 146, III, e 150, I e III, da Carta Magna, restando-se notório, em qual sistema jurídico tributário deve ser obedecido. Aí, somente resta aclarar que, se só a União é competente para instituir as contribuições, estar-se-ia frente a vertente inconstitucionalidade.

Hugo de Brito Machado (2016, p. 423) instrui sobre as contribuições:

É indubitosa, hoje, a natureza tributária destas contribuições. Aliás, a identificação da natureza jurídica de qualquer imposição do Direito só tem sentido prático porque define seu regime jurídico, vale dizer, define quais são as normas jurídicas aplicáveis.

Sendo assim, não importam as bases de cálculo e as hipóteses de incidência, já que o resultado do que é apurado deve atingir seus fins designados.

É incontestável, quando se vincula determinado produto ao que se pode arrecadar, sua essência torna-se impreterivelmente inconstitucional. A destinação da arrecadação de fundo especial, extrai-se do art. 167, IV e p.u. da Constituição Federal, que é defeso atrelar receita de impostos a órgãos, fundos ou despesas. Leia-se o artigo supra:

Art. 167. São *vedados*:

IV - a **vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa**, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem assim o disposto no § 4º deste artigo (BRASIL, 1988, p. 1, grifo nosso).

Por inteligência lógica, determinado está e, salvo pensamentos distintos entende-se que, a partir do fato jurídico tributário o sujeito passivo da obrigação tributária tem o

direito de realizar o crédito tributário, independentemente do pagamento posterior ou não do imposto.

Como se não bastasse, ao elucidar as contribuições, às residuais impostas na Carta Maior, do art. 195, § 4º, só pode ser instituída pela União, como também os impostos residuais, do art. 154, I do mesmo diploma.

Vale lembrar ainda que pontualmente, o artigo que se entende violador dos preceitos constitucionais explícitos, assim acostados no texto constitucional, em seu art. 154, II, *in verbis*.

Art. 154. A União poderá instituir:

II - na **iminência** ou no caso **de guerra externa**, impostos **extraordinários**, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação (BRASIL, 1988, p. 1, grifo nosso).

No que se refere o artigo acima, um imposto adicional seria tão somente nos casos de guerra ou sua iminência, como forma extraordinária de incidência de tributos. Ainda, vê-se que o FETHAB ultrapassou a instituição de imposto com "nome fantasia" contribuição. Cabe à União, e é competência singular desse ente inaugurar impostos de sua capacidade de instituição, para o mesmo exercício financeiro, assim enunciado no artigo supra.

Ora, veja-se, se novos impostos precisam respeitar as anterioridades, o que se incorpora, fica evidentemente ao encargo da União, e só ela para fazer o procedimento, à vista disso, não pode o ente estadual se *auto-autorizar* a agregar tal imposição. Como lição, o imposto extraordinário, e esse, seria o único excepto constante do acréscimo.

Adiantou-se no item 3, sobre as isenções (imunidades tributárias) do imposto de importação, estas não podem ser suprimidas ou reduzidas, mais uma vez os Estados da Federação não têm competência para realizar tais feições. E também, comprimiu-se o princípio da não cumulatividade, e esse também é de prerrogativa constitucional.

A alquimia tributária está evidente na sua compulsoriedade, onde, qualquer operador do direito tributário percebe tal estrutura de maneira clara, visto que o FETHAB foi previsto para subvencionar dispêndios ou consumos, acessório da sucessão produtiva,

cuja receita é destinada ao executivo, legislativo e o judiciário, associações de classe e outras entidades de caráter privado.

Pois bem, vê-se uma imposição face às peculiaridades da atividade rural, para se pagar somente o ICMS e não a contribuição elencada pelo legislador, ou se a última fosse facultativa, o fundo permaneceria em pé? Tudo isso foi escrito para revelar que o contribuinte precisa de "armas" proteções legislativas sólidas e, para isso, foi estudado e apresentado um projeto de lei – o Estatuto do Contribuinte, que aguarda morosamente seus desígnios no Congresso Nacional.

É a partir da natureza jurídica do tributo, é que se poderá definir a espécie tributária em questão. Pois bem, como viu-se, meras interpretações (irrealidades) jurídicas, não transmutam o imposto ora em epígrafe em simples contribuição, o sistema tributário tem seus pesos e medidas a serem estimados.

Em olhar mais diligente o exegeta percebe as nuances adotadas pelo legislador do Estado do Mato Grosso, que usa estratégias não muito austeros frente a contribuição posta. As materialidades acostadas, parece a olhos vistos de outras espécies tributárias típicas – em verdade – como esclarecido anteriormente, percebe-se que a natureza jurídica da contribuição do FETHAB é imposto.

Ante o aduzido, e sobre o que fora abordado sobre a contribuição, extrai-se também que o FETHAB não aparece como mera discricionariedade e sim um múnus do contribuinte. Aqui de suma importância, entende-se por bem perpassar e levar ao leitor algumas vezes a respeito do singular regulamento (Estatuto do Contribuinte) que, não se sabe o porquê não se discute ou não se dá a devida estampa.

O sujeito passivo da obrigação tributária precisa ter uma saudável relação com o Estado, uma melhor conexão com o império fazendário para que disponha de segurança, de efeitos surpresa e que os elementos essenciais do tributo estejam no texto constitucional. Por sua vez, alguns doutrinadores, se debruçaram para redigir o Estatuto do Contribuinte, que é peça de valor no direito comparado, pois, é garantia do direito positivo ao sujeito passivo ao demarcar direitos, obrigações e deveres e, impedindo que o Poder Público ultrapasse os direitos individuais.

Tal estatuto é lembrado e estudado por Roque Antonio Carrazza(2021),este leciona que Paulo de Barros Carvalho di-lo à maravilha sobre o conceito do respectivo código "define-se o *estatuto do contribuinte*, ao pé da nossa realidade jurídico-positiva como a

somatória, harmônica e organizada, dos mandamentos constitucionais sobre a matéria tributária, que positiva ou negativamente, estipulam direitos, obrigações e deveres do sujeito passivo, diante das pretensões do Estado (aqui utilizado na sua acepção mais ampla e abrangente – entidade tributante). E quaisquer desses direitos, deveres e obrigações, porventura encontrados em outros níveis da escala jurídico-normativa, terão de achar respaldo de validade naqueles imperativos supremos, sob pena de flagrante injuricidade".

O Regimento supra, tem o provérbio de consubstanciar uma imposição tributária desprendida de atos arbitrários, o que se remete à persecução final do estado democrático de direito, fazendo-se imperioso o acatamento do Império fazendário às prerrogativas individuais do cidadão. Os relevos a serem contornados pela exação tributária, deve observar de forma peremptória os alcances delimitados na Constituição Federal do Brasil, que por caminho espinhoso mutilaria a força estatal tributante.

No Brasil, o estatuto do contribuinte está adormecido nas hostes do Poder Legislativo, Roque Carrazza (2021, p. 351):

O legislador ordinário da União, de cada Estado, de cada Município, e do Distrito Federal encontra na Carta Constitucional, perfeitamente delimitada, sua área de contribuição. Portanto, reitera-se, o exegeta para uma interpretação sistemática e teleológica, precisa compreender e entender os ditames constitucionais, de modo peculiar os direitos subjetivos do contribuinte.

Para rematar este tópico, no Estado do Mato Grosso o sujeito passivo da obrigação tributária se disponibiliza a pagar o Imposto sobre Circulação de Mercadorias, porém não possui o mesmo desejo em recolher a contribuição, o que fica mais uma vez demonstrado a obrigatoriedade manifesta e não a faculdade da contribuição.

Em face de tudo que foi aludido, precisa-se concluir a investigação, frente a possibilidade de perda de sua finalidade.

Questiona-se: A contribuição do FETHAB é Constitucional e facultativa?

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo buscou analisar as bases do Programa FETHAB, instituído no Estado do Mato Grosso do Sul, a partir da sua primeira legislação, a lei nº. 7.263 de 27 de março de 2000, e ainda, descortinar o Fundo Estadual de Transporte e Habitação – FETHAB Política

Estadual de Interesse Social do Estado do Mato Grosso ao produtor rural, seja constitucional ou não.

Como reportou-se nos diversos itens e parágrafos, discorreu-se sobre uma amplitude de temas substanciais para uma melhor proficiência sobre os impactos e os efeitos do reforço para o fundo estatal, dissertou-se então, sobre o que é tributo, a contribuição à conta do FETHAB, sua natureza jurídica, a Regra Matriz de Incidência Tributária do que compreendeu-se ser o imposto, os princípios constitucionais que circundam o regime jurídico tributário, e por fim atravessou-se o pior deserto, o dos impostos e contribuições, transcorrendo-se pelas competências constitucionais.

A contribuição do FETHAB fere de morte o Diploma Magno, quando se tem a norma subsumindo ao fato no caso, do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, apoiado na Constituição Federal na forma do art. 155, II. Tal competência é privativa dos Estados e do Distrito Federal que podem tributar referente à circulação de mercadorias, prestação de serviços interestadual e intermunicipal de transporte e comunicação. Porém, deparou-se com uma legislação em pleno desacordo com o Diploma Magno, que não se sustenta há uma oportuna interpretação, e se pode constatar o quanto se desviou para aceitar tal contribuição constitucional, na presença de tantas inconstitucionalidades, e não se está a fazer qualquer juízo de valor de quem quer que seja.

As finalidades do FETHAB, tem como característica principal, a de fomento das receitas estaduais (orçamento) do Estado do Mato Grosso, para questões habitacionais e para o transporte, porém o mais interessante é, que tem a sua destinação particular como pedra angular de sua instituição.

O FETHAB, não importa o pseudônimo que se dê, de imposto ou contribuição, é antes um tributo de caráter compulsório, limitador do contribuinte de adoção de regimes especiais e do diferimento (instituto amplamente conhecido e utilizado pelo ICMS-Imposto). Retira-se do sujeito passivo de forma pragmática o reconhecimento dos benefícios fiscais, constantes da Lei 7.263/2000 nos arts. 8º, II e 7º, o que se trata de outra discrepância, porque é proibida no Código Tributário Nacional, a renúncia de direitos na lei autorizadora, salvo condições implementadas, menos ainda, o desrespeito a compensação dos créditos não cumulativos do imposto (ICMS), mesmo que constituídos e não pagos e as isenções do imposto de importação, em seu art. 178.

Entende-se, por tudo e em tudo, em caráter imperativo, que somente à União é detentora da competência para gestar contribuições, assim dispostas no art. 149 do mesmo diploma legal. Essa prerrogativa do ente abarca os relevos econômicos e igualitários, como também para regular categorias profissionais ou econômicas.

Portanto que a lei instituidora do FETHAB e seus acréscimos legislativos posteriores, são constitucionais não tem dúvidas, pois foram observadas todas as formalidades legislativas. No entanto, ao cobrar exações fora da sua competência legislativa tributária, por ferir a finalidade dos recursos auferidos e por manejar os fundos com destinação determinada, a contribuição é eivada de inconstitucionalidades.

A plenitude das normas do Estado do Mato Grosso, referentes ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços, não são apartadas diante da violação constitucional determinada, todos seguem vigentes (o diferimento, regimes especiais e a imunidade a exportação), essas legislações foram adotadas preteritamente a contribuição do FETHAB, e é imposto como entende-se.

Por fim e por tudo que fora escrutinado nas descrições acima, é irrefutável e insofismável a *inconstitucionalidade* da "exação" FETHAB, por se tratar de imposto adicional ao ICMS.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. Malheiros: São Paulo. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi . Rio de Janeiro, Forense, 2001.

BARRETO. Paulo Ayres. **Contribuições: regime jurídico, destinação e controle**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo, 2020.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito do Direito Tributário**. 3. ed., São Paulo: Lejus, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **AI/859321 - Agravo de Instrumento**. Relator Ministro Dias Toffoli. 27 de novembro de 2013. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=238&dataPublicacaoDj=04/12/2013&incidente=4434999&codCapitulo=6&numMateria=187&codMateria=3>. Acesso: 20 de nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 111.954/PR**, Relator Ministro Célio Borja. DJU – 24 jun. 1988b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14675169/recurso-extraordinario-re-111954-pr>. Acesso: 20 de nov. 2020.

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988a**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Lei n.º 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em 18 ago. 2021.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto de Renda sobre a Renda (perfil constitucional e temas específicos)**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Malheiros: São Paulo. 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso Constitucional Tributário**. 29. ed. ver. e ampl. Malheiros: São Paulo, 2013.

CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 31. ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 18. ed. ver. e ampl. Malheiros: São Paulo, 2020.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CNT - Confederação Nacional de Transporte. **Piora a qualidade das rodovias brasileiras**. 22 out. 2019. Disponível em: <https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/piora-a-qualidade-das-rodovias-brasileiras>. Acesso: 20 de nov. 2020.

COSTA, Helena Regina. **Código tributário nacional comentado em sua moldura constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 2021.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

DEODATO, Alberto. **As Funções Extra-fiscais do Imposto**. 1949. Doutorado (tese) - Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais para o concurso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949.

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições** (Uma figura (Sui Generis). São Paulo: Dialética, 2000.

JARACH, Dino. **El hecho Imponible**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

MACHADO, Hugo de Brito Machado. **Curso de Direito Tributário**. 37. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2016.

MATO GROSSO. **Entenda o novo FETHAB, os repasses do FETHAB rural para as prefeituras e os 9 Fundos Regionais**. 2021. Disponível em: <http://www.sinfra.mt.gov.br/fethab>. Acesso: 20 de nov. 2020.

MATO GROSSO. Legislação Tributária: ICMS. **Lei n.º 7.263**, de 27 de março de 2000. Cria o Fundo de Transporte e Habitação - FETHAB e dá outras providências. (Nova redação dada à ementa pela Lei 10.353/15). Disponível em:

<http://app1.sefaz.mt.gov.br/0325677500623408/07FA81BED2760C6B84256710004D3940/3866792553B6DE7B032568B30044C0D4>. Acesso: 20 de nov. 2020.

MATO GROSSO. Legislação Tributária: ICMS. **Decreto n.º 75**, de 03 de abril de 2019. Altera o Decreto n.º 1.261, de 30 de março de 2000, que regulamenta a Lei n.º 7.263, de 27 de março de 2000, que cria o Fundo de Transporte e Habitação - FETHAB, e dá outras providências. Disponível em:

<https://app1.sefaz.mt.gov.br/Sistema/Legislacao/legislacaotribut.nsf/7c7b6a9347c50f55032569140065ebbf/7cfbfb220a73da21842583d200419c4d?OpenDocument>. Acesso: 20 de nov. 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TORRES, Heleno Taveira. Imunidades e incentivos fiscais do ICMS não podem ser tributados: o caso do Fethab. **Revista Consultor Jurídico**, 4 de março de 2020. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-mar-04/consultor-tributario-imunidades-incentivos-fiscais-icms-nao-podem-tributados>. Acesso: 20 de nov. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Volume III. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 12. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2005. p. 420.

Mato Grosso tem a maior produção de grãos do país. **Instituto PCI**. 13 ago. 2020. Disponível em: <http://www.pcimt.org/index.php/pt/institucional-pt/estrategia-pci-pt/11-departamentos-pci/institucional/88-porque-mato-grosso> . Acesso: 20 de nov. 2020.

ASSÉDIO MORAL CONTRA O SERVIDOR PÚBLICO

RAUL PINHEIRO CASTELLO BRANCO:

Graduando em Direito e Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas - TJAM

CARLOS ALBERTO RODRIGUES DE SOUZA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo procura demonstrar que o assédio moral no âmbito do serviço público mais do que atingir a dignidade humana e psíquica do servidor, vítima do abuso no seu ambiente de trabalho, violando princípio fundamental do Estado Democrático de Direito Brasileiro, também fere uma série de outros princípios inerentes à boa administração pública. O conceito, apesar de não ser tão recente, vem recebendo um destaque maior na mídia e nos meios jurídico e político nos últimos tempos, em razão da tendência atual de se humanizar um pouco mais as relações de trabalho. O objeto de pesquisa seja discutido por toda a sociedade e, especialmente, pelos servidores públicos. A importância do tema é realçada diante dos prognósticos realizados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo os quais a disseminação das políticas neoliberais no processo de gestão do ambiente de trabalho terá como consequência o fato de que as relações de trabalho serão caracterizadas por depressões, angústias e outros danos psíquicos. Com a finalidade de contribuir para o esclarecimento dos servidores e da sociedade em geral quanto às questões relativas ao assédio moral. A metodologia empregada para o desenvolvimento desta pesquisa é a bibliográfica, baseada em artigos de revista científica, legislação e doutrinas. Além disso, para fundamentar o artigo foi necessário utilizar citações de diversos autores, construindo assim a ideia central do artigo, selecionando o meio virtual, como o acesso à internet para o desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral, servidor público, administração pública, princípios.

ABSTRACT: This article seeks to demonstrate that moral harassment in the context of public service more than attaining the human and psychological dignity of the servant, victim of abuse in his work environment, violating a fundamental principle of the Democratic State under Brazilian Law, also hurts a series of other principles inherent in good public administration. The concept, although not so recent, has been receiving greater prominence in the media and in the legal and political circles in recent times, due to the current tendency to further humanize labor relations. The research object is discussed by the whole society and, especially, by public servants. The importance of the

theme is highlighted in view of the forecasts made by the International Labor Organization (ILO) and the World Health Organization (WHO), according to which the dissemination of neoliberal policies in the work environment management process will result in the fact that that labor relations will be characterized by depression, distress and other psychological damage. In order to contribute to the clarification of civil servants and society in general regarding issues related to moral harassment. The methodology used for the development of this research is bibliographic, based on scientific journal articles, legislation and doctrines. In addition, to support the article, it was necessary to use quotes from different authors, thus building the central idea of the article, selecting the virtual medium, such as internet access for development.

KEYWORDS: Bullying, public servant, public administration, principles.

INTRODUÇÃO

Quando o objeto de estudo é o assédio moral o estudo é multidisciplinar e plurilocalizado, pois é mal que corrói as relações humanas nas mais diversas áreas da sociedade, desde a escola, onde é convencionalmente denominado *bullying*, a família, chegando até o ambiente laboral e, por essa infiltração no meio social, de interesse aos mais vastos campos de estudo como a sociologia, a psicologia, a medicina do trabalho e o direito.

O assédio moral sempre existiu, mas somente a partir da década de 80 que o seu estudo passou a ter relevância entre a comunidade científica. O conceito de assédio moral (mobbing) foi desenvolvido pela psicologia do trabalho quando no desenvolvimento de um estudo sobre a perversidade nas relações sociais no ambiente de trabalho e as consequentes patologias psicossomáticas decorrentes dessa prática lamentável. (MAOEKA, 2012, p. 82-83).

Juridicamente, o assédio moral está fortemente ligado a ações indenizatórias por dano moral e material, normalmente vinculadas a relações laborais. Na seara constitucional o assédio moral é uma afronta ao artigo 5º da Carta Magna em mais de um de seus incisos. Apesar da vasta jurisprudência e doutrina, especialmente do direito trabalhista, a respeito do tema a produção legislativa é bastante restrita, tendo lei específica tratando a respeito em apenas alguns municípios e estados. Apesar de ser tema bastante comum ao direito trabalhista, o assédio moral vem sendo mais discutido em outra área onde também está em conexão com as mazelas laborais, o direito administrativo, no tocante aos servidores públicos que são vítimas do terror psicológico no ambiente de trabalho.

O assédio moral no serviço público precisa ser visto para além do mero vínculo entre assediado e assediador, trata-se de uma relação que envolve todos os atores da dinâmica

Estado-Administração x administrados, já que um ambiente administrativo não confiável para seu público interno (servidores públicos) não o será para seu público externo (usuários dos serviços prestados).

Diante de tão complexo tema e a frequência de casos de assédio moral nas relações de trabalho no mundo atual, principalmente sua ocorrência alarmante no serviço público, o presente trabalho visa discorrer sobre o tema, sem, contudo, esgotar o assunto, pois muito ainda há que se fazer para prevenir e punir o assédio moral nas relações laborais. Necessário sempre discutir e estudar sobre os problemas sociais que ferem direitos dos indivíduos, principalmente no presente caso, onde ocorre a violência psíquica, tão grave quanto à física e que causa consequências ainda mais profundas nas vidas das pessoas que sofrem o assédio moral.

Buscará se demonstrar os graves prejuízos que o assédio moral causa não só na vida do servidor público assediado, mas também a influência negativa no serviço público como um todo, pois além de ferir princípios da administração pública é ato de improbidade administrativa, devendo ser punido como tal.

O interesse em conhecer melhor o tema surgiu justamente por se observar como o assédio moral vem crescendo ao longo do tempo, e como a maioria das pessoas desconhece totalmente esse assunto ou o confunde com o assédio sexual. Essa prática muitas vezes não é denunciada, pois a pessoa agredida nem sabe ao certo que está sendo vítima do assédio moral, e mesmo que se sinta agredida, não denuncia a agressão por ter medo de perder o emprego ou sofrer retaliações.

Por fim, será tratado o tema da avaliação periódica de desempenho realizada de forma negativa pelo assediador como instrumento de materialização do assédio moral contra servidor público, tratando-se de ato administrativo que, além de ilegal é imoral, indo de encontro aos preceitos que devem ser seguidos pelo detentor de cargo público.

1 HISTÓRICO

1.1 UMA BREVE HISTÓRIA DO ASSÉDIO MORAL NO MUNDO E NO BRASIL.

O assédio moral vem se propagando ao longo dos anos no ambiente de trabalho e mesmo que a maioria das pessoas, principalmente os trabalhadores não tenham conhecimento necessário do assunto, isso não quer dizer que seja um tema recente ou que passou a existir a pouco tempo. O que ocorre na verdade é que apesar desse tipo de assédio se fazer presente em toda sociedade, independente de sua época ou civilização, ficou por muitas vezes esquecido ou até mesmo passou despercebido pela suas vítimas

e agressores, talvez esse fato se deu pelos próprios juízos de valores que cada sociedade constrói ou mesmo pela falta de mecanismos para se combater tamanha violência.

Hoje tanto a Organização Internacional do Trabalho quanto o Fundo Europeu para Melhoria das Condições de Trabalho e de Vida (Fundo Dublin, 2000), reconhecem que o 'assedio moral' ou "mobbing" constitui um problema internacional que vem aumentando a cada ano em países como Alemanha, Austrália, Áustria, Dinamarca, Estados Unidos, Reino Unido, França, Espanha e Suécia.

Na França, a psiquiatra Hirigoyen, (1998) Marie France com formação em vitimologia em seu país e Estados Unidos da América, foi uma das pioneiras a desenvolver estudos nesse sentido, revelando a amplitude do problema no ambiente de trabalho. Hirigoyen (1998), através do seu livro Assédio Moral, e depois em 2001, na obra Mal-Estar no Trabalho, fundamentou que este tipo de assédio é uma 'guerra psicológica', envolvendo abuso de poder e manipulação perversa, fatores responsáveis por prejuízos à saúde mental e física das pessoas.

Embora se trate de ocorrências tão antigas quanto o próprio trabalho a discussão da violência moral no trabalho aqui no Brasil é recente e toma fôlego a partir da divulgação de uma dissertação de mestrado defendida em maio de 2000 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), Departamento de Psicologia Social, denominada "Uma jornada de Humilhações". (BARRETO, 2000).

A primeira lei a tratar desse assunto em nossos país é a lei Municipal nº1163/2000 de Iracenópolis, SP, regulamentada em 2001. (BRASIL, 2003).

No Brasil advém que a violência moral no ambiente de trabalho ainda não foi incorporada pelos profissionais da área de saúde como risco invisível (fator psicossocial) responsável pela degradação deliberada das condições de trabalho, gerando um clima negativo nas relações, desestabilizando emocionalmente os/as trabalhadores/as, comprometendo a saúde, desencadeando ou agravando doenças que podem levar disfunção e/ou incapacidade laborativa, de longa duração ou até mesmo a morte.

É importante que o poder público reconheça a importância do tema diante das consequências e danos à saúde das vítimas, propiciando não somente medidas legais específicas mais atendimento interdisciplinar em que os profissionais sejam preparados para ouvir e compreender a vítima (assediado), evitando a medicalização e "psiquiatrização do problema social" como lembra (Hirigoyen, 2001).

O assédio moral é um conjunto de comportamentos abusivos (gestos, palavras e atitudes), os quais, por sua reiteração, ocasionam lesões à integridade física ou psíquica de algumas pessoas, com a degradação do ambiente de trabalho.

Assim também, no serviço público surgem implicações e desafios como: a identificação do ato do assédio moral, as humilhações presentes nas relações do cotidiano laboral; como também a aceitação de levantar as possibilidades de discursão sobre tal tema.

No Brasil atualmente já existem leis e projetos de lei tramitando no âmbito federal e estadual. No âmbito federal há pretensões de se regulamentar a prática do assédio moral: o projeto de Lei Federal nº 4.742/2001 pretende introduzir o artigo 146-A no Código Penal Brasileiro, dispondo sobre o crime de assédio moral no trabalho; o projeto de Lei Federal nº 4.591/2001, atualmente arquivado, dispunha sobre a aplicação de penalidades à prática de assédio moral por parte de servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais a seus subordinados. (BRASIL, 2003).

Na Constituição Política do Império o trabalho permaneceu sendo tarefa dos escravos, os quais não eram considerados seres humanos, mais se encontravam na condição de coisas, bens. A partir de 1888 a visão sobre o trabalho sofreu uma mudança significativa com a abolição da escravatura, passou a ser reconhecido como atividade honrada de qualquer cidadão. A Constituição de 1934 já deu maior enfoque a questão social, concedeu direitos e proteções aos trabalhadores, limitou o direito a propriedade e também organizou a representação sindical.

A Carta de 1937 e 1946 também tiveram como base o dever eminentemente social, a Constituição de 1967 foi quem realmente deu um grande passo que logo depois foi concretizado pela Constituição de 1988, pois valorizou o trabalho humano como condição da dignidade humana e incorporou definitivamente a questão social no ordenamento jurídico pátrio.

O assédio moral vem se propagando ao longo dos anos no ambiente de trabalho e mesmo que a maioria das pessoas, principalmente os trabalhadores não tenham conhecimento necessário do assunto, isso não quer dizer que seja um tema recente ou que passou a existir a pouco tempo. O que ocorre na verdade é que apesar desse tipo de assédio se fazer presente em toda sociedade, independentemente de sua época ou civilização, ficou por muitas vezes esquecido ou até mesmo passou despercebido pela suas vítimas e agressores, talvez esse fato se deu pelos próprios juízos de valores que cada sociedade constrói ou mesmo pela falta de mecanismos para se combater tamanha violência.

Como se entende ao longo da história as relações de trabalho foram protegidas e analisadas por diferentes focos, primeiro diante das condições precárias, do ambiente hostil de trabalho; o principal era preservar a vida do trabalhador, não cabendo muito espaço para tratar de assédio moral, que causa seus danos de maneira lenta e quase imperceptível, o trabalhador era agredido de maneira clara e brutal. Segundo, com o início da 1ª Guerra Mundial o foco de proteção alterou-se, pois agora não só se buscava a guarda da vida, mais também a manutenção da qualidade de vida do trabalho e finalmente, em 1968 percebeu-se que é necessário cuidar da vida do trabalhador, dar qualidade de vida no trabalho e que, é de suma importância preservar a higidez mental do trabalhador. Com o foco de preservar a higidez mental do trabalhador o assédio moral e as consequências físicas, mentais e psicológicas, passaram a ganhar destaque.

O escravo sempre foi tido como coisa, mercadoria. Apesar de não ser reconhecido como sujeito de direito, transmitia esta condição aos filhos. Estava presente uma absoluta relação de domínio. Seu trabalho era gracioso e focado em favor do amo.

No século XIX a.C., o Código Hamurabi, adotado na Babilônia, dispôs sobre condições de prestação de trabalho livre, inclusive salário e já vislumbrava uma forma de arrendamento do trabalho.

A servidão surge na época do feudalismo em que os “senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres”, pois tinham que trabalhar na terra do senhor, entregando parte da produção em troca da proteção militar e política. Eram chamados de “servos da gleba”. Recebiam parte da produção e repassavam o restante ao senhor.

No século XIV – mita espanhola - Desenvolvida pelos indígenas na América espanhola como forma de trabalho obrigatório imposto por sorteio. O sorteado era obrigado ao trabalho Vitalício. Em troca, o trabalhador recebia uma contraprestação pelo serviço, além de algumas garantias: salário em dinheiro; jornada de 8 horas, salvo em minas (7 horas); descanso dominical; assistência médica e meio salário durante o tratamento do acidente de trabalho e proibição de alguns trabalhos aos menores de 18 anos e às mulheres. A legislação protetiva era conhecida como “legislação das índicas”, de Felipe II (Ordenações de 1574).

A partir do século XI a sociedade medieval cede “à sociedade urbana, fundada no comércio e na indústria rudimentar”. Com as cruzadas, pestes e invasões, os feudos enfraqueceram, facilitando a fuga dos colonos que se refugiavam nas cidades, onde passaram a procurar por trabalho e a reunirem-se em associações semelhantes aos antigos modelos de Collegia e Ghildas (modelos de associações similares aos sindicatos) ao lado dos artesãos e operários.

Nesta época, o trabalho poderia ultrapassar 18 horas em algumas ocasiões, mas chegavam, em média, a 12 e 14 horas por dia. Havia exploração do trabalho da mulher e da criança, além de trabalho em condições excessivamente insalubres e perigosas.

Com o desvio da inicial finalidade das corporações de ofício e a consequente exploração de aprendizes e companheiros que facilmente chegavam à maestria, nasceu as *compagnonnage*, composta de companheiros que se reuniam em defesa de seus interesses para acirrar a luta entre mestres e companheiros. Daí o embrião do atual paralelismo sindical.

Em 1789 as corporações de ofício foram extintas com a Revolução Francesa e em 1791 a Lei Chapelier, (art. 1º), de 17 de junho, proibia seu restabelecimento e demais coalizações. Nasce a lei de mercado, o liberalismo, sem intervenção estatal nas relações contratuais.

Com a descoberta e o desenvolvimento da máquina a vapor, de fiar e tear (1738–1790) expandiram-se as empresas, pois o trabalho passou a ser feito de forma mais rápida e produtiva, substituindo-se o trabalho do homem pelo da máquina, terminando com vários postos de trabalho, causando desemprego.

Daí nasce o Direito do trabalho como reação às Revoluções Francesas e Industrial e à crescente exploração desumana do trabalho. É produto de uma reação ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano.

1.2 Legislações e Constituições preocupadas em proteger o hipossuficiente.

Em 1791 – Lei Chapelie – corporações de ofício, por serem consideradas atentatórias aos direitos do homem e do cidadão.

1800 – Robert Owen assume a fábrica de tecidos em New Lamark, na Escócia, empreendendo profundas mudanças para a época, como a supressão dos castigos e prêmios; não admissão de menor de 10 anos; jornada de 10 horas e meia de trabalho; medidas de higiene no trabalho; caixa de previdência para a velhice e assistência médica.

1802 – pela primeira vez, na Inglaterra, é fixada a jornada de 12 horas no máximo para o trabalho. É proibido o trabalho ente 21h e 6h, ou seja, o trabalho noturno.

1809 – é considerado ilegal o trabalho do menor de nove anos.

1813 – é proibido o trabalho do menor de 18 anos em minas de subsolo.

1814 – é proibido o trabalho do menor de 18 anos, em domingos e feriados.

1839 – lei que proíbe o trabalho do menor de nove anos, que anteriormente era vedado, porém ainda não havia lei neste sentido. E para o menor entre nove e 16 anos é fixada uma jornada de 10 horas, podendo trabalhar em uma jornada de 12 horas o maior de 16 anos.

1880 – descoberta da eletricidade.

1891 – encíclica Rerum Novarum, publicada pelo papa Leão XIII, que, sensibilizado pela imensa exploração do homem pela máquina, tenta trazer regras mínimas que fixavam um salário mínimo, uma jornada máxima, buscando, também, uma intervenção estatal.

1917 – Constituição do México. Foi a primeira Constituição mundial a proteger direitos dos trabalhadores.

1919 – Constituição de Weimar trazendo direitos trabalhistas– Esta data é marcada também pela criação da OIT, através do Tratado de *Versales*. Trata-se de um organismo neutro, supra -estatal, que institui regras de obediência mundial de proteção ao trabalho.

1927 – Carta Del Lavaró – Constituição italiana inspirada no corporativismo, influenciando o sistema sindical brasileiro, bem como a organização da justiça do trabalho.

1948 – Declaração Universal dos Direitos do Homem.

1824 – A Constituição do Império (art. 179, XXV), inspirada nos princípios da Revolução Francesa, assegurou ampla liberdade para trabalho e extinguiu as Corporações de Ofício.

1850 – Código Comercial. Primeiro código nacional que trouxe regras de Processo, Direito Civil, Direito do Trabalho, sendo, portanto, o berço dos demais Códigos.

1871 – Lei do Ventre Livre em que os nascidos do ventre de escrava já não eram mais escravos.

1885 – Lei Saraiva Cotegipe. Libertou os escravos com mais de 60 anos depois que cumprissem mais três anos de trabalho espontâneo.

1888 – Lei Áurea foi a mais importante lei do império. Libertou os escravos, aboliu a escravatura. Este fato trouxe para o Brasil uma nova realidade, porque houve aumento da demanda no mercado e não havia trabalho para todos. A mão de obra era desqualificada e numerosa.

1890 – Foi emitido um aviso do Ministro da Agricultura em 17 de janeiro de 1890 concedendo férias anuais remuneradas de 15 dias úteis para os ferroviários da Estação de Ferro Central do Brasil.

1891 – A carta de 1891 apenas garantiu o livre exercício de qualquer profissão (art.72, § 24) e assegurou a liberdade de associação (art. 72, § 8º), o que embasou o STF a considerar lícita a organização de sindicatos.

1891 – através do Decreto 1.313/91 foi proibido o trabalho do menor de 12 anos em fábricas; foi fixada jornada de sete horas para menores entre 12 e 15 anos do sexo feminino e entre 12 e 14 do sexo masculino.

1903 – Primeira norma brasileira de sindicalização e organização sindical dos rurais – Decreto 979/03.

1907 – Organização sindical dos urbanos garantida pelo Decreto 1.637/07.

1916 – Código Civil. Tratou da locação de serviços e parte de suas disposições era aplicada às relações de trabalho, como aviso prévio, contrato determinado etc.

1919 – Criação do instituto do acidente de trabalho e, mundialmente, a criação da OIT.

1923 – Lei Eloy Chaves (Lei nº 4.682/23) criou a estabilidade decenal apenas para os ferroviários e no mesmo ato instituiu o Conselho Nacional do Trabalho, no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio.

Decreto 16.027/23 criou o Conselho Nacional do Trabalho, que foi o primeiro embrião da Justiça do Trabalho.

1925 – Lei nº 4.982/25 estendeu as férias de 15 dias úteis para os trabalhadores de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários.

1927 – Código de Menores (Decreto 17.934-A) em que se estabeleceu a idade mínima de 12 anos para o trabalho, como também a proibição de trabalho noturno e em minas de subsolo.

1930 - em 24 de outubro deste ano, Getúlio Vargas tornou-se presidente e no dia 26 de novembro criou o Ministério do Trabalho, indústria e Comercio através do Decreto 19.443/30. A partir de então, houve farta legislação, através de decretos legislativos, tanto sobre previdência social quanto a respeito das relações de trabalho (individual e coletivas) até a promulgação da carta de 1934.

1931 – O Decreto 19.671/31 regulamentou a organização sindical.

1932 – O Decreto Legislativo 21.396/32 criou a Comissão Mista e Permanente de Conciliação e o Decreto Legislativo 22.132/32 as juntas de Conciliação e Julgamento.

1934 – Foi a primeira Constituição da República que elevou os direitos trabalhistas ao status constitucional disposto nos art. 120 e 121, tais como salário mínimo, jornada de oito horas, férias, repouso semanal (não era remunerado), pluralidade sindical, indenização por despedida imotivada, criação da Justiça do Trabalho, ainda não integrante do Poder Judiciário.

1935 – A Lei nº 62/35 disciplinou a rescisão do contrato, justa causa, aviso prévio e a estabilidade dos empregados da indústria e do comércio após 10 anos de serviço.

1937 – Golpe de Getúlio Vargas. Regime ditatorial. O congresso é fechado.

Foi dada competência normativa aos tribunais trabalhistas.

O Decreto-Lei nº 39/37 disciplinou a execução dos julgados nos conflitos entre empregados e empregadores.

1939 – Organização da Justiça do Trabalho através do Decreto-Lei nº 1.27/40.

1941 – Decreto-Lei nº 3.078/41 regulou a locação de serviços dos empregados domésticos.

1943 – A CLT é compilada. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

O Decreto-Lei nº 5.821/43 dispõe sobre dissídios coletivos enquanto perdurar o estado de guerra.

1945 – Getúlio é deposto.

1946 – A Carta de 1946 foi considerada democrática.

1949 – A Lei nº 605/49 instituiu o repouso semanal remunerado.

1955 – Lei nº 2.573/55 criou adicional para o trabalho perigoso.

1957 – A Lei nº 2.207/57 dispôs sobre o vendedor praticista.

1962/ 1963 – Criação do 13º salário: Lei nº 4.090/62 e Lei nº 4.769/65.

1964 – Lei nº 4.330/64: primeira lei que regulamentou o direito de greve reconhecido no artigo 158 da CRFB de 1946.

1966 – Lei nº 5.107/66: Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

1967 – Esta Constituição manteve os direitos previstos na Carta de 1946 e objetivou a continuidade da revolução de 1964.

1969 – A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, repetiu a Constituição anterior, porém criou alguns direitos. Em relação ao direito coletivo dispôs sobre o imposto sindical, proibiu o direito de greve para o serviço público e atividades essenciais.

1972 – Lei nº 5.859/72: Lei do doméstico.

1973 – Lei nº 5.889/73: Lei do trabalho rural.

1974 – Lei nº 6.019/74: Lei do trabalho temporário.

1983 – Lei nº 7.102/83: Lei os vigilantes.

1988 – Nova Constituição retomando o homem como figura principal a ser protegida, abandonando o conceito individualista e privatista e priorizando o coletivo, o social e a dignidade da pessoa.

Houve, portanto, uma intensa evolução na legislação até culminar na Constituição de 1988 que, no art. 7º, arrola inúmeros direitos aos trabalhadores que visam à melhoria de sua condição social. Por outro lado, também forneceu instrumentos para a flexibilização de direitos trabalhistas.

1999 – A Emenda Constitucional nº 24 transformou as Juntas de Conciliação e Julgamento em Varas do Trabalho, extinguindo a representação classista.

2004 – A Emenda Constitucional nº 45 ampliou a competência da Justiça do Trabalho para abarcar também as controvérsias oriundas das demais relações de trabalho, aí incluídas, segundo nossa opinião, as lides entre: representantes comerciais e representados; profissional liberal e cliente, inclusive qualquer tipo de advogado e cliente; trabalhadores rurais sem vínculo de emprego e respectivos tomadores etc.

A violência moral nos locais de trabalho tornou-se objeto de estudo inicialmente na Suécia e depois na Alemanha, sobretudo por mérito de um pesquisador em psicologia do trabalho, Heinz Leymann, que em 1984 identificou pela primeira vez o fenômeno.

Na França, Hirigoyen foi uma das pioneiras a desenvolver estudos nesse sentido, revelando em 1998, através do seu livro *Assédio Moral*, e depois em 2001, na obra *Mal-Estar no Trabalho*, que este tipo de assédio é uma "guerra psicológica", envolvendo abuso de poder e manipulação perversa, fatores responsáveis por prejuízos à saúde mental e física das pessoas.

No Brasil, atualmente, existem leis e projetos de lei em tramitação no âmbito federal e estadual, uma vez que a violência no ambiente de trabalho está se tornando cada vez mais ostensiva. Existem, também, algumas leis e projetos de lei municipais sobre o assunto. Essa manifestação do Legislativo demonstra a disposição inequívoca de se coibir atos aos quais, até bem pouco tempo, não era dada a devida importância.

Embora se trate de ocorrência tão antiga quanto o próprio trabalho a discussão da O assédio moral no serviço público.

É importante que o poder público reconheça a importância do tema diante das consequências e danos à saúde da vítima, propiciando não somente medidas legais específicas, mas atendimento interdisciplinar em que os profissionais sejam preparados para ouvir e compreender a vítima, evitando a medicalização e "psiquiatrização do problema social" como lembra Hirigoyen.

Ocorre que a violência moral no ambiente de trabalho ainda não foi incorporada pelos profissionais da área de saúde e trabalho como risco invisível (fator psicossocial) responsável pela degradação deliberada das condições de trabalho, gerando um clima negativo nas relações, desestabilizando emocionalmente os/as trabalhadores/as, comprometendo a saúde, desencadeando ou agravando doenças que podem levar disfunção e/ou incapacidade laborativa, de longa duração ou até mesmo a morte.

As ofensas, humilhações e a sobrecarga de trabalho em razão da condição de raça e cor reforçam a informação que vem sendo apontada pelos principais institutos de pesquisas, há mais de vinte anos, que o contingente da população negra comparada com a branca é o seguimento mais discriminado, sendo que o mesmo acontece quanto ao Assédio Moral no trabalho.

Atualmente existem leis e projetos de lei tramitando no âmbito federal e estadual. No âmbito federal há pretensões de se regulamentar a prática do assédio moral: o projeto de Lei Federal nº 4.742/2001 pretende introduzir o artigo 146-A no Código Penal Brasileiro, dispondo sobre o crime de assédio moral no trabalho; o projeto de Lei Federal nº 4.591/2001, atualmente arquivado, dispunha sobre a aplicação de penalidades à prática de assédio moral por parte de servidores públicos da União, das autarquias e das fundações

públicas federais a seus subordinados, alterando a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Além disso, existem ainda os seguintes projetos de lei sobre o tema:

Projeto de reforma do Código Penal, sobre coação moral;

Projeto de reforma da Lei nº 8.112, sobre coação moral;

Projeto de reforma da Lei nº 8.666, sobre coação moral;

Projeto de reforma do Decreto-Lei nº 5.452, sobre coação moral.

2 ASSÉDIO MORAL

2.1 Conceito de assédio moral

Assédio moral ou violência moral no trabalho não é um fenômeno novo. Pode-se dizer que ele é tão antigo quanto o trabalho.

A conceituação do assédio moral não nasceu no campo jurídico, teve sua origem em estudos médicos e psicológicos, uma vez que envolve relações humanas das mais variadas naturezas: família, escola, trabalho. Para o presente estudo, a natureza do assédio moral a ser analisada é a do gerado no ambiente laboral ou o caráter do assédio moral que será analisado é aquele gerado no ambiente laboral, tanto na esfera privada, seara do direito trabalhista, quanto no âmbito do direito administrativo, do ponto de vista que atinge os servidores públicos.

Segundo Ferreira (2004, p.37):

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que o assédio moral nas relações de trabalho é um dos problemas mais sérios enfrentados pela sociedade atual. Ele é fruto de um conjunto de fatores, tais como a globalização econômica predatória, vislumbradora somente da produção e do lucro, e a atual organização do trabalho, marcada pela competição agressiva e pela opressão dos trabalhadores através do medo e da ameaça. Esse constante clima de terror psicológico gera, na vítima assediada moralmente, um sofrimento capaz de atingir diretamente sua saúde física e psicológica, criando uma predisposição ao desenvolvimento de doenças crônicas, cujos resultados a acompanharão por toda a vida.

O estudioso pioneiro na área foi Heiz Leymann (2014), pesquisador em psicologia do trabalho sueco que qualificou esse processo como “psicoterror”. Trata-se de um fenômeno verificado e estudado em diversas partes do mundo e denominado de uma forma distinta em cada uma delas: *Assédio Moral* no Brasil e em Portugal, *Mobbing* em boa parte da Europa, *Harassment* ou *mobbing* nos Estados Unidos, *Acoso moral* na Espanha, *Bullying* na Inglaterra, *Harcèlement moral* na França e *Ijime* no Japão.

A nomenclatura empregada para designar a vítima do assédio é *assediado* e aquele que o pratica é o *assediador*. O assediado, a contrário senso do que o assediador tenta fazer crer não é acometido, de início, de qualquer patologia ou fragilidade. É exatamente a sua recusa em subjugar-se ao autoritarismo que o leva a tornar-se vítima, na maior parte dos casos⁵.

Encontra-se em Hirigoyen (2015, p. 17) a seguinte definição:

...o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. (*grifo nosso*).

Em um decreto europeu específico sobre a vitimação no trabalho, em 1994, baseado nos trabalhos de Leymann (2015, p.78) temos a seguinte definição: "Por *mobbing*, entendem-se as ações repetidas e repreensíveis ou claramente negativas, dirigidas contra empregados de uma maneira ofensiva, e que podem conduzir a seu isolamento do grupo no local de trabalho".

De acordo com o entendimento do STJ, temos a seguinte definição:

O assédio moral, mais do que apenas provocações no local de trabalho – sarcasmo, crítica, zombaria e trote –, é uma campanha de terror psicológico, com o objetivo de fazer da vítima uma pessoa rejeitada. O indivíduo-alvo é submetido à difamação, abuso verbal, comportamento agressivo e tratamento frio e impessoal. (*grifo nosso*)

STJ - REsp: 1286466 RS 2011/0058560-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 03/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/09/2013.8

Porém, com um olhar diferente da decisão acima colacionada, que se preocupa mais com que o empregado *entreve ou conteste o exercício moral do poder diretivo do empregador, com suas alegações de assédio moral do que com os outros tipos de violência que o superior hierárquico pode infligir ao subordinado*, Hirigoyen (2015) refere outros tipos de gestão violenta, mas que não configuram assédio moral:

- a. Estresse - seria a sobrecarga e más condições de trabalho, que se torna destrutivo pelo excesso, enquanto o assédio é destrutivo por si só;
- b. Gestão por injúria - comportamento de administradores despreparados que submetem sua equipe a pressão desproporcional ou violenta, injuriando-os ou insultando-os, com total falta de respeito. Difere do assédio, pois uma das características deste é justamente ser velado. A violência praticada por este tipo de gestor é generalizada. No Brasil, porém, analisando-se os casos que chegam aos tribunais a gestão por injúria tem sido abarcada como assédio moral.
- c. Agressões Pontuais - é uma das mais confundidas com o assédio moral, pois comumente se desconsidera o critério temporal na caracterização do assédio. As agressões esporádicas podem acabar não configurando assédio, uma vez que faz parte da caracterização dele a continuidade no tempo.
- d. Formas variadas de violência - a violência física não é assédio em si, apesar de as situações de assédio poderem culminar em violência física; - a violência sexual, ou assédio sexual, por já estar tipificada não entra no rol do assédio moral.

A gestão por stress, por injúria ou as agressões pontuais não configuram assédio moral, mas poderão ensejar mesmo assim indenização civil por dano moral se afetar moral, psíquica e intelectualmente a vítima. Sob uma análise constitucional o assédio moral constitui violação ao artigo 5º, X, da CF, que assegura a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem das pessoas: "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;".

Assim como é claramente uma violação ao artigo 1º, inciso III do Texto Maior que traz como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro a dignidade da pessoa humana.

Para se compreender melhor o que é assédio moral, seu conceito, é importante primeiro estabelecer a diferença entre assédio moral e sexual, pois apesar de serem formas de agressão distintas, muitos têm dificuldade de discernir o que é um e outro. Respectivamente um atinge tanto homens quanto mulheres e busca com isso que a sua vítima saia do mundo do trabalho, o outro tem por vítima preferencial as mulheres e busca satisfazer a lascívia do agressor; um é gênero o outro é espécie. O assédio sexual é crime enquanto o assédio moral não o é, sendo possível a sua reparação por meio de indenização em razão das consequências que ele traz e não propriamente por ser o assédio moral um crime. Outro fator importante é que o assédio moral pode resultar de um assédio sexual frustrado, por exemplo, o chefe tenta abusar sexualmente de sua secretária mais ela o rejeita, diante da rejeição ele pode tanto lhe atribuir funções inferiores ao seu cargo, como humilhá-la diante das pessoas entre outros meios de abuso considerando a sua superioridade hierárquica.

A carência de material sobre o assunto tratado vem em muito prejudicar o entendimento sobre o assédio moral e dificultar o seu conceito jurídico, que deve deixar a subjetividade o máximo possível, para que com isso se estabeleçam elementos objetivos e gerais para que se defina assédio moral juridicamente. As pesquisas desenvolvidas partem mais do campo Psicológico e do Sociológico e são desses trabalhos que se busca a base para construir um conceito jurídico.

Heinz Leymann (2014) entende que o assédio moral consiste em um psicoterror, em uma psicologia do terror onde o agressor tenta afligir, de maneira extremamente hostil, a sua vítima e a área que ele escolhe para atacar é o psicológico. No assédio moral não há basicamente agressões físicas. O agressor busca sempre o anonimato e a vítima na maioria das vezes não reagem facilitando mais ainda ao agressor as suas práticas de assédio.

O assédio moral é sempre uma manipulação perversa, um terrorismo psicológico onde o agressor busca afligir a vítima. Segundo Luciana Santucci (2006. p.17): “[...] é um processo, conjunto de atos, procedimentos destinados a expor a vítima a situações incômodas e humilhantes [...]”.

Esses processos de humilhação decorrem tanto da relação patrão e empregado, que é o assédio moral clássico, como também do assédio de trabalhador para trabalhador.

Para Ferreira (2004. p.37.- 49) o assédio moral é:

[...] é fruto de um conjunto de fatores, tais como a globalização econômica predatória, vislumbradora somente da produção e do lucro, e a atual organização de trabalho, marcada pela competição

agressiva e pela opressão dos trabalhadores através do medo e da ameaça [...].

[...] é um processo composto por ataques repetitivos que se prolongam no tempo, permeado por artifícios psicológicos que atingem a dignidade do trabalhador, consistindo em humilhações verbais, psicológicas, públicas, tais como o isolamento, a não-comunicação ou a comunicação hostil [...].

O assédio moral tem por características condutas abusivas e agressivas, que podem ser mais ou menos explícitas, possui sua origem no abuso de poder, pois mesmo que a pessoa não configure como agente agressor ela permite que tal fenômeno aconteça, figurando como espectador e colaborando com a manipulação perversa, com a comunicação hostil, com o isolamento e demais formas de paralisar e anestesiar a vítima. Essa manipulação perversa gera um efeito cascata e essa maneira de desenvolvimento do assédio moral merece atenção, pois se enquadra em algumas das hipóteses que estão previstas no art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho. Já dentro de uma empresa a caracterização do assédio moral não é muito diferente, ocorre pela imposição de políticas empresariais, pela tendência de igualar as pessoas, como se todos fossem iguais e não houvesse diferenças físicas, como de personalidades. Outra característica do assédio moral dentro da empresa é o estímulo a rivalidade que a própria empresa cria, todos têm medo de perder o emprego, por saberem das dificuldades de se estar desempregado e muitos em razão disso, acabam também conhecendo a dificuldade de se estar empregado.

O assédio moral é um tipo de violência psicológica configurada na exposição dos trabalhadores a situações humilhantes, na qual o assediador persegue a vítima em atos que se prolongam por certo período de tempo, infligindo-lhe vários tipos de agressões que vão, pouco a pouco, destruindo a sua saúde física e mental. (SINASEMPU. Cartilha sobre assédio moral. Brasília, DF, p.23).

Este tipo de violência pode causar, na maioria das vezes, sequelas ainda piores que uma violência física, pois o psicológico da pessoa que será afetado, sendo destruída, paulatinamente, a sua autoestima, a vontade de viver, a capacidade de se relacionar com as pessoas, a sua carreira profissional, a sua saúde, dentre outras inúmeras consequências graves e, na maioria das vezes, irreversíveis para a vítima.

O precursor dos estudos sobre assédio moral, Heinz Leymann, apud Maoeka (2012, p.86), define este tipo de violência como:

[...] um processo de interação social pelo qual um indivíduo (raramente mais de um) é atacado por um ou mais (raramente mais

de quatro) indivíduos, com frequência ao menos semanal e com duração de vários meses; levando a vítima a uma posição indefesa com um alto potencial de exclusão.

O modus operandi do mobbing também é fornecido pelo precursor do seu estudo Heinz Leymann apud Maoeka (2012, p.86-87, 2012):

Na vida laboral tolera uma comunicação hostil e desprovida de ética que é administrada de forma sistemática por um ou poucos indivíduos, principalmente contra um único indivíduo, que é exortado a uma situação solitária e sem defesa prolongada, a base de ações de hostilização frequentes e persistentes (definição estatística: ao menos uma vez por semana) e ao longo de um prolongado período (definição estatística: ao menos durante seis meses). Como consequência da alta frequência e da larga duração destas condutas hostis, tal mau-tratos se traduz em enorme suplício psicológico, psicossomático e social.

No mesmo sentido, a vitimóloga Hirigoyen (2002. p. 65) define o assédio moral no trabalho como sendo:

Toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

Observa-se a clara demonstração de que deve haver certa frequência nos atos de violência moral exercidos pelo assediador em face de sua(s) vítima(s), sendo este um fator imprescindível para diagnosticar a existência da prática desta conduta deplorável, além de distinguir o assédio moral de uma simples exasperação ou mesmo falta de preparo profissional do superior hierárquico nas relações trabalhistas.

A violência psicológica também pode ocorrer no ambiente familiar, podendo ser realizada entre pais e filhos ou ainda entre os casais, quando praticada por um dos parceiros, em relacionamentos onde impera a possessão e o poder.

Da mesma forma, não é diferente no ambiente escolar, onde o assédio moral pode ocorrer tanto na relação professor/aluno ou mesmo entre funcionários e empregadores, sendo frequente sua incidência tanto em instituições públicas ou privadas.

No entanto, é nas relações laborais que o assédio moral tem maior incidência, pois a relação de hierarquia e subordinação dos assalariados torna o ambiente propício para a atuação do assediador.

2.2 Manifestação do Assédio Moral

Para Alkimin (2008, p.71):

Há várias formas de manifestação do assédio moral com o objetivo de vexar, constranger, inferiorizar e humilhar a vítima, que vão desde comportamentos e atitudes concretas como, por exemplo, tratar com rigor excessivo, atribuir tarefas inúteis, degradantes ou superiores à capacidade intelectual ou física do empregado, rebaixamento funcional, invasão da privacidade e intimidade, divulgando questões pessoais ou sujeitando o empregado a revistas e controles exagerados, injúrias, calúnias, críticas, ironias, humilhações e discriminações reiteradas em público, inatividade forçada, agressão verbal ou física etc., até falta de comunicação (conduta omissiva) no intuito de isolar a vítima e afastá-la da organização do trabalho, ou comunicação não-verbal e gestos (suspiros, olhar e ignorar a presença da vítima, erguer de ombros, mímicas, risinhos etc.).

A manifestação vem de forma antiética, com a intenção de degradar o ambiente de trabalho afetando o empregado através de conduta comissiva e omissiva, nascendo com certeza de uma patologia organizacional e tem aumento por causa da precariedade de emprego.

Não existe nenhuma prova científica para explicar claramente e sem equívoco a relação entre as causas e as consequências que levam ao assédio moral, porém, alguns fatores servem como referencial para serem levados em conta, já que muitos deles podem levar ao assédio. Por outro lado, não existe dúvida que o assédio pode ser prevenido e desmontado antes que a vítima tenha prejuízos a sua saúde, ou seja, ele pode se manifestar, mais também pode ser desmontado e se não o for é porque foi um problema organizacional.

Para a caracterização, o assédio moral deve apresentar os seguintes requisitos: conduta abusiva contra indivíduo no ambiente de trabalho; repetição ou sistematização dessa conduta; ameaça à permanência da pessoa no emprego e/ou à sua integridade física e/ou psíquica no ambiente laboral.

2.3 Configuração do assédio moral

Para a configuração do Assédio Moral, a conduta praticada pelo assediador tem que ocorrer de maneira repetida e sistemática, e também com os ataques aparentemente inofensivos que de certa maneira com o passar do tempo pode afetar a vítima, portanto não somente aquelas condutas capazes de provocar lesão imediata que configuram o assédio.

Logo, não caracteriza o assédio moral um conflito temporal no ambiente de trabalho, tão menos uma agressão pontual partida do superior hierárquico ou colega de serviço, posto que, no conflito, há interesses contrapostos, preponderando o binômio ataque-resistência, nada impedindo que pela repetição, uma das partes ceda e passe a ser vítima do assédio moral; ao passo que no caso da agressão pontual, esta esgota-se em si mesma, não implicando perseguição ou discriminação na relação de trabalho (ALKIMIN, 2008, p. 51).

Para a conduta degradante e humilhante se caracterizar como assédio moral, tem que ser praticada com uma devida frequência, de forma reiterada e sistemática.

Portanto a necessidade da existência de um dano real, geralmente provocando grande sofrimento na vítima, de natureza psicológica que ameaça a permanência da pessoa no emprego e a sua integridade física, e psíquica no seu ambiente laboral.

2.4 Espécies de assédio moral

2.4.1 Assédio moral vertical descendente

O Assédio Moral vertical é aquele praticado pelo empregador, é a hipótese mais comum diante da subordinação em que a vítima se encontra em relação ao assediador.

Para Alkimin (2008, p.41),

O sujeito agressor pode ter variadas denominações como: assediador, perverso, acossador, sendo que normalmente está figura recai em alguém que para demonstrar ter autoestima e poder, acha necessário rebaixar os outros, não admitindo suas falhas e não valorizando suas ações, sendo arrogante, amoral e capaz de se apoderar de trabalhos alheios com intuito de demonstrar uma sabedoria que não possui.

O assédio moral vertical descendente, "é proveniente do empregador, compreendido na expressão do empregador propriamente dito, bem como qualquer outro superior hierárquico (diretor, gerente, chefe, supervisor), que receba uma delegação do poder de comando" (Alkimin, 2008, p.61).

Assim, pode-se afirmar que o Assédio Moral vertical descendente é o total abuso do poder de chefia, portanto é caracterizado pela pior forma de assédio, que fere de maneira drástica psicologicamente e fisicamente a vítima.

2.4.2 Assédio moral vertical ascendente

Ocorre o Assédio Moral vertical ascendente, quando praticado pelo subordinado contra seu superior.

Podem-se distinguir diversas formas de assédio moral vertical ascendente, como: a falsa alegação de assédio sexual (com o objetivo de atentar contra a reputação de uma pessoa e desqualificá-la definitivamente) e as reações coletivas de grupo (a cumplicidade de todo um grupo para se livrar de um superior hierárquico que lhe foi imposto e que não é aceito) (HIRIGOYEN 2012, p. 116).

Alkimin (2008, p.65) considera que esta forma de assédio pode ocorrer por haver uma insegurança ou até mesmo uma inexperiência do superior hierárquico, no qual este não consiga manter o domínio sobre os trabalhadores.

O superior diante de postura autoritária para o exercício de seu comando, acaba criando uma rivalidade é aí que os assediadores se fortalecem para derruba-lo do cargo.

2.4.3 Assédio moral horizontal

O Assédio Moral Horizontal ocorre entre os próprios colegas de trabalho, aqueles que possuem a mesma condição hierárquica da vítima, em razão da competitividade, e da diferença salarial.

O assédio moral horizontal segundo Alkimin (2008, p.64),

É aquele cometido por colega de serviço, manifestando-se através de brincadeiras maldosas, gracejo, piadas, grosserias, gestos obscenos, isolamento, podendo ser resultante de conflitos interpessoais, que acarretam em dificuldades de convivência, ou por competitividade/rivalidade para alcançar destaque dentro da empresa.

Nota-se que o assédio moral horizontal pode ser praticado de forma individual, coletiva contra determinado grupo de trabalhadores ou somente um indivíduo.

Os Fatores que geram essa perversão moral são provocados pelo excesso de competitividade entre os colegas de trabalho, a inveja, o interesse em promoções e em cargos superiores, talvez o medo de ser passado para trás.

2.4.4 Assédio moral misto

O assédio moral misto é um caso mais raro de acontecer. Ele ocorre quando a vítima sofre o assédio tanto dos colegas que se encontram no mesmo nível hierárquico como também por aquele que está em um nível superior aos demais. Este tipo de assédio é mais frequente em ambientes de trabalho com grande competitividade interna e mau gerenciamento dentro da empresa, bem como um ambiente de trabalho estressante, no qual o patrão impõe um nível elevadíssimo de exigências. (GUEDES, 2003, p.36).

Para Hirigoyen (2005, p.114), são raros os casos de assédio moral horizontal que não são seguidos também pelo assédio vertical descendente, que se manifesta pela omissão da chefia ou do superior hierárquico à conduta degradante imposta pelo agressor.

Dentro da organização da empresa os assediadores são aqueles com níveis hierárquicos diferentes em relação ao assediado, como por exemplo, o assédio praticado ao mesmo tempo por colegas de serviço (assédio moral horizontal) e por superior hierárquico (assédio moral vertical descendente).

3 Atitudes que normalmente caracterizam o assédio moral

Ao analisar a “metodologia” normalmente utilizada pelos assediadores Hirigoyen (2001, p.130) foi capaz de listar as atitudes normalmente adotadas pelos agressores e dividi-las em quatro grandes grupos, a saber:

- a. Deterioração proposital das condições de trabalho
 - Retirar a autonomia do assediado;
 - Não transmitir as informações necessárias para a realização de suas tarefas;
 - Contestar sistematicamente todas as suas decisões;
 - Privá-lo do acesso aos instrumentos de trabalho, como telefone ou computador, por exemplo.
 - Retirar o trabalho que normalmente lhe compete;

- Atribuir proposital e sistematicamente tarefas inferiores ou superiores às suas competências, ou ainda tarefas incompatíveis com a sua saúde ou até mesmo perigosas contra a vontade da vítima;

- Pressionar para que não goze de seus direitos, como férias, por exemplo;

- Agir de modo a impedir a obtenção de promoção;

- Deliberadamente dar instruções impossíveis de executar;

- Desconsiderar recomendações de ordem médica indicada pelo médico do trabalho;

- Induzir a erro.

b. Isolamento e recusa de comunicação

- Interromper constantemente quando a vítima está com a palavra;

- Superiores hierárquicos ou colegas não dialogam com a vítima;

- Comunicação com a vítima apenas por escrito;

- Recusa de qualquer tipo de contato com a vítima, até mesmo o visual;

- Separação física em relação ao resto da equipe;

- Ignoram sua presença, dirigindo-se apenas aos outros;

- Proibição aos demais colegas de falar com a vítima;

c. Atentado contra a dignidade

- Uso de insinuações desdenhosas para qualificar a vítima;

- Uso de gestos de desprezo em relação à vítima e/ou termos obscenos ou degradantes;

- A vítima passa a ser desacreditada diante de colegas, superiores e subordinados, espalhando-se rumores a seu respeito, atribuem-lhe problemas psicológicos;

- Zombaria baseada em suas deficiências físicas ou em seu aspecto físico ou mesmo de suas origens ou nacionalidade, passando a ser imitada e caricaturada.

- Críticas a sua vida privada, crenças religiosas ou convicções políticas;
- São atribuídas tarefas humilhantes à vítima;

d. Violência verbal, física ou sexual.

- Ameaças de violência física;
- Agressão física mascarada, é empurrada, tem a porta fechada na cara;
- Dirigem-se à vítima aos gritos;
- Invasão de sua vida privada por ligações telefônicas e mensagens.
- Estragos no seu automóvel;
- Assédio ou agressão sexual (gestos ou propostas);
- Desconsideram seus problemas de saúde.

4 Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015

Apesar de não se aplicar ao ambiente laboral e sim ao ambiente escolar, dado ao conteúdo que encontra-se no referido diploma não é possível falar em assédio e deixar de tecer comentários à Lei 13.185, de 6 de novembro de 2015 que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying), uma vez que as formas de caracterização, prevenção e combate ao assédio moral seja na escola ou no trabalho são muito próximas:

[...]

§ 1º No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (bullying) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

[...].

No artigo 1º, parágrafo primeiro do Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying) tem-se um conceito bastante próximo daquele adotado no presente estudo para o próprio assédio moral, ampliado para contemplar a violência física, mas

afere-se ali presente inclusive algumas das principais características do assédio, a saber, intencionalidade e repetitividade. Não só o conceito apresenta similitudes, mas também a caracterização, conforme segue:

[...]

Art. 2o Caracteriza-se a intimidação sistemática (bullying) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda:

- I - ataques físicos;
- II - insultos pessoais;
- III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;
- IV - ameaças por quaisquer meios;
- V - grafites depreciativos;
- VI - expressões preconceituosas;
- VII - isolamento social consciente e premeditado;
- VIII - pilhérias.

Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (cyberbullying), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

Art. 3o A intimidação sistemática (bullying) pode ser classificada, conforme as ações praticadas, como:

- I - verbal: insultar, xingar e apelidar pejorativamente;
- II - moral: difamar, caluniar, disseminar rumores;
- III - sexual: assediar, induzir e/ou abusar;
- IV - social: ignorar, isolar e excluir;

V - psicológica: perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, manipular, chantagear e infernizar;

VI - físico: socar, chutar, bater;

VII - material: furtar, roubar, destruir pertences de outrem;

VIII - virtual: depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social.

Art. 4º Constituem objetivos do Programa referido no caput do art. 1º:

I - prevenir e combater a prática da intimidação sistemática (bullying) em toda a sociedade;

II - capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema;

III - implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação;

IV - instituir práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores;

V - dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores;

VI - integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo;

VII - promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua;

VIII - evitar, tanto quanto possível, a punição dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil;

IX - promover medidas de conscientização, prevenção e combate a todos os tipos de violência, com ênfase nas práticas recorrentes de intimidação sistemática (bullying), ou constrangimento físico e psicológico, cometidas por alunos, professores e outros profissionais integrantes de escola e de comunidade escolar.

Art. 5o É dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (bullying).

[...]

5 O assédio moral no serviço público

Assim como na relação de subordinação que caracteriza a relação trabalhista surge o assédio moral, também na relação jurídica que rege as relações estatutárias dos servidores públicos. Cria-se muitas vezes terreno fértil ao assédio moral, tanto por parte das chefias (assédio moral vertical) quanto por parte de colegas (assédio moral horizontal).

Hirigoyen (2001, p. 65), chama a atenção para duas especificidades do assédio moral no serviço público que diferem daquele infligido no setor privado:

Uma é a duração e outra é a motivação. Uma vez que no setor privado o assédio chega ao fim com o término da relação de trabalho, quando ou o assediador finalmente desfaz o contrato de trabalho ou quando o próprio assediado o faz, no setor público as vítimas têm estabilidade no cargo, o assediador não pode demiti-las ou exonerá-las sem um motivo muito forte e o devido procedimento legal, assim como também o assediador costuma ser estável gozando das mesmas prerrogativas, desligá-lo do serviço público pode levar um longo tempo, fazendo o assédio durar longo período. Quanto à motivação do assédio, no serviço público, normalmente se dá menos pela produtividade do que por disputas de poder.

Scialpi (2001, p. 46), traz a questão da dupla violência a que a administração pública submete seus servidores, uma vez que o assédio sofrido intramuros na administração seria mais gravoso do que na iniciativa privada já que o Estado tem o dever de proteção para com todos seus cidadãos:

A dupla violência se dá do ponto de vista de que o assediado é violentado pelo seu empregador, uma vez que é a administração que proporciona o sustento da vítima do assédio e desse mesmo Estado o assediado é mais do que somente funcionário, é cidadão. Mostra-se também paradoxal a situação do Estado enquanto empregador seja o agressor uma vez que ele, Estado, é também responsável pela criação de leis, pela fiscalização de sua aplicação e pelo estabelecimento de políticas públicas de proteção aos trabalhadores.

O assédio moral não está previsto seja na esfera trabalhista seja na esfera estatutária, o assediador normalmente responde por danos morais e danos materiais, lucros cessantes, em regra, na seara cível. Penalmente, pode ser enquadrado entre os crimes contra a honra, se a natureza do assédio permitir, especialmente aqueles previstos nos artigos 136, 139, 140 e 146 do Código Penal.

- a) Maus-tratos
- b) Difamação
- c) Exceção da verdade
- d) Constrangimento ilegal
- e) Inserção de dados falsos em sistema de informações
- f) Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações
- g) Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento
- h) Concussão
- i) Prevaricação
- j) Condescendência criminosa
- k) Violência arbitrária

O assédio moral é considerado por muitos doutrinadores como um câncer social, pois suas consequências não se estreitam apenas ao contexto de cunho laboral, mas à vida pessoal do trabalhador, atingindo a situação financeira empresa e do Estado, atingindo desta forma toda a sociedade, gerando prejuízos relevantes.

Nos dizeres de Silva (2012, p.58):

[...] o clima negativo gerado pelas agressões, aliado à consequente capacidade laboral da vítima, acaba por provocar uma interferência na dinâmica produtiva da empresa, gerando prejuízos muitas vezes relevantes, não obstante as contendas judiciais que acabam por surgir, com a lenta, mas real conscientização dos trabalhadores acerca do fenômeno *mobbing*, acarretando uma carga de desgaste e dispêndio desnecessários às organizações.

Diante disso, podemos prever que os instrumentos de consecução do assédio moral são incontáveis e variam conforme a situação, dependendo da estratégia utilizada pelo agressor e da ofensa que ele pretende proclamar.

A Administração responde objetivamente por eventuais danos causados, com base na regra do art. 37, § 6º, da CF/88. Em caso de indenização por assédio moral não haveria de falar-se em responsabilidade civil do estado, visto que estaremos diante de hipótese de incidência do artigo 12, que prevê as penas aplicáveis ao responsável pelo ato de improbidade, inciso III, que expressamente diz:

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. (*grifo nosso*).

No caso será o dano moral causado ao assediado. Discutir-se-á o cabimento da responsabilidade civil objetiva do estado e se cabível a ação de regresso contra o agente público que deu causa ao dever de indenizar frente a outros tipos de violências, não quando da incidência de assédio moral entendido como improbidade administrativa, visto que a LIA é bastante clara ao estabelecer o ressarcimento integral do dano.

Em se tratando de improbidade administrativa o artigo 12 da LIA é claro ao asseverar que "Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica..." o que permite que, dependendo de como foi infligido o assédio, o servidor assediador ainda poderá incorrer em ato atentatório à moralidade administrativa prevista na lei 8.112.

6 Formas de assédio moral

Antes de se falar mais profundamente no assédio moral nas relações de trabalho é importante se lembrar que esse fenômeno não decorre só da relação de trabalho, podendo existir em vários ambientes da vida, como no ambiente familiar; nesse caso pode se manifestar no marido agressor que não aceita a separação e usa os filhos como chantagem. No ambiente escolar, professores agredem alunos que tal forma que sua agressão chega a ser física, essa prática é reprovada e muitos professores estão sendo processados por isso, só que a agressão nesse ambiente não ocorre só de professor para aluno pode ocorrer de um aluno para o outro, no qual o aluno na busca por seu espaço e a sua aceitação pelos demais colegas acaba se submetendo a situações humilhantes, acontece também em relacionamentos e por fim nas relações de trabalho.

Existem três tipos mais comuns de assédio moral na classificação de Hirigoyen (2011, p.111-115), podendo este ser:

Ascendente, ou seja, do subordinado para o seu superior hierárquico; horizontal ou transversal que é aquele que ocorre entre os próprios colegas de trabalho, e, por último, o assédio descendente, que é o mais comum, ocorrendo do superior hierárquico para seus subordinados.

O assédio moral pode se manifestar de várias formas, inclusive podendo ocorrer vários tipos de assédio sendo cometidos em face de uma única vítima, aniquilando completamente a sua dignidade humana e/ou integridade física.

As formas mais comuns de assédio moral são: isolamento; excesso de trabalho ou deixar o trabalhador na ociosidade propositalmente; ameaças; agressões e ofensas pessoais; ridicularização em público; desvio de função; delegação de tarefas impossíveis de serem realizadas ou ordens contraditórias induzindo o trabalhador a erro; condutas discriminatórias envolvendo trabalhadores doentes ou que sofreram acidente de trabalho e são reabilitados no serviço; mulheres grávidas; segregação de trabalhadores reintegrados ao serviço por sentenças judiciais, etc. (SINASEMPU. Cartilha sobre assédio moral. 2015. Brasília, DF, p. 23)

Inúmeras são as formas de assédio moral como também são inúmeras as consequências que este tipo de violência acarreta para o trabalhador, podendo lhe trazer doenças físicas e/ou psicológicas, levando muitas vezes a pessoa se afastar do trabalho para realizar tratamento médico.

Os reflexos de quem sofre os ataques do assediador, suportando humilhações por um período prolongado de tempo, são significativos e podem gerar estresse, ansiedade,

distúrbios psicossomáticos, depressão, dentre outros graves problemas. (HIRIGOYEN, 2011, p.159-163)

Mas, segundo especialistas, a consequência mais grave da prática de assédio moral é o aniquilamento por completo da integridade psíquica da vítima levando-a a um desequilíbrio tão grave que esta não vê outra alternativa a não ser retirar a sua própria vida, por não poder suportar as humilhações diárias em seu ambiente laboral.

Mas o assédio pode também trazer influências negativas para as empresas, como a redução na capacidade produtiva e da sua eficácia; elevada taxa de ausências por motivos de doença e despesas com processos judiciais. Segundo Guedes (2004, p.115), "está provado que um trabalhador submetido à violência psicológica tem um rendimento inferior a 60% em termos de produtividade e eficiência, em relação a outros trabalhadores, e seu custo para o empregador é de 180% a mais."

Não pode deixar de falar do prejuízo causado à Administração Pública quando a violência psicológica é realizada dentro do serviço público. Isto porque, quando o assédio ocorre em face de um servidor público, a lesão não será limitada aos prejuízos causados a vítima, mas há também um reflexo na prestação do serviço público em si, e, conseqüentemente, será afetado o interesse coletivo.

6.1 Consequências do Assédio Moral para o Trabalhador

Quando o assédio ocorre é sempre precedido da dominação psicológica do agressor e da submissão forçada da vítima. A pessoa tomada como alvo percebe a má intenção de que é objeto, ela é ferida em seu amor próprio, sente-se atingida em sua dignidade e sente a perda súbita da autoconfiança. É um traumatismo que pode gerar uma depressão por esgotamento e doenças psicossomáticas.

Assim, as relações afetivas e sociais, a dignidade e a identidade do trabalhador ficam comprometidas, causando danos à saúde física e mental não só para a pessoa do assediado, mas pode inclusive atingir aos que o rodeiam.

As possibilidades de ocorrerem danos em razão do assédio são muito extensas. Segundo Zanetti, (2008) inicialmente, os primeiros sintomas são os problemas clínicos devido ao estresse. O funcionário começa a dormir mal, a ter tremores, palpitações, pressão alta, problemas de pele, aumenta ou diminui de peso abruptamente. Uma pessoa que não tem diabetes pode desenvolver a doença, e quem possui pode descompensar o sintoma.

Em alguns casos, distúrbios hormonais também são verificados. Nas mulheres, alterações na menstruação. Nos homens, impotência. Depois, começa a ser afetada a parte

psicológica. A primeira reação é achar que o assediador tem razão: "O que fiz de errado? Será que eu sou eficiente?". Essas são as primeiras indagações. A auto estima da pessoa começa a entrar em declínio e não são raras as vezes o sujeito pensa no suicídio como a única maneira de se salvar.

O prazo para se chegar a este estágio pode levar a um tempo de seis meses dependendo da constituição física e psicológica da pessoa, contudo há assédios que destroem uma pessoa em apenas uma semana.

Comumente o assediado é chamado de paranoico quando diz que está sendo perseguido pelo seu chefe e não é levado a sério.

Vejamos adiante as consequências do assédio moral sobre a saúde da vítima. A queda da auto estima, e os problemas de saúde.

Entre as marcas prejudiciais do assédio moral na saúde do trabalhador, são citadas as seguintes: depressão; angústia; estresse; crises de competência; crises de choro; mal-estar físico e mental; cansaço exagerado, falta de interesse pelo trabalho; irritação constante; insônia, alterações no sono, pesadelos; diminuição da capacidade de concentração e memorização; isolamento, tristeza, redução da capacidade de se relacionar com outras pessoas e fazer amizades; sensação negativa em relação ao futuro; mudança de personalidade, reproduzindo as condutas de violência moral; aumento de peso ou emagrecimento exagerado, aumento da pressão arterial, problemas digestivos, tremores e palpitações; redução da libido; sentimento de culpa e pensamentos suicidas; uso de álcool e drogas; e tentativa de suicídio.

O assédio moral causa a perda de interesse pelo trabalho e do prazer de trabalhar, desestabilizando emocionalmente e provocando não apenas o agravamento de moléstias já existentes, como também o surgimento de novas doenças. Além disso, as perdas refletem-se no ambiente de trabalho, atingindo, muitas vezes, os demais trabalhadores, com a queda da produtividade e da qualidade, ocorrência de doenças profissionais e acidentes de trabalho, causando ainda a rotatividade de trabalhadores e o aumento de ações judiciais pleiteando direitos trabalhistas e indenizações em razão do assédio sofrido, (BARRETO, 2000).

7 Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT

Entre 1949 e 1964, o mercado interno ampliou-se, crescendo consideravelmente o número de assalariados, já que a produção industrial brasileira multiplicou-se três vezes e meia.

A sistematização e consolidação das leis num único texto (CLT) integrou os trabalhadores no círculo de direitos mínimos e fundamentais para uma sobrevivência digna.

Além disso, proporcionou o conhecimento global dos direitos trabalhistas por todos os interessados, principalmente empregados e empregadores.

Foram compiladas normas de proteção individual do trabalhador com pequenas alterações, adaptações e ajustes legislativos, copiadas ou inspiradas na Encíclica *Rerum Novarum* e convenções da OIT; decretos legislativos publicados entre 1930 e 1934; leis publicadas entre 1934 a 1937 e decretos-leis de 1937 até 1942.

Sem qualquer alteração, algumas normas simplesmente foram transpostas para a CLT, como os decretos-leis e regulamentos de 1939 e 1942 concernentes à Justiça do Trabalho e à organização sindical.

Algumas normas foram complementadas, atualizadas ou generalizadas como as referentes à medicina e à segurança do trabalho, convenção coletiva do trabalho, inspeção do trabalho e processo administrativo.

Por último, foram elaboradas outras normas que eram necessárias para sistematização e exequibilidade da CLT como: Título I, referente à introdução; Capítulos I, II, III e IV do Título IV, referentes ao contrato de trabalho, remuneração, alteração, suspensão e interrupção.

No decorrer da história do trabalho, ocorreram muitas mudanças importantes neste setor. Todas com propósitos de valorar aquele que assegura a produção, o desenvolvimento, isto é, no sentido de dignificar o trabalho humano.

O trabalho sempre foi um meio utilizado pelo ser humano com finalidades, dentre elas, está a mais importante, a sua própria sobrevivência. E, o trabalho subordinado, inserido no meio capitalista, se tornou um dos meios mais garantidores de sobrevivência, qualidade de vida e poder social àqueles que são totalmente destituídos de riquezas, os chamados hipossuficientes.

Com o desenvolvimento da chamada questão social pela Igreja Católica, iniciada pelo Papa Leão XIII, por meio da encíclica *Rerum Novarum*, anunciou-se o estabelecimento de direitos e obrigações tanto do empregador, quanto do empregado, além da necessidade de se estabelecer a concórdia e não a luta de classes e com a elaboração do Tratado de Versalhes, o trabalho humano passou a ser mais protegido e valorizado.

Ver-se que o objetivo central das Nações é estabelecer a paz universal, que se fundamenta sobre a justiça social. Um dos aspectos que justifica a existência de justiça social é a proteção do trabalho justo, humano e digno, que assegure a todos, os direitos já garantidos pela carta magna.

Dentre os acordos de proteção e valorização do trabalho humano estabelecidos em Tratados, Acordos e Declarações, é vista, a presença comum da desvinculação do trabalho como mercadoria ou um artigo de comércio, e ao mesmo tempo se ver o estabelecimento do direito de representação e associação para os trabalhadores e seus empregadores.

Dessa forma estes organismos vieram como forma protetiva valorando o trabalho e estreitando as relações entre empregado e empregador.

8 Tipologia e sujeitos do assédio moral no trabalho

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) estabelece um conceito sobre os sujeitos da relação de emprego que são o empregado e o empregador. Em seu art. 2º define empregador como:

A empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, e no art. 3º define empregado como sendo a “pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Isso sem descartar as outras hipóteses previstas em lei nas quais ocorrem a equiparação ao empregador como é o caso do superior hierárquico. Importante deixar bem claro que essas posições de empregador e empregado não quer dizer diretamente que um é o agressor, ou seja o sujeito ativo do assédio moral e o outra a vítima, sujeito passivo do assédio respectivamente, como se verá, o assédio moral nas relações de trabalho podem ocorrer tanto de empregador para empregado, como de empregado para empregado ou até mesmo contra superior hierárquico o que raro, mais pode existir.

Para Santucci, (2006, p. 31-33), são três os sujeitos do assédio moral:

O agressor, os espectadores e a vítima. Sabendo-se que os sujeitos do assédio moral são três e tomando conhecimento de algumas das características e causas que podem levar ao mesmo, verificar-se-á também os tipos de assédio moral, que podem ser vertical e estratégico, horizontal e ascendente. Essa classificação é importante, pois facilita a identificação no assédio moral no caso ocorrido.

O vertical e estratégico é o mais comum, é o praticado por um superior hierárquico por isso recebe o nome de vertical e é usado como estratégia para reduzir o número de empregados, com a agressão buscar-se-á que o empregado demita-se diminuindo o contingente de funcionários e também os custos da demissão sem justa causa. Ferreira (2004, p. 51), já define essa relação como descendente ou assimétrica, já que emana da hierarquia.

O horizontal é aquele que decorre dos próprios colegas com mesmo grau de hierarquia, hoje em dia a competitividade, o medo de perder o emprego, por exemplo, leva os empregados a verem seus colegas de trabalho não mais nessa situação mais vê-los como concorrentes, inimigos. Ferreira (2004, p. 51) dá a nomenclatura para esse caso de forma horizontal ou simétrica, pois são desenvolvidas entre os próprios colegas de trabalho.¹⁵

O ascendente já é mais raro, ocorre nos casos em que um colega é promovido sem que os demais saibam gerando assim dúvidas a respeito da qualidade ou merecimento deste.

Ferreira (2004, p. 53), neste caso usa também a mesma nomenclatura, no entanto complementa mais ainda seu entendimento, pois deixa claro que essa forma de assédio ocorre "quando um superior hierárquico é assediado por um ou mais subordinados". Muitas vezes essa situação pode ocorrer também por acusações falsas de assédio sexual para tentar dessa forma minar a moral do superior ou então pode ocorrer também quando um grupo de funcionários se reúnem para "tirar" ou "boicotar" o chefe, aquele superior hierárquico que tem incomodado, e essa incomodo pode vir de vários fatores como por exemplo um bom trabalho desempenhado e a exigência de que todos trabalhem, esse problema ocorre muito em repartições públicas.

Já compreendidos os tipos de assédio moral e sabendo quem pode ser seus autores buscar-se-á agora conceituar cada um e dar algumas características individuais e o papel que cada um tem na agressão:

a) **O Agressor;** é o agente ativo, aquele que agride a vítima, que escolhe as opções e os meio mais agressivos para golpeá-las, o agressor não demonstra sentimento de culpa pelo contrário se convence que está fazendo a coisa certa e que o vilão da história é o agredido que fica posando de vítima.

O agressor uso de várias estratégias, começando pela escolha da vítima e exclusão do grupo, porque daí ela vai estar sozinha provavelmente não vai ter ninguém para defendê-la ou mesmo para ver as agressões que a vítima tem sofrido. Esse é o início e vai até o objetivo final que o de se livrar da vítima, o agressor ira usar de todos os meios para

vê-la demitida por justa causa, que pode ser por incompetência ou falta de adequação ao serviço e moldes da empresa dentre tantos outros, ou para que ela se sinta forçada a pedir demissão.

b) **Os Espectadores**; essas pessoas podem ser tanto os próprios colegas da vítima, como superiores ou outros que querendo ou não participam dessa violência. São aqueles que apesar de não estarem diretamente envolvidos na agressão participam de maneira passiva ou ativa, um peca pela omissão enquanto o outro já tem o interesse de contribuir com o agressor, levando adiante as humilhações confrontando lateralmente a vítima.

c) **A Vítima**; normalmente são pessoas responsáveis, habilidosas, que são ingênuas e por isso não estão o tempo todo preocupada em atacar ou se defender, que se destacam principalmente no seu ambiente de trabalho, mais também da sociedade e na sua vida pessoal, ou seja, ela vai sempre incomodar o agressor justamente por ter algo a mais e por ter algo que o agressor não tem e que deseja tirar. Para conseguir o agressor usará de manobras perversas atacando a auto-estima da vítima, fazendo com que ela não acredite mais em si. O agressor dificilmente atacará a vítima fisicamente ou de maneira ampla, ele vai procurar resguardar o seu assédio para que com isso a pessoa agredida fique desacreditada perante os outros.¹⁷

Assédio moral significa “perseguir com insistência, molestar”, excluindo desse conceito situações que configuram verdadeiro abuso moral. Buscando evitar esses tipos de abuso, no contexto jurídico o conceito de assédio moral deverá ser mais amplo englobando situações como, por exemplo, a humilhação que uma pessoa sofre na entrevista de emprego.

9 Consequências do assédio moral nas relações de trabalho

Os efeitos do assédio moral são tanto físicos, como psíquicos, emocionais e sociais. Os distúrbios sofridos podem gerar problemas digestivos, respiratórios, depressão, insônia, vertigens. Os problemas familiares se agravam, pois, as pessoas muitas vezes usam a família como válvula de escape de suas frustrações e baixa autoestima, crise existencial tudo isso atrapalha também o convívio social, e num contexto mais amplo acaba gerando um desconforto em toda a sociedade, pois as pessoas acabam ficando inseguras e desacreditadas em si mesmo.

De maneira mais profunda é importante ter conhecimento que as consequências do assédio moral não se limitam ao ambiente de trabalho e a saúde do trabalhador que está sendo vítima do processo destrutivo, sua esfera social também é ameaçada, isso sem falar nas *consequências econômicas do fenômeno sobre o empregado, a empresa e a sociedade, conforme afirma Santucci, (2006, p.69).*

As consequências econômicas são realmente preocupantes, pois a maioria das vítimas do assédio moral acabam saindo dos seus empregos com desgaste físicos e mentais não apresentando menor condição de se recolocar no mercado de trabalho. A maioria das vítimas do assédio moral são demitidas da empresa onde trabalham ou simplesmente são desligadas do quadro funcionários, alguns são demitidos devido a falhas que muitas nem explicadas são ou que decorrem do própria assédio moral que deixa a vítima transtornada, outros chegam a um limite; que acabam por se demitirem. Essa é a maneira que as empresas melhor preferem, pois é a mais econômica, já que os encargos trabalhistas são bem menores e por fim quando a vítima resiste a todas essas opções acaba sendo colocada em pré-aposentadoria.

A empresa sente tanto quando a vítima do assédio moral os danos e consequências, pois essas atingem direto o lucro da empresa pois já foi comprovado que o ambiente de trabalho tem que um lugar saudável, onde as pessoas se sintam bem para trabalhar, um ambiente onde o assédio moral é presente atinge todos que acabam sendo espectadores e muitas vezes coparticipantes gerando grandes custos para a empresa devido à baixa de produtividade e também os cortes dos benefícios que muitas vezes servem como incentivos ao trabalhador e por fim na formação de pessoal que acaba gerando custos pois a todo tem que estar contratando e treinando novos trabalhadores. Sem falar que as empresas respondem pelas consequências direta da violência no interior dela justamente pelos fatos já mencionados e os artigos 927, 932 e 933 do Código Civil Brasileiro que prevê e reconhece a responsabilidade do empregador indenizar a vítima pelos danos sofridos pelo empregado que foi assediado.

A Constituição também vem proteger as vítimas de danos garantindo em seu artigo 114, inciso IV:

O direito a ação de indenização por dano moral e, ou patrimonial decorrente da relação de trabalho. E quanto ao agressor o que a lei tem previsto, tendo ele sido identificado pode ser demitido por justa causa por se enquadrar em uma das hipóteses do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, e o interessante é que a empresa condenada a pagar indenização por dano moral poderá ajuizar ação de regresso em face daquele empregado que praticou o assédio moral, o sujeito ativo da ação de agressão.

Diante desses fatos é fácil perceber que as maiores consequências econômicas atingiram a sociedade, pois se as vítimas saem dos seus empregos sem a menor condição de encarar o mercado de trabalho por não estarem gozando de plena saúde física nem mental, essas pessoas acabaram gozando de benefícios previdenciários temporários ou até

mesmo permanentes pelas incapacidades adquiridas, ou seja, nesse caso quem vai se sobrecarregar é a querida Previdência Social que tem que suportar aposentadoria antecipada, gasto com médico, indenizações pelo desemprego, pois a um aumento de custos em aposentar alguém antecipadamente por consequência de uma grave agressão psicológica sofrida no trabalho, do que alguém que se aposenta dentro da idade prevista depois de já ter contribuído com a Previdência Social por toda uma vida de trabalho.

Analisando essas informações diante dos aspectos da previdência no Brasil nos dias de hoje, falasse que a previdência já morreu e esqueceram de enterrar, a expressão parece coloquial demais para um trabalho acadêmico mais vem a calhar perfeitamente a situação atual, tanto é que a reforma previdenciária teve como objetivo evitar que a Previdência Social fosse engolida pelas próprias despesas que tem para arcar, agora imagine como ficaria a situação com o crescimento do assédio moral, o que apesar de existir a muito tempo pode ser tranquilamente definido como o mal desse século e dos próximos a previdência não suportaria e não só a previdência a sociedade em geral.

A consequência social começa quando a vida da vítima é atingida, já que normalmente essa tem família para sustentar, desencadeando um processo de sofrimento e destruição muito grande, pois a família da vítima assim como ela também sofre muito, pois muitas vezes estão alheios ao que vem acontecendo, a vítima fica fragilizada, irritada, sensível, chorosa e acaba muitas vezes por se fechar nesse mundo de sofrimento, por achar que consegue suportar sem ajuda de ninguém ou então ocorre o pior, a vítima acaba transpondo as agressões sofridas a sua família, gerando todo um desequilíbrio que pode chegar a separações ou até mesmo a vítima se suicidar por não suportar a pressão que o assédio moral gera justamente por atingir a dignidade da pessoa humana que um direito resguardado pela própria Constituição Brasileira.

9.1 Consequências jurídicas do assédio moral

As consequências jurídicas do assédio moral são a rescisão indireta²⁰ ou despedida indireta²¹ e o dano moral. Tanto uma como a outra decorre da agressão que o assédio moral provoca e na busca de se livrar daquela agressão ou de pelo menos ver os danos sofridos reparados:

a) Despedida Indireta; o normal seria que toda rescisão de contrato de trabalho fosse direta, não se falando no caso contrário, no entanto a rescisão indireta não há propriamente uma dispensa do trabalhador, o que ocorre é que o empregador cometera algum ato que cominara na saída do empregado. É importante nesse caso que o empregado avise o empregador da sua saída e dos motivos porque ela se deu, se não pode o empregador alegar abandono de emprego. O empregado não deve continuar trabalhando, pois pode-se entender com essa atitude que houve o perdão e deve ajuizar

ação na Justiça do trabalho e postular a despedida indireta do contrato de trabalho pois essa é a única forma de verificar se houve justa causa para a rescisão por parte do empregador.

O artigo 483 da CLT em suas alíneas prevê as hipóteses de rescisão indireta, a primeira se refere aos serviços prestados pelo empregado, o empregador não pode exigir serviços que sejam superiores as forças do empregado, entendendo-se por força tanto a física como a intelectual, pois ninguém é obrigado a fazer o que não estar apto a fazer.

A exigência de serviços defesos por lei, como aqueles que a legislação proíbe, por exemplo, serviços perigos, trabalho noturno e serviços insalubres, também fazem parte das hipóteses do artigo supra. O terceiro caso diz respeito a se exigir serviços que contrariam os bons costumes, à moral. A quarta hipótese já trata das exigências que estão alheios ao que o contrato de trabalho estabelece, por exemplo, um marceneiro e contratado para esse fim, logo depois de começar a trabalhar seu patrão começa a exigir que o empregado preste serviços de pedreiro. Esses casos estão previstos na alínea, a do artigo 483 da CLT, veja-se: "Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato".

A quinta hipótese vem prevista na alínea "b", e busca proteger o empregado dos rigores excessivos que são impostos pelos superiores hierárquicos, penalidades que excedem a falha do empregado, um completo abuso de poder e autoridade. A outra hipótese trata dos casos do empregado forçado a trabalhar em local que pode oferecer perigo de mal considerável, riscos a saúde, a vida, ou a integridade física. A sétima diz respeito ao não cumprimento por parte do empregador do contrato de trabalho, nesse caso a principal razão que daria margem a rescisão indireta seria o fato do não-pagamento dos salários do empregado, importante esclarecer nesse caso que o não depósito do FGTS durante o pacto laboral não caracteriza como motivo sólido para a rescisão indireta pois o empregado só pode levantar tal importância depois de finda a relação de trabalho.

Na alínea "e" consta a oitava hipótese que é "praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama"; Martins, (2006. p. 369) atos que afetem a honra, injúrias, calúnias, difamação, pois esses atos despertam comentários maledicentes que podem afetar a dignidade da pessoa do empregado. A nona hipótese já prevê situações extremas, acontecimentos que chegam a agressões físicas que o empregador pratica contra o empregado, lógico ressalvado os casos de legítima defesa, própria ou de outrem. Como última situação tem-se o fato do empregador reduzir o trabalho do empregado, de tal modo que afete sensivelmente a importância dos salários.

Todas essas hipóteses de rescisão indireta estão direta e indiretamente ligadas ao assédio moral, pois exigir do empregado serviço para o qual ele não foi contratado ou o qual ele não tem qualificação para tal ou suas qualificações são superiores ao serviço que lhe foi imposto são armas usadas pelo agressor para minar a sua vítima, para que a vítima se sinta desvalorizada e a sua autoestima seja diminuída. Exigir serviços que agridam a moral ou que coloquem em risco a saúde e a própria vida do empregado seria um dos passos que o agressor utilizaria para obrigar o empregado a pedir demissão, pois assim seria menos oneroso para o empregador do que se ele demitisse o empregado, não cumprir o que está no contrato não pagando o salário é uma maneira de humilhar mais ainda o empregado, pois sem dinheiro ele não terá como sustentar a sua família nem honrar com os compromissos financeiros adquiridos.

Portanto a dispensa indireta é consequência jurídica do assédio moral, tendo previsão legal. Pois cada irregularidade que o empregador comete tem que ser o suficiente para abalar o empregado ou para que a permanência dele no local de trabalho seja insustentável, são fatos que duram no tempo, tem uma certa continuidade e tem por único objetivo atingir diretamente a dignidade da pessoa humana, ficando bem claro o assédio moral.

b) Dano Moral; de início pode-se até dizer que o assédio moral não tem previsão legal, o que como regra geral é uma idéia válida por não haver legislação que aborde especificamente esse assunto. No entanto a Constituição Federal garante o respeito a dignidade da pessoa humana, assim como a cidadania, a imagem e assegura no caso transgressão de algum desses direitos a indenização dos danos sofridos, conforme consta no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal veja-se o que diz:

Art. 5º.

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O dano moral é uma consequência jurídica do assédio moral e sem dúvida é o que traz mais transtornos tanto para prova-lo como para ser indenizado. O dano moral pode

ser direto ou indireto mais essa é uma distinção simplesmente doutrinária, em dano moral puro ou direto e dano moral indireto ou reflexo, o que ira diferenciar um do outro é o nexos causal. No primeiro caso o dano causado atinge diretamente a pessoa da vítima, sua personalidade, no segundo caso o dano ocorreria pelos reflexos patrimoniais decorrente das violações de natureza moral ou também reflexos morais que decorressem de uma infração de natureza patrimonial, na verdade tanto um como o outro acaba decorrendo de danos patrimoniais materiais.²⁵

Mais tratando de dano moral, em breves considerações para facilitar a compreensão do que é dano moral e de como ele se caracteriza com consequência jurídica do assédio moral, importante primeiro entender as fases evolutivas do reconhecimento do dano moral, como ele chegou ao que se entende por dano moral hoje e como tudo isso tem haver com o assédio moral.

O processo de reconhecimento e aceitação do dano moral passou por algumas fases na sua evolução, essas fases são importantes para melhor se compreender o que é o dano moral, quando ele ocorre e a respeito da indenização ou ressarcimento.

A primeira fase foi a da corrente negativista nesta fase a reparação do dano moral não era nem reconhecida, negava-se a indenização por dano moral alegando falta de legislação específica e também com base em alguns argumentos como por exemplo, a falta de efeito penoso duradouro; a dificuldade em se descobrir o dano; a impossibilidade de se avaliar o dano em dinheiro; o ilimitado poder que seria conferido ao juiz e a impossibilidade de se provar o dano moral. ²⁶ Hoje fica claro que essas objeções não são consistentes e percebe-se que o dano moral teve como primeiro desafio vencer o conservadorismo da época dos operadores jurídicos o que não era uma batalha fácil visto que era uma questão totalmente ligada a formação jurídica da época. Com muita persistência as orientações sobre o assunto começaram a modificar e evoluir, mais ainda de maneira não satisfatória.

A segunda fase admitia a reparação por dano moral mais havia condições para que isso ocorresse, era necessário que o dano decorresse de dano patrimonial ou fosse expressamente previsto em lei. Aos poucos, decisões diferenciadas do regime anterior foram surgindo e a percepção que o direito é dinâmico e que não se pode acomodar em doutrinas e jurisprudências que não acompanham o desenvolvimento da sociedade e do direito, desse modo começou a se entender que se os reflexos do dano moral atingissem o patrimônio da vítima este sim poderia ser indenizado e se a reparação estivesse prevista em lei também, não se aceitava a aplicação da indenização ao dano moral puro.

O reconhecimento da reparação do dano moral puro à pessoa física caracterizou a terceira fase da evolução do dano moral. Um passo grande tinha sido dado, o

reconhecimento de que a pessoa física ou natural tinha o direito de ter reparada a dor e o sofrimento que ela tenha sofrido injustamente. O dano moral passou a ser visto mais precisamente como uma dor, um sofrimento da pessoa física, não se considerava ainda a violação aos direitos próprio à personalidade da pessoa física. Depois com a evolução do conceito novas concepções surgiram e compreendeu-se que o dano moral vai muito além da ocorrência de dor e sofrimento, pois em alguns casos ele ocorria mesmo sem a presença desses dois elementos.

A angústia, a baixa autoestima, a violação a intimidade, a imagem tudo isso caracterizava violação dos direitos personalíssimos, agora o conceito do dano moral visava a defesa da personalidade do ser humano. Essas definições surgiram de várias controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que foram postas um fim com a Constituição Federal de 1988 que o consagrou como meio de defesa do Direito Fundamental da Personalidade.

A quarta fase do dano moral trouxe uma nova discussão sobre o tema, pois se o dano moral garantia a defesa do direito a personalidade do ser humano a questão que se suscitava era se o dano moral estendia-se à pessoa jurídica. Dois entendimentos surgiram, um era a favor, pois o dano moral não se tratava somente de dor física, mais era um ataque direto a bens jurídicos mesmo que insuscetíveis de apreciação econômica. O entendimento contra era no sentido de que o dano moral era concretizado apenas contra a pessoa física ou natural. Por fim a Súmula nº. 227 do STJ, veio finalizar a discussão quando entendeu que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

A quinta fase veio tratar dos danos morais devidos a coletividade, tendo sido aceito o dano moral também com relação a pessoa jurídica ficou claro que a própria coletividade poderia ser alvo de ilicitudes cometidas tanto por pessoas físicas como jurídicas, passando a agressão a ser de ordem social. O trabalho escravo passou a ser entendido como um dano à coletividade, assim como todos os atos que violassem ou desrespeitassem as regras que defendem o meio-ambiente, como os da credibilidade pública e do convívio social. Hoje já se presencia a indenização por dano moral tanto nos casos de violação dos direitos do empregador como do empregado, tanto os que atingem pessoas físicas, como jurídicas e a coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios regentes da administração pública, tais como, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público, apontam o caminho que todo o servidor público deve trilhar na função pública, sendo gestor ou não. Além dos princípios da

administração pública, os agentes públicos não podem se furtar de observar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana. Esses princípios norteiam o atuar do agente público não só na forma de tratar as questões patrimoniais, mas também o conteúdo moral, imaterial envolvido no gerenciamento dos assuntos estatais.

Do princípio da moralidade administrativa advém o conceito de probidade administrativa que se entende como o proceder do agente público de acordo com os mínimos éticos de lealdade, honestidade, boa-fé e decoro que a sociedade espera daqueles responsáveis pela gestão e manutenção da máquina administrativa. Entende-se, neste trabalho, que esse justo proceder deve se dar na forma do Estado-Administração atender seu público externo, a população em geral, e seu público interno, sendo um empregador justo. Um gestor público que assedia, mesmo que não tenha dado causa a dano patrimonial à administração ou que tenha suas contas aprovadas pelas instâncias de controle, terá incorrido em improbidade administrativa por ato que atenta contra os princípios da administração pública.

O assédio moral é uma conduta, amplamente estudada no campo da psicologia, na seara trabalhista e da medicina do trabalho, que claramente configura ofensa a dignidade da pessoa humana pela sua natureza manifestamente discriminatória. Esse fenômeno, infelizmente, não é exclusivo do ambiente de trabalho, mas dissemina-se por todos os ambientes onde há convívio humano, como a família e a escola, ambiente, este último, onde já instigou legislação específica no campo normativo brasileiro, contudo o foco deste estudo foi o ambiente laboral, especialmente o trabalho no serviço público.

A Lei de Improbidade Administrativa surgiu em 1992 no domínio do direito administrativo para regular o artigo da Constituição Federal que já em 1988 buscava cuidar das possíveis sanções aos agentes públicos ímprobos. O presente trabalho permitiu ver, através de caracterizações e decisões colacionadas, que o fenômeno do assédio moral no serviço público encontra respaldo para ser caracterizado como improbidade administrativa sob a égide da Lei de Improbidade Administrativa, independentemente de estar legislado como tal, porém, cabe destacar que uma vez expresso em lei como tal traria incontestavelmente maior segurança jurídica às vítimas.

REFERÊNCIAS

HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. 3. ed. Rio de Janeiro: Betrand Brasil, 2002.

GUEDES, Marcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2006.

ALKIMIN, Maria Aparecida. Assédio moral na relação de trabalho. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ALKIMIM, Maria Aparecida. Assédio moral na relação de emprego. Curitiba: Juruá, 2005.

MAEOKA, Erika. A Violência na Administração Pública e o Princípio da Eficiência: O Assédio Moral e a Avaliação Periódica de Desempenho. Revista dos Tribunais, v. 921, julho. 2012.

DECLARAÇÃO DA OIT SOBRE OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO. (<<http://www.assediomoral.or.br>>) acesso em 15 mar de 2022.

HIRIGOYEN, Marie-France - Molestiemorali - apud MONATERI, Píer Giuseppe, BONA, Marco, OLIVA, Umberto."O mobbing como legal framework: "A Nova Abordagem Italiana ao Assédio Moral no Trabalho". RTDC, vol. 7, jul/set 2001, p.130.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15 Ed. Refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 39, de 19.12.2002. MALHEIROS EDITORES LTDA.— São Paulo — SP.

CARTILHA SOBRE ASSÉDIO MORAL NO SERVIÇO PÚBLICO. Brasília, DF: Sindicato Nacional dos Servidores do Ministério Público da União, 2007. Disponível em: <<http://www.ouvidoria.mppr.mp.br/arquivos/File/cartilha.pdf>> Acesso em: 07 mar. de 2022.

GUEDES, Márcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. 2ª Ed. São Paulo: Editora LTR, 2005.

HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: a violência perversa do cotidiano. Trad. Maria Helena kuhner. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

HIRIGOYEN, Marie-France. Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Trad. Rejane Janowitz. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2010.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. Assédio moral nas relações de trabalho. Campinas: Russel, 2004.

BARRETO, Margarida M. S. Uma jornada de humilhações, 266 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social). São Paulo: PUC, 2000.

LEYMANN, Heinz. The Mobbing Encyclopaedia. Disponível em: www.leymann.se. Acesso em: 21 mar. 2020.

SANTUCCI, Luciana. Assédio Moral no Trabalho. Ed. Jurídica. 2006.

RJU - Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais. Lei nº. 8.112 de 1990.

DECLARAÇÃO DA OIT SOBRE OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO. <[http:// www.assediomoral.or.br](http://www.assediomoral.or.br)> acesso em 15 mar.2022

VADE MECUM Saraiva / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – São Paulo: Saraiva, 2006.

FELKER, Reginald Delmar Hintz, O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações do trabalho: - São Paulo: LTr, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto, Direito do trabalho. – 22 ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

PORTE/POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E A EXISTÊNCIA OU NÃO DE CRIME SE A ARMA ESTIVER DESMUNICIADA, DESMONTADA OU QUEBRADA E INAPTA A EFETUAR DISPAROS.

MATHEUS HENRIQUE SILVA ABRA:
Bacharelado do Curso de Direito pela
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis.

ALEX LOPES APPOLONI.

(orientador)

RESUMO: O presente Artigo tem por objetivo analisar o porte e a posse ilegal de arma e demonstrar os entendimentos nas situações em que a arma estiver desmuniada, desmontada ou quebrada e inapta a efetuar disparos, pois é um assunto que gera opiniões distintas a respeito da existência ou não de crime nestas situações. Dentro desse contexto, este trabalho propõe-se apresentar a metodologia de revisão da literatura, utilizando a Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). O Artigo, além de analisar os crimes de porte e posse ilegal de arma, previstos no Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), demonstrar os entendimentos nas situações citadas, expondo também os entendimentos dos tribunais a respeito do assunto, pretende responder, o mais precisamente possível, se existe crime quando a arma está desmuniada, desmontada ou quebrada e inapta a efetuar disparos, com o intuito de facilitar a compreensão das pessoas, além de ser também um meio de estudo.

Palavras-chave: Porte/posse ilegal de arma. Desmuniada. Desmontada. Quebrada e inapta. Crime.

ABSTRACT: The purpose of this Article is to analyze the illegal possession and possession of a weapon and demonstrate understandings in situations where the weapon is unarmed, dismantled or broken and inept to fire, as it is a matter that generates different opinions regarding the existence or not of crime in these situations. Within this context, this work proposes to present the literature review methodology, using Law nº 10.826/2003 (Statute of Disarmament). The Article, in addition to analyzing the crimes of illegal possession and possession of weapons, provided for in the Disarmament Statute (Law nº 10.826/2003), demonstrates the understandings in the aforementioned situations, also exposing the understandings of the courts on the subject, intends to respond, as precisely as possible, if there is a crime when the weapon is unarmed, dismantled or broken and inept to fire, in order to facilitate people's understanding, in addition to being a means of study.

Keywords: Illegal possession/possession of a weapon. Unarmed. Dismantled. Broken and inept. Crime.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como assunto o porte/posse ilegal de arma e terá como base maior o Estatuto do Desarmamento, previsto pela Lei nº 10.826/2003.

Um dos crimes trazidos pelo Estatuto do Desarmamento é o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Tal crime busca proteger a integração e segurança da sociedade de forma geral. O objeto do crime citado é a arma de fogo de uso permitido. Contudo, existe discussão a respeito da configuração do crime quando se tratar de arma de fogo desmuniada, pois não coloca a coletividade efetivamente em perigo (MOREIRA, 2017).

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é de perigo abstrato o crime de porte ilegal de arma de fogo, sendo, portanto, irrelevante para sua configuração encontrar-se a arma desmontada ou desmuniada. (STF — HC 95861, julgado em 02/06/2015).

De acordo com o Art. 12 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido), existe crime quando:

Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa. (BRASIL, 2003).

Segundo Amaral (2016) o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.451.397/MG, ocorrido em 15/09/2015, publicado no DJe em 1/10/2015, consolidou o entendimento de que a posse ou porte de arma de fogo em que seja verificada, mediante laudo balístico, comprovação da ineficácia para realizar disparos, não configurando os delitos previstos na Lei 10.826/2003, considerará a conduta como atípica.

O presente trabalho é dividido em capítulos.

O trabalho tem como objetivo analisar os crimes de porte/posse ilegal de arma de fogo, previstos nos artigos 12, 14 e 16, da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) e demonstrar os entendimentos nas situações em que a arma estiver desmuniada, desmontada ou quebrada e inapta a efetuar disparos.

1 DIFERENÇA ENTRE PORTE E POSSE DE ARMA DE FOGO

Quando falamos de porte, posse de arma de fogo, primeiramente devemos saber que são coisas diferentes e saber qual a diferença entre ambos.

O crime previsto no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento é o crime de posse irregular de arma de fogo, tal artigo diz:

Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa. (BRASIL, 2003).

Portanto, o crime consiste em manter a arma de fogo no interior ou dependência da residência ou no local de trabalho.

Já o crime de porte ilegal de arma de fogo está previsto no artigo 14 do referido estatuto com a seguinte redação:

Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (BRASIL, 2003).

Sendo assim, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou do local de trabalho ou ainda que esteja circulando.

2 ARMA DE FOGO DESMUNICIADA, DESMONTADA OU QUEBRADA E INAPTA

Entendendo a diferença entre ambos, vamos analisar quando a arma de fogo estiver desmuniada, desmontada ou quebrada e inapta.

Há o entendimento, pela maioria de que tais crimes são de perigo abstrato, sendo assim, não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto.

No tocante ao crime de porte de arma:

Para a resolução de tal questão se faz importante analisar os elementos caracterizadores do delito em questão. Nota-se como de

suma importância para a problemática da caracterização tendo como objeto a arma desmuniada o bem jurídico protegido pelo delito de porte ilegal de arma de fogo. (MOREIRA, 2017).

De acordo com Moreira (2017), nesse caso, maioritariamente na doutrina, o bem jurídico tutelado pela norma é a incolumidade pública, pois visa a proteção de todos de forma geral. Portanto, o delito já está caracterizado com o simples fato de expor a sociedade em risco com o porte de uma arma sendo ela ilegal, não necessitando de efetivo perigo causado a parte, desta maneira, podemos verificar um crime de perigo abstrato. Os delitos de perigo abstrato não dependem de dano concreto ao bem jurídico, pois basta a sua simples exposição ao perigo. Dessa forma, o fato de portar uma arma de fogo de uso permitido de forma ilegal já caracteriza o crime de porte ilegal de arma de fogo, pois com essa simples atitude já expõe a incolumidade pública em risco, não necessitando, portanto, o perigo concreto causado a sociedade com tal atitude, pois o mesmo caracterizará simples exaurimento do crime, se o fato não constituir crime mais grave.

Se tratando de consumação do delito, ela ocorre com a simples atitude do agente em portar a arma de fogo de uso permitido de forma irregular, ou seja, sem a devida autorização legal exigida, não precisando, portanto, que o uso dessa arma de fogo ofereça algum dano efetivo a sociedade para a caracterização do delito. Tal entendimento vem sendo consolidado tanto pela doutrina quanto pelos Tribunais Superiores.

De acordo com o Supremo:

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é de perigo abstrato o crime de porte ilegal de arma de fogo, sendo, portanto, irrelevante para sua configuração encontrar-se a arma desmontada ou desmuniada. (STF — HC 95861, julgado em 02/06/2015).

Se a arma estiver desmontada também vai no mesmo sentido da arma desmuniada. A orientação do STJ é de que o crime de porte ilegal de arma de fogo é de perigo abstrato, razão por que se perfaz ainda que a arma esteja desmuniada ou desmontada:

A conclusão do Colegiado a quo se coaduna com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, pacificada nos autos do AgRg nos EAREsp n. 260.556/SC, no sentido de que o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo irrelevante o fato de a arma estar desmuniada ou, até mesmo, desmontada, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e

sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. (HC 396.863/SP, DJe 22/06/2017 apud MEU SITE JURÍDICO, 2018).

Já no caso de a arma estiver quebrada, inapta a efetuar disparos, não caracteriza o crime. Segundo Amaral (2016), o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.451.397/MG, ocorrido em 15/09/2015, publicado no DJe em 1/10/2015, consolidou o entendimento de que a posse ou porte de arma de fogo em que seja verificada, mediante laudo balístico, comprovação da ineficácia para realizar disparos, não configurando os delitos previstos na Lei 10.826/2003, considerará a conduta como atípica.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça:

1. A Terceira Seção desta Corte pacificou entendimento no sentido de que o tipo penal de posse ou porte ilegal de arma de fogo cuida-se de delito de mera conduta ou de perigo abstrato, sendo irrelevante a demonstração de seu efetivo caráter ofensivo.
2. Na hipótese, contudo, em que demonstrada por laudo pericial a total ineficácia da arma de fogo (inapta a disparar), deve ser reconhecida a atipicidade da conduta perpetrada, diante da ausência de afetação do bem jurídico incolumidade pública, tratando-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio. (HC 445.564/SP, j. 15/05/2018 apud CUNHA, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, investigou-se o porte e a posse ilegal de arma e os entendimentos nas situações em que a arma estiver desmuniada, desmontada ou quebrada e inapta a efetuar disparos.

Pela leitura e análise dos textos e das decisões referentes ao assunto, ficou demonstrado que existe crime se a arma estiver desmuniada ou desmontada, pois existe o entendimento de que é de perigo abstrato o crime, sendo, portanto, irrelevante para sua configuração encontrar-se a arma desmontada ou desmuniada, visto que, a segurança pública e a paz social foram colocadas em risco.

Entretanto, se a arma estiver quebrada e inapta a efetuar disparos, não caracteriza o crime, mediante laudo pericial, comprovando a ineficácia para realizar disparos. Isso

ocorre, pois existe ausência de afetação do bem jurídico incolumidade pública, tratando-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Vinicius Pascueto. **Atipicidade da posse / porte de arma inapta para o disparo – atestada por laudo balístico.** Jusbrasil, 2016. Disponível em: <https://pascuetoamaral.jusbrasil.com.br/artigos/257450305/atipicidade-da-posse-porte-de-arma-inapta-para-o-disparo-atestada-por-laudo-balistico#:~:text=Arma%20totalmente%20inapta%20a%20disparar,pena%20inefic%C3%A1cia%20absoluta%20do%20meio.&text=Deve%2Dse%20ainda%20salientar%20que,se%20falar%20em%20crime%20imposs%C3%ADvel>. Acesso em: 29 de mar. 2021.

BRASIL. Estatuto do Desarmamento. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.,Disponível,em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 29 de mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Teses do STJ sobre o Estatuto do Desarmamento – II (1ª, parte).**, Meu, site, jurídico,, 2018., Disponível, em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/11/07/teses-stj-sobre-o-estatuto-desarmamento-ii-1a-parte/>. Acesso em: 23 de abr. 2021.

MEU SITE JURÍDICO. **Certo ou errado? A arma de fogo desmuniada e desmontada não serve para configurar o delito de porte ilegal.** Meu site jurídico, 2018., Disponível, em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/28/certo-ou-errado-arma-de-fogo-desmuniada-e-desmontada-nao-serve-para-configurar-o-delito-de-porte-ilegal/>. Acesso em: 23 de abr. 2021.

MOREIRA, Anderson. **Porte Ilegal de Arma de Fogo Desmuniada e o Atual Entendimento, dos, Tribunais, Superiores.**, Disponível, em: <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-1497472327831.pdf>. Acesso em: 23 de abr. 2021.

STF — HC 95861, Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, julgado em 02/06/2015, Acórdão eletrônico DJe-128 divulg 30-06-2015 public 01- 07-2015. **Exposição sobre a Lei nº 10.826/03 que regula o Estatuto do Desarmamento.**, Jus,, 2019., Disponível, em: <https://jus.com.br/artigos/78033/exposicao-sobre-a-lei-n-10-826-03-que-regula-o-estatuto-do-desarmamento>. Acesso em: 29 de mar. 2021.

PRINCIPAIS ASPECTOS RELACIONADOS AOS CRIMES VIRTUAIS

ADMILSON JOSÉ GARCIA:
Graduando em Ciências
Jurídicas e Sociais na
Universidade Brasil.

MARCO ANTÔNIO COMALTI LALO
(orientador)

RESUMO: Crimes virtuais são todas as ações ilegais, criminais, antiéticas ou não autorizadas que utilizam dispositivos eletrônicos e a Internet, com o objetivo de violar, prejudicar ou danificar bens, patrimoniais ou não, de terceiros ou entidades. Também conhecidos como crimes cibernéticos ou eletrônicos, eles abrangem um amplo espectro de ações ilegais de diferentes naturezas. Todos têm em comum a tecnologia da informação, seja o meio ou o objetivo em si. Esses tipos de crimes começaram a ser praticados antes que os ordenamentos jurídicos das nações contemplassem esse cenário, por isso instrumentos jurídicos foram gradativamente formulados para seu controle, no caso do Brasil, ainda há uma longa caminhada. O objetivo da legislação é proteger os seguintes elementos: bens, confidencialidade das informações, direitos de propriedade sobre um sistema informático e segurança jurídica. Partindo desse axioma o trabalho discorre sobre os conceitos de crimes virtuais, suas principais características e classificação dos crimes virtuais, a delimitação do fenômeno do crime informática e a análise da legislação nacional e mundial.

Palavras-chave: crime cibernético; crime virtual; segurança pública.

ABSTRACT: Virtual crimes are all illegal, criminal, unethical or unauthorized actions that use electronic devices and the Internet, with the objective of violating, harming or damaging property, whether property or not, of third parties or entities. Also known as cyber or electronic crimes, they cover a wide spectrum of illegal actions of different natures. All have information technology in common, be it the means or the objective itself. These types of crimes began to be practiced before the legal systems of nations contemplated this scenario, so legal instruments were gradually formulated for their control, in the case of Brazil, there is still a long way to go. The aim of the legislation is to protect the following elements: assets, confidentiality of information, property rights over a computer system and legal security. Based on this axiom, the work discussed the concepts of virtual crimes, its main characteristics and classification of virtual crimes, the delimitation of the phenomenon of computer crime and the analysis of national and world legislation.

Keywords: cyber crime; cyber crime; public safety.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITUANDO E CLASSIFICANDO OS CRIMES VIRTUAIS. 1.1 Características e Classificação dos Crimes Virtuais. 1.2 Delimitação do Fenômeno do Crime Informática. 1.3 Principais Tipos de Crimes. 2. LEGISLAÇÃO NACIONAL E MUNDIAL SOBRE CRIMES CIBERNÉTICOS. 2.1 Legislação Mundial. 3. PRINCIPAIS DESAFIOS PARA A APLICAÇÃO DA LEI CONTRA CRIMES CIBERNÉTICOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Atualmente, todos os cidadãos e as sociedades que os constituem dependem quase totalmente dos sistemas informáticos para todos os processos económicos e sociais, que também estão intimamente relacionados. Esse crescimento rápido e acelerado das tecnologias da informação abriu espaço para o crime, colocando uma arma de grande calibre nas mãos de criminosos e terroristas (COSTA, 2019).

Pode-se descrever o ciberespaço como um domínio artificial construído pelo homem, diferenciado dos outros quatro domínios de guerra (terrestre, aéreo, marítimo e espacial); embora tenha sido formalizado recentemente, o ciberespaço pode afetar atividades em outros domínios e vice-versa. Além disso, o ciberespaço não está isolado, mas profundamente vinculado e apoiado por meios físicos (SYDOW, 2015).

Do desenvolvimento acelerado da internet também emerge o lado negro e surgem novos termos como cibercrime, crimes cibernéticos, que descrevem genericamente os aspectos ilícitos cometidos no ciberespaço e que têm quatro características específicas: "são facilmente cometidos; requerem recursos escassos em relação aos danos que causam; podem ser cometidos em uma jurisdição sem estar fisicamente presentes no território sujeito a ela; e se beneficiam de lacunas que podem existir em certos Estados (CAIADO e CAIADO, 2018).

Segundo os autores, Frota e Paiva (2017):

São crimes difíceis de serem combatidos pois os criminosos estão especializando-se na prática e deixando poucos vestígios, diante do uso de dados falsos e da disseminação de vírus que impede o funcionamento dos equipamentos, exigindo formatação que acaba apagando o histórico de uso salvo. E Carvalho (2018), ressalta que o ambiente virtual é um lugar sem regras definidas, saindo da verdadeira função que internet e toda tecnologia voltada ao mundo virtual, foi criada, sendo essencial o estabelecimento de mais leis e

principalmente o cumprimento e a penalização ao infringi-las como forma de controlar e evitar a ocorrência de novos crimes.

Além disso, o criminoso tira proveito do anonimato de suas ações cibernéticas, pois é difícil identificar o invasor. Qualquer usuário que possua computador e conexão à internet, com conhecimento técnico disponível a qualquer pessoa e com baixo investimento econômico, pode executar um ataque cibernético; qualquer ataque cibernético tem um efeito de vulnerabilidade e falta de proteção individual; e, por fim, esses ataques abalam a opinião pública e são amplamente divulgados nas mídias digitais em todo o mundo (JESUS e MILAGRE, 2016).

Entre os crimes classificados como crimes cibernéticos encontra-se: fraude, furto, chantagem, falsificação e apropriação indébita de dinheiro público. Com as últimas mudanças legislativas, outros crimes que utilizam tecnologias de informação e comunicação foram introduzidos, como o assédio eletrônico contra a liberdade das pessoas, a descoberta e divulgação de segredos, a interferência ilegal de informações ou dados, crimes contra a propriedade intelectual e abusos de fins sexuais através da Internet ou outro meio de telecomunicação para menores (COSTA, 2019).

Investigar o crime de qualquer perspectiva é uma tarefa complexa, principalmente quando há a falta de uma legislação efetiva e cheia de lacunas.

1. CONCEITUANDO E CLASSIFICANDO OS CRIMES VIRTUAIS

O início da internet remonta a 1969, quando a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada dos Estados Unidos, conhecida por sua sigla, "ARPA", desenvolveu a ARPANET, esta rede, pela primeira vez, permitiu que pesquisadores norte-americanos acessassem diretamente e usassem supercomputadores localizados em alguns dos principais universidades e laboratórios; em seguida, compartilhe arquivos e envie correspondência eletrônica. No final da década de 1970, foram criadas redes cooperativas descentralizadas, como a UUCP, uma rede global de comunicação baseada em UNIX e USENET (rede de usuários), que atendia à comunidade universitária e posteriormente a algumas organizações comerciais (MACHADO, 2017).

Em 1980, as redes mais coordenadas, como a CSNET (rede informática) e a BITNET, passaram a fornecer redes de âmbito nacional, à comunidade acadêmica e de investigação, que estabelecem ligações especiais que permitem a troca de informação entre as diferentes comunidades. Em 1986, foi criada a NSFNET (rede da National Science Foundation), que reunia pesquisadores de diferentes estados da América do Norte em cinco macrocentros de computação, dessa forma, essa rede se expandiu muito rapidamente, conectando redes acadêmicas a mais centros de pesquisa, dessa forma

substituindo a ARPANET no trabalho das redes de pesquisa. A ARPANET foi desativada em março de 1990 e o CSNET deixou de existir em 1991, dando lugar à INTERNET (MAIA, 2017).

Graças à criação da internet, que é a rede das redes, foi possível que todas as pessoas tivessem acesso a qualquer tipo de informação na ponta dos dedos, além de poderem se comunicar instantaneamente onde quer que estejamos, além de utilizar a informação e o novo tipo de comunicação, deu lugar aos chamados crimes informáticos, que utilizam a internet como meio. Sem a internet não seria possível ao sujeito ativo cometer crimes de informática ou também conhecidos como crimes cibernéticos. A internet é uma ferramenta tão inovadora que tem ajudado a desenvolver diferentes áreas em que o ser humano atua além de nos poupar muito trabalho, mas também tem sido usada de forma inadequada (RAMOS, 2017).

1.1 Características e Classificação dos Crimes Virtuais

Esses crimes podem ser classificados pelo fato de produzirem um benefício para o autor e causar danos ao computador como entidade física e de buscarem danos a um indivíduo ou grupos, em seu físico, integridade, honra ou herança (RAMOS, 2017).

Sanches e Ângelo (2018), em geral, as principais características dos crimes informáticos são:

- a) Comportamentos criminogênicos⁷;
- b) São ações de oportunidade, em que uma ocasião criada ou altamente intensificada é aproveitada (funções e organizações do sistema tecnológico e econômico);
- c) Causam graves perdas econômicas, pois quase sempre produzem “benefícios”;
- e) Oferecem facilidades de tempo e espaço, pois em milésimos de segundo e sem a presença física necessária podem ser consumidos;
- f) São muitos os casos e poucas reclamações, e tudo isto devido à mesma falta de regulamentação da lei;
- g) Apresentam grandes dificuldades para a sua verificação, isto devido à sua natureza técnica;

⁷ adjetivo Relativo à criminogenia, ao conjunto de mecanismos e ocasiões que dá origem ou pode ocasionar ações criminosas

i) Tendem a proliferar cada vez mais, por isso requerem regulamentação urgente.

Portanto, percebe-se que quem comete esse tipo de crime são pessoas com certo conhecimento em informática, que se encontram em locais estratégicos ou com facilidade para acessar informações sigilosas, como crédito ou instituições governamentais, empresas ou pessoas físicas em particular, danificando na maioria dos casos o patrimônio da vítima, o qual, por falta de lei aplicável ao caso concreto, não é denunciado, e estes tipos de comportamentos em alguns permanecem impunes (SIQUEIRA et al., 2017).

Depois de localizar as características do tipo de crimes informáticos, bem como de seus sujeitos e vítimas, entraremos no estudo de sua Classificação:

Instrumento ou meio, os ditos comportamentos criminogênico que utilizam o computador como método, meio ou símbolo na prática do crime; por exemplo, a falsificação informatizada de documentos (cartões de crédito, cheques, etc.), a variação de ativos e passivos na situação contábil das empresas, o planejamento ou simulação de crimes convencionais (roubo, homicídio, fraude, etc.), roubo ou cópia de informações confidenciais, o uso indevido ou violação de um código para penetrar em um sistema por introdução de instruções inadequadas, a alteração no funcionamento dos sistemas (vírus de computador) e o acesso a áreas informatizadas de forma não autorizada, entre muitos outros (CAMPELO e PIRES, 2017).

Fim e Objeto. Nesta categoria estão enquadrados os comportamentos criminogênico que se dirigem ao computador, acessórios ou programas como entidade física, que podem ser programados para produzirem um bloqueio total ao sistema, a destruição de programas por qualquer método, danos à memória (MACHADO, 2017).

Para Siqueira et al., (2017). os crimes virtuais são classificados em três categorias, a saber:

1. Aqueles que usam a tecnologia eletrônica como método;
2. Aqueles que utilizam a tecnologia eletrônica como meio e;
3. Aqueles que usam a tecnologia eletrônica como um fim.

Como método, os indivíduos usam métodos eletrônicos para chegar a um resultado ilícito. Como meio, são aqueles comportamentos criminogênicos em que para cometer um crime utilizam o computador como meio ou símbolo. E, por fim, são aqueles dirigidos contra a entidade física do objeto ou máquina eletrônica ou seu material para danificá-lo (CAETANO, 2015).

De acordo com Campos e Prado (2017), existem várias infrações que podem ser classificadas na categoria de "crime informático". Qualquer crime que tenha como alvo um computador, ou no qual alguém use um computador para cometer um crime, se enquadra nesta categoria:

- a) Uso ou acesso ilegal: Alguns estados têm leis que consideram crime usar ou acessar o computador de outra pessoa sem permissão ou autoridade. Esse tipo de crime inclui casos em que uma pessoa acessa fisicamente o computador de outra pessoa, obtém acesso eletronicamente ou usa um vírus para obter acesso.
- b) Acesso para fins fraudulentos: Outros estados têm leis que punem o uso de computador para realizar atos fraudulentos, por exemplo, consideram crime usar um computador, software de computador ou rede de computadores para obter produtos ou serviços de qualquer tipo de maneira fraudulenta.
- c) Roubo de dados: Mesmo que tenha permissão para usar ou acessar um computador, ainda pode cometer um crime virtual ao acessar, copiar, danificar ou alterar informações que não tem permissão para usar.
- d) Pornografia infantil: É crime fazer, possuir ou transmitir imagens que retratem pornografia infantil. Transmissão de materiais nocivos a crianças. "Materiais prejudiciais" incluem imagens sexuais ou pornográficas que podem ser legais para adultos verem, mas que são prejudiciais ou inadequadas para crianças.

O crime cibernético difere dos crimes comuns porque não tem barreiras físicas ou geográficas e pode ser cometido com menos esforço e mais facilidade e velocidade do que crimes comuns (embora isso dependa do tipo de crime cibernético e do tipo de crime). O trabalho dos criminologistas na investigação de crimes cibernéticos é fundamental para fornecer evidências que ajudem as autoridades a comprovar que as regras foram violadas por meios tecnológicos e que os tribunais possam julgar e impor as penalidades correspondentes (MAUES et al., 2018).

1.2 Delimitação do Fenômeno do Crime Informática

Em todas as facetas da atividade humano, há engano, manipulações, ganância, o desejo de vingança, fraude, enfim, crime. Infelizmente, é inerente ao ser humano e isso pode ser visto ao longo da história. Então por que com a internet deveria ser diferente? Há um consenso geral entre os vários estudiosos do assunto, ao considerar que o nascimento deste tipo de criminalidade é encontrado intimamente associado ao desenvolvimento da

tecnologia. A internet tem sido usada para muitos tipos de crimes, incluindo fraude, roubo, espionagem, sabotagem e até assassinato. Os primeiros casos foram relatados em 1958. Esse fenômeno forçou o surgimento de medidas legislativas criminais (KILIAN, 2020).

O primeiro problema é delimitar o campo de ação do chamado crime virtual. Há uma confusão terminológica e conceitual presente em todos os campos da informática, especialmente em relação aos seus aspectos criminais, por isso é necessário desvendar o intrincado debate doutrinário sobre o conteúdo real do que é determinado como crime cibernético. O crime informático, tem a vantagem da sua plasticidade, por relacioná-lo diretamente à tecnologia na qual opera ou por meio dela. A rigor, não se pode falar de um crime informático, mas sim de uma pluralidade deles, o computador, tablet, celular é o meio ou instrumento facilitador do ato, em outros é objeto da agressão em seus vários componentes (o dispositivo, o programa, os dados armazenados) (ALVES, 2018).

Sujeitos do Crime, no direito penal, a execução da conduta punível pressupõe a existência de dois sujeitos, a saber, um sujeito ativo e um sujeito passivo. Estes, por sua vez, podem ser uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas. Dessa sorte, o bom sistema jurídico protegido será, em última instância, o elemento localizador dos sujeitos e sua posição sobre o crime. Assim, o proprietário do bem legal lesado será o sujeito passivo, que pode ser diferente do sujeito lesado, que pode, ser um terceiro. Por outro lado, quem fere o bem que está protegido, mediante a execução da infração penal, será ele o autor da infração ou sujeito ativo. É compreendido por aquele que executa toda ou parte da ação descrita pelo tipo de criminoso (CRUZ e RODRIGUES, 2018).

As pessoas que cometem "crimes virtuais" são aquelas que possuem certas características que não têm o denominador comum do delinquente, ou seja, sujeitos ativos têm habilidades para gerenciar sistemas informáticos. Com o tempo, ficou comprovado que os autores dos crimes virtuais são diversos e o que os diferencia uns dos outros é a natureza dos crimes cometidos. Desta forma, a pessoa que "entra" em um sistema de computador sem intenção criminosa é muito diferente do funcionário de uma instituição financeira que "desvia fundos" das contas de seus clientes. A esse respeito, segundo estudo publicado no Manual das Nações Unidas para a prevenção e controle de crimes informáticos, 90% dos crimes cometidos através da internet foram executados por funcionários da empresa afetada (Insiders). Além disso, outro estudo realizado na América do Norte e Europa indicou que 73% das intrusões cometidas eram atribuíveis a fontes internas e apenas 23% para atividades criminosas externas (estranhos) (KILIAN, 2020).

O nível de habilidade típico do ciber criminoso é uma questão de controvérsia, pois para alguns o nível de aptidão não é um indicador de cibercrime, enquanto outros argumentam que potenciais criminosos são inteligentes, determinados, motivados e

dispostos a aceitar um desafio tecnológico, características que poderiam ser encontradas em um funcionário do setor de processamento de dados. No entanto, levando em consideração as características acima mencionadas de pessoas que cometem "crimes virtuais" (BARRETO e SANTOS, 2019).

Existem muitos tipos de crimes cibernéticos, a diversidade de comportamentos constitutivos dessa classe de ilícitos é inimaginável, o único limite existente é dado pela conjugação de três fatores: a imaginação do autor, habilidade técnica e deficiências em controle existente (MACHADO, 2017).

1.3 Principais Tipos de Crimes

O desenvolvimento de novas ferramentas tecnológicas, sua capacidade e uso generalizado, tem permitido a criação de oportunidades para criminosos cometer crimes, aproveitando o enorme potencial das TIC para o planejamento e execução de atos criminosos, eliminando barreiras territoriais. O uso de técnicas de roubo de identidade em sistemas de computador e acesso ilegal a computadores tornou-se a nova forma de crime na Era Digital. Por isso é importante conhecer os crimes informáticos mais frequentes, de forma a criar sistemas de segurança e proteção, quer a nível pessoal, familiar ou mesmo empresarial, de forma a evitar ser vítimas desses crimes (BARRETO e WENDT, 2020).

A seguir, serão mencionados os principais crimes informáticos que ocorrem atualmente no nosso país.

a) Fraude

Esse crime é geralmente cometido por meio de *phishing* ou roubo de identidade, no qual criminosos com conhecimento técnico usam spam, sites falsos, software de atividade ilegal e outras técnicas para induzir as pessoas a obterem senhas pessoais fraudulentas e, assim, acessar informações confidenciais. O exemplo mais claro do anterior é o acesso aos dados do cartão de crédito ou da conta bancária para cometer o crime de fraude ou mesmo para vender essas informações. De acordo com o relatório apresentado pelo Ministério Público Estadual no ano anterior sobre a atividade do Ministério Público, o volume mais importante de ações por crimes cibernéticos corresponde a condutas com caráter de fraude, com um percentual de cerca de 80% do total de procedimentos registrados nesta área, nos últimos 3 anos (BOMFATI e JUNIOR, 2020).

b) Roubo de identidade

Relacionado ao acima exposto, o *spoofing* acontece quando o golpe é bem-sucedido e o criminoso obtém acesso às informações pessoais. Uma vez obtido, o

criminoso pode fazer compras, chegando a arruinar a vítima, ou se passar por quem roubou os dados (SYDOW, 2015).

c) Extorsão

Esse crime ocorre quando alguém usa a internet para extorquir dinheiro de uma pessoa ou empresa. A extorsão é cometida de diferentes maneiras. Por exemplo, o criminoso pode ter acesso a informações pessoais e ameaçar expô-las, a menos que pague uma determinada quantia em troca. Os criminosos também podem realizar algum tipo de ataque cibernético e exigir pagamento para detê-lo. Por isso, é muito importante ter um antivírus e proteger contas bancárias e pessoais com senhas altamente difíceis (BOMFATI e JUNIOR, 2020).

d) Hacking

Este crime é considerado muito grave, uma vez que o hacker tenta obter acesso às contas pessoais com a ajuda de um computador. Com isso, ele consegue roubar informações confidenciais e pode afetar os negócios de uma empresa (CRUZ e RODRIGUES, 2018).

e) Assédio moral

Grande parte da atividade na Internet é anônima e um dos crimes mais comuns é o bullying, afetando principalmente adolescentes. Por exemplo, é recomendado que você não aceite estranhos em suas redes sociais. Se o bullying se tornar uma ameaça, uma ação legal pode ser tomada (CRUZ e RODRIGUES, 2018).

f) Pornografia infantil, sexting e staking

A pornografia infantil é outro dos crimes informáticos mais comuns neste tipo de crime. Não há dúvida de que a internet é um canal privilegiado de distribuição de pornografia infantil e isso tem se refletido no aumento substancial dos casos denunciados. No entanto, vale a pena mencionar alguns dos crimes contra menores que afetam sua honra, privacidade e autoimagem: sexting e staking (KILIAN, 2020).

Sexting: consiste no envio de imagens ou mensagens de texto com conteúdo sexual para outras pessoas por meio do celular. Embora por si só este ato não seja ilegal, quando envolve menores ou quando o adulto não consente com essa atividade, constitui um crime. Assédio ou perseguição: ocorre quando há assédio constante a uma pessoa que monitora, persegue e contata outra por meio eletrônico, alterando gravemente o desenvolvimento do dia a dia do menor e limitando sua liberdade de ação. As práticas mais comuns para

cometer esses crimes são fóruns privados, conversas ou grupos de WhatsApp ou Skype e armazenamento em nuvem (KILIAN, 2020).

g) Revelação e descoberta de segredos

Este tipo de crime informático afeta diretamente a privacidade de documentos e conversas ou comunicações, os segredos, o direito à própria imagem, bem como os segredos das pessoas coletivas (FIORILLO e CONTE, 2016).

h) Violação do sigilo das comunicações.

- a) Interceptação ilegal de comunicações pessoais.
- b) Uso e modificação de dados pessoais sem consentimento.
- c) Acesso ilegal a dados e sistemas de computador.
- d) Divulgação de dados, fatos descobertos ou imagens capturadas ilegalmente.

Outros dos crimes mais comuns são ameaças e coerção e falsificação de documentos. No que diz respeito à falsificação de documentos, as práticas mais comuns são a falsificação de documentos privados, falsificação de certificados e falsificação de cartões bancários (BOMFATI e JUNIOR, 2020).

2. LEGISLAÇÃO NACIONAL E MUNDIAL SOBRE CRIMES CIBERNÉTICOS

De acordo com Maues et al., (2018), os comportamentos ou ações que as Nações Unidas consideram crimes de computador são os seguintes:

I) Fraudes cometidas por manipulação de computador: este tipo de fraude informática, também conhecido como roubo de dados, representa o crime informático mais comum.

II) Manipulação de programas; esse crime consiste em modificar programas existentes no sistema de computador ou inserir novos programas que possuam conhecimento especializado em programação.

III) A manipulação dos dados de saída; é efetuada estabelecendo um alvo para o funcionamento do sistema informático, o exemplo mais comum é a fraude que tem como alvo os ATMs por falsificação de instruções para o computador na fase de aquisição de dados.

IV) Fraudes perpetradas por manipulação informática dos processos informáticos.

V) Falsificações de computador; quando dados de documentos armazenados em formato informatizado são alterados.

VI) Como instrumentos; os computadores também podem ser usados para falsificar documentos para uso comercial

VII) Sabotagem de computadores; é o ato de excluir ou modificar, sem autorização, funções ou dados do computador com a intenção de interferir no funcionamento normal do sistema.

VIII) Vírus; é uma série de chaves programáticas que podem ser anexadas a programas legítimos e se espalhar para outros programas de computador.

IX) Os Worms; que são análogos ao vírus com o objetivo de se infiltrar em programas legítimos de processamento de dados ou modificar ou destruir dados, mas é diferente do vírus porque não pode se regenerar.

X) A bomba lógica ou cronológica; que requer conhecimento especializado, pois requer o agendamento da destruição ou modificação de dados em um determinado momento no futuro.

XI) Acesso não autorizado a serviços ou sistemas de informática; isso por motivos que vão desde a simples curiosidade, como no caso de muitos hackers, até sabotagem ou espionagem de computador.

XII) Hackers ou Hackers de Computador; esse acesso costuma ser feito de um local externo, localizado na rede de telecomunicações.

XIII) Reprodução não autorizada de programas de computador para proteção legal; o que traz uma perda econômica substancial para os legítimos proprietários.

2.1 Legislação Mundial

Alemanha

Para tratar do crime de informática e com vigência a partir de 1º de agosto de 1986, foi adotada a Segunda Lei contra o Crime Econômico, de 15 de maio de 1986, que contempla os seguintes crimes: 1. Espionagem de dados; 2. Golpe de computador; 3. Falsificação de provas; 4. Alteração de dados; 5. Sabotagem de computador; 6. Uso abusivo de cheques ou cartões de crédito. Vale ressaltar que esta solução também foi adotada nos países escandinavos e na Áustria (JESUS e MILAGRE, 2016).

A Alemanha também possui uma Lei de Proteção de Dados, promulgada em 27 de janeiro de 1977, na qual, em seu primeiro parágrafo, menciona que "o objetivo da proteção de dados é evitar o prejuízo dos interesses dignos de proteção dos afetados, mediante a proteção pessoal dados contra abusos produzidos durante o armazenamento, comunicação, modificação e cancelamento (processo) de tais dados. Esta lei protege os dados pessoais que são armazenados em registros informatizados, modificados, cancelados ou comunidades de registros informatizados. Na opinião de estudiosos do assunto, a legislatura alemã introduziu um número relativamente alto de novas disposições penais, mas não foi tão longe quanto os Estados Unidos. Desta forma, afirmam que não só desistiu de criminalizar a mera penetração não autorizada de sistemas informáticos estrangeiros, como também não sancionou a utilização não autorizada de equipamentos de processamento de dados (ALVES, 2018).

Áustria

Lei de reforma do Código Penal de 22 de dezembro de 1987, que contempla os seguintes crimes: 1.- Destruição de dados (126). Este artigo regula não apenas os dados pessoais, mas também os dados e programas não pessoais. 2.- Golpe de computador. (148). Neste artigo, ficam sancionados quem com fraude causar dano patrimonial a terceiro, influenciando no resultado de um tratamento automático de dados através da preparação do programa, para introdução, cancelamento ou alteração de dados ou para atuação no curso. .de processamento de dados (OLIVEIRA, 2013).

Chile

Possui uma Lei de Crimes de Informática, promulgada em Santiago do Chile em 28 de maio de 1993, que em seus quatro parágrafos menciona: Artigo 1 "Qualquer pessoa que destrua ou desabilite de forma maliciosa um sistema de processamento de informações ou suas partes ou componentes, ou impeça, atrapalhe ou modifique o seu funcionamento, sofrerá a pena de reclusão menor no seu grau médio a máximo". Art. 2º "Quem, com o objetivo de se apropriar, utilizar ou conhecer indevidamente a informação contida em um sistema de tratamento da mesma, intercepte, interfira ou acesse. Quem revelar ou divulgar maliciosamente os dados contidos num sistema de informação, será punido com pena de reclusão menor em grau médio. Se quem incorrer nestas condutas for o responsável pelo sistema de informação, a pena será acrescida de um grau. "Artigo 4º. Quem revelar ou divulgar maliciosamente os dados contidos num sistema de informação será punido com pena de reclusão no seu menor grau (SIMAS, 2014).

Estados unidos

Vale a pena mencionar a adoção nos Estados Unidos em 1994 do Federal Computer Abuse Act (18 USC Sec. 1030). Isso alterou a Lei de Fraude e Abuso de Computadores de 1986. Essa lei define dois níveis para o tratamento de quem cria vírus, estabelecendo para aqueles que intencionalmente causam danos ao transmitir um vírus, a pena de até 10 anos de prisão federal mais uma multa e para quem a transmite de forma imprudente, a pena vai de multa a um ano de reclusão.

Na opinião dos legisladores dos EUA, a nova lei é uma abordagem mais responsável para o crescente problema dos vírus de computador; especificamente, não definindo vírus, mas descrevendo o ato de abrir espaço no futuro para a nova era de ataques tecnológicos a sistemas de computador, seja qual for a forma em que sejam executados. Ao diferenciar os níveis de criminalidade, a nova lei dá origem ao que deve ser entendido como ato criminoso. Também é interessante notar que o Estado da Califórnia, em 1992, adotou a Lei de Privacidade, que abrange crimes de computador, mas em menor grau do que os crimes relacionados à privacidade que constituem o objetivo principal desta lei de 1994 (OLIVEIRA, 2013).

França

As disposições penais estão contempladas nos seus números de 41 a 44, os quais contemplam o seguinte: Artigo 41 "Quem procede ou manda proceder ao tratamento automatizado de informação nominativa sem ter publicado os atos regulamentares previstos no artigo 15º ou se as reclamações prestadas pois no artigo 16, supra, foram formulados, será punido com pena privativa de liberdade de seis meses a três anos e com multa de 2.000 a 200.000 francos, ou com apenas uma dessas duas penas. Artigo 42 "Quem tiver registado ou mandado registar, conservar ou mandar guardar informação pessoal em violação do disposto nos artigos 25, 26 e 28, será punido com pena privativa da liberdade de um a cinco anos e com a multa de 20.000 a 2.000.000 de francos, ou com uma destas duas penas (SOUZA e PEREIRA, 2009).

Da mesma forma, o tribunal poderá ordenar a inserção da sentença, literal ou extrato, em um ou mais jornais diários, bem como sua afixação em quadro de avisos nas condições que determinar, a expensas do condenado. Artigo 43. "Aquele que tiver recolhido, por ocasião do seu registo, da sua classificação, da sua transmissão ou qualquer outra forma de tratamento, informações pessoais cuja divulgação tenha por efeito prejudicar a reputação ou consideração da pessoa ou a privacidade da vida privada; haja, sem a autorização do interessado e com conhecimento, tais informações no conhecimento de pessoa que não está autorizada a recebê-las de acordo com as disposições desta lei ou outras disposições legais. É punido com pena privativa de liberdade de dois a seis meses e multa de 2.000 a 20.000 francos ou com uma das duas penas (SIMAS, 2014).

Quem, por imprudência ou negligência, tiver revelado ou permitido divulgar informação da natureza referida no número anterior, é punido com multa de 2.000 a 20.000 francos. Artigo 44 “Quem, tendo à sua disposição informação pessoal por ocasião do seu registo, classificação, transmissão ou qualquer outra forma de tratamento, a tenha desviado do seu objeto, tal como teria sido definido, quer no ato regulamentar previsto no artigo 15º, supra, ou nas reclamações feitas nos termos dos artigos 16 e 17 (SOUZA e PEREIRA, 2009).

Itália

Num país com uma importante tradição criminosa, como a Itália, encontramos os seguintes crimes classificados no seu Código Penal: a) Acesso abusivo. b) Abuso da qualidade do operador do sistema. c) Introdução de vírus de computador. d) Fraude Informática. e) Intercepção abusiva. f) Falsificação de computador. g) Espionagem Informática. h) Violência contra ativos de informática. i) Abuso na detecção ou disseminação de códigos de acesso (senhas). j) Violação de correspondência eletrônica, que se agrava se causar danos (SIMAS, 2014).

Por seu turno, a Constituição da República Portuguesa menciona o uso do computador, a qual foi aprovada pela Assembleia Constituinte em 2 de abril de 1976, e que menciona: Artigo 35: “Utilização de Tecnologia da Informação. 1. Todos os cidadãos têm o direito de saber o que se afirma sobre eles na digitação dos registos, bem como a finalidade a que se destinam as informações, podendo exigir a retificação dos dados. As tecnologias de informação não podem ser utilizadas para o tratamento de dados referentes a convicções políticas, religiosas ou de vida privada, exceto no caso de tratamento de dados não identificáveis para fins estatísticos 3. É proibida a atribuição de um número nacional único para os cidadãos (OLIVEIRA, 2013).

Do exposto, nota-se que em diversos países têm se preocupado com o uso indevido que grandes avanços tecnológicos podem ter, que sem uma regulamentação adequada podem transbordar e ficar fora de controle, portanto, a urgência de que em nosso Código Estadual Criminal, são contemplados de uma forma ou de outra para proteger os bens das pessoas afetadas como em fraudes de computador etc.). No entanto, como mencionado anteriormente, auxiliam e orientando para que os legisladores contemplem as figuras criminosas dos “crimes de informática”, de acordo com nossa realidade (SANCHES e ÂNGELO, 2018).

Diante da realidade criada pela internet, a legislação tem procurado adaptar-se às novas configurações em busca de um ordenamento jurídico atual para a matéria, de forma abrangente. Apesar de o Código Penal brasileiro ter sido elaborado em 1940, não abrangendo, pois, elementos para tipificar e enquadrar os crimes eletrônicos, acredita-se

seja possível aplicar os princípios gerais do Direito Penal às condutas criminosas no ambiente virtual, além de algumas destas condutas digitais já encontrarem amparo legal no Código Penal brasileiro, mesmo diante da insuficiência de normas específicas, pelo aproveitamento tanto quanto possível da legislação existente (CAMPOS e PRADO, 2017; SANCHES e ÂNGELO, 2018).

Caetano (2015), destaca que em 2012, ocorreu a tipificação criminal de delitos informáticos criando a Lei nº 12.737, alterando o Decreto de Lei 2.848 ao acrescentar dois artigos, onde a Lei refere-se:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos."

Art. 3º Os arts. 266 e 298 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação: "Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública

Art. 266. § 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento. (LEI Nº 12.737, de 30 de novembro de 2012) § 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública." (NR)

Santos (2020), detalha que com relação as espécies dos crimes mais comuns, tem-se as seguintes leis para combatê-las:

Art. 147 do Código Penal, trata das ameaças. Com pena de um a seis meses de prisão além do pagamento de multa.

Art. 153 do Código penal, sobre a divulgação de material. Com pena de um a seis meses de prisão ou pagamento de multa.

Art. 154 do Código Penal, discorre sobre a violação de sistema de segurança, com pena de três meses a um ano de prisão e pagamento de multa.

Art. 171 do Código penal, trata do crime de estelionato digital com pena de um a cinco anos de reclusão e multa. Art. 307 do Código Penal, trata do crime de falsa identidade com pena de três meses a um ano de prisão e pagamento de multa. (CÓDIGO PENAL. Lei nº 2.848).

Pesquisadores de segurança digital se permitem, potencialmente, mudar as forenses digitais para melhor eficácia nas investigações, embora se compreendam as muitas limitações às investigações e aos modelos de segurança. Além disso, a abordagem nos crimes pode produzir impacto mínimo devido a falhas na políticas ou leis e motivações existentes por detrás de uma infração (CAIADO e CAIADO, 2018).

A falta de leis nacionais harmonizadas de crimes cibernéticos, padronização internacional de requisitos probatórios (tanto em termos de admissibilidade em um tribunal, e em termos de responsabilidade do Estado internacional), assistência jurídica mútua em questões de crimes cibernéticos e coleta, preservação e compartilhamento oportunos de as evidências digitais entre os países também servem como obstáculos para as investigações de crimes cibernéticos. Em relação a certos tipos de crimes cibernéticos, especialmente crimes cibernéticos com motivação política, observou-se uma falta geral de vontade dos países em cooperar nesses casos sobre hacktivism, terrorismo, espionagem (SIQUIEA et al., 2017).

3. PRINCIPAIS DESAFIOS PARA A APLICAÇÃO DA LEI CONTRA CRIMES CIBERNÉTICOS

Existem vários obstáculos que podem ser encontrados durante as investigações de crimes cibernéticos. Entre esses desafios tem-se:

a) Anonimato

O anonimato permite que os indivíduos se envolvam em atividades sem revelar a si mesmos e/ u suas ações a terceiros. Existem várias técnicas de anonimato que os ciber criminosos usam. Uma dessas técnicas é o uso de servidores proxy. Um servidor proxy é um servidor intermediário usado para conectar um cliente (ou seja, um computador) a um

servidor do qual o cliente está solicitando recursos. Anonimizadores, ou servidores proxy anônimos, ocultam os dados de identidade dos usuários, mascarando seu endereço IP e substituindo-o por um endereço IP diferente (AZEVEDO e CARDOSO, 2021).

As técnicas de anonimato são usadas por razões legais e ilegais. Existem razões legítimas para querer permanecer anônimo online e manter a proteção do anonimato online. Por exemplo, o anonimato facilita o fluxo livre de informações e comunicações sem medo de repercussões por expressar pensamentos indesejáveis ou impopulares (desde que não haja razões legais imperativas para restringir esta expressão, para restrições legais e legítimas à liberdade de expressão). Os ciber criminosos também podem usar redes de anonimato para criptografar (ou seja, bloquear o acesso) o tráfego e ocultar o endereço de protocolo da Internet (ou endereço IP), "um identificador exclusivo atribuído a um computador [ou outro dispositivo digital conectado à Internet] pelo provedor de serviços de Internet quando ele se conecta à Internet", em um esforço para ocultar suas atividades e locais na Internet (ALVES, 2018).

Essas redes de anonimato não apenas "mascaram as identidades dos usuários, mas também hospedam seus sites por meio de [seus] recursos de 'serviços ocultos', o que significa que esses sites só podem ser acessados por pessoas" nessas redes de anonimato. Essas redes de anonimato são, portanto, usadas para acessar sites darknet (ou Dark Web) (GOGONI, 2019).

b) Atribuição

A atribuição é outro obstáculo encontrado durante as investigações de crimes cibernéticos. Atribuição é a determinação de quem e/ou o que é responsável pelo crime cibernético. Esse processo visa atribuir o cibercrime a um determinado dispositivo digital, usuário do dispositivo e/ou outros responsáveis pelo cibercrime (por exemplo, se o cibercrime é patrocinado pelo Estado ou dirigido). O uso de ferramentas que aumentam o anonimato pode dificultar a identificação dos dispositivos e ou pessoas responsáveis pelo crime cibernético. A atribuição é ainda mais complicada pelo uso de computadores zumbis infectados por malware ou dispositivos digitais controlados por ferramentas de acesso remoto (ou seja, malware que é usado para criar um *backdoor* em um computador infectado dispositivo para permitir que o distribuidor do malware obtenha acesso e controle dos sistemas). Esses dispositivos podem ser usados, sem o conhecimento do usuário cujo dispositivo está infectado, para cometer crimes cibernéticos (KILIAN, 2021).

c) Rastreamento

Rastreamento é o processo de rastrear atos ilícitos até a origem (ou seja, o autor ou dispositivo digital) do crime cibernético. O rastreamento ocorre após a ocorrência de um

crime cibernético ou quando ele é detectado. Uma investigação preliminar é conduzida para revelar informações sobre o crime cibernético por meio de um exame de arquivos de log (ou seja, logs de eventos, que são os sistemas de arquivos produzidos pela atividade), que podem revelar informações sobre o crime cibernético (ou seja, como ele ocorreu). Por exemplo, os logs de eventos "registram automaticamente, eventos que ocorrem dentro de um computador para fornecer uma trilha de auditoria que pode ser usada para monitorar, compreender e diagnosticar atividades e problemas dentro do sistema. Exemplos desses registros são logs de aplicativos, que registram todas as tentativas de login (válidas e inválidas) e a criação, abertura ou exclusão de arquivos, programas ou outros objetos por um usuário de computador. Esses logs de eventos podem revelar o endereço IP usado no crime cibernético (KILIAN, 2021).

d) Perda de dados

Devido a mudanças legislativas, como o GDPR, as autoridades policiais podem ter o acesso aos dados negado ou podem acessar dados muito limitados como parte de uma investigação criminal. O crescente desenvolvimento tecnológico e o uso da Internet também representam um desafio para a aplicação da lei, resultando em quantidades extremamente grandes de dados onde é difícil distinguir um usuário específico. A criptografia é outra ferramenta usada por criminosos para impedir que dados incriminadores cheguem às mãos das autoridades policiais, enquanto o uso de criptomoedas como o Bitcoin permite que os criminosos lidem com o produto do crime com um nível relativo de anonimato. A falta de dados exigidos pela aplicação da lei tem um impacto prejudicial significativo em seu trabalho, muitas vezes resultando em investigações sendo adiadas ou mesmo interrompidas (CARVALHO, 2018).

e) Perda de localização

Embora o uso de criptografia, criptomoedas e outras tecnologias, como dark web ou armazenamento em nuvem, possam resultar na perda de dados, eles também apresentam desafios significativos para a aplicação da lei no estabelecimento da localização física dos perpetradores, infraestrutura criminal ou evidências eletrônicas.

Isso levanta complexas considerações jurisdicionais e torna difícil determinar quem é responsável por conduzir as investigações (CRUZ e RODRIGUES, 2018).

f) Desafios associados às estruturas jurídicas nacionais

As estruturas jurídicas variam entre os países da Europa, tornando a investigação transfronteiriça eficaz e o processo judicial de crimes cibernéticos extremamente desafiadores. As principais diferenças estão relacionadas a quais condutas são

criminalizadas e como as investigações podem ser conduzidas. Este último tem um grande impacto na coleta de evidências eletrônicas e no monitoramento de atividades criminosas online, que são fundamentais para qualquer investigação de crime cibernético (MACHADO, 2017).

g) Obstáculos à cooperação internacional

Embora as diferenças nos enquadramentos nacionais apresentem desafios para a cooperação entre os Estados-Membros europeus, a falta de um enquadramento jurídico comum em todo o mundo apresenta desafios significativos para a cooperação internacional em geral. Isso é particularmente problemático no caso de ataques cibernéticos em grande escala que abrangem vários continentes. A Assistência Jurídica Mútua é considerada lenta e ineficaz, com as evidências muitas vezes não sendo obtidas a tempo de garantir o sucesso de um caso criminal (BOMFATI e JUNIOR, 2020).

h) Desafios das parcerias público-privadas

O setor privado geralmente detém as chaves para fornecer aos policiais dados cruciais para facilitar as investigações e pode desempenhar um papel fundamental na ajuda ao desmantelamento de infraestruturas criminais. Apesar da importância da colaboração público-privada, não existe um quadro jurídico claro que defina como o setor privado pode cooperar com a aplicação da lei, garantindo ao mesmo tempo que não está violando a privacidade ou os direitos de seus clientes (COSTA, 2019).

Outros desafios estão associados a tecnologias novas e emergentes, como computação quântica e inteligência artificial. Ao mesmo tempo que apresenta oportunidades para a aplicação da lei e o setor privado na detecção e mitigação, também existe o potencial de uso indevido de criminosos para alimentar o crime cibernético. Os investigadores de crimes cibernéticos também enfrentam desafios técnicos. Por exemplo, vários dispositivos digitais têm sistemas operacionais proprietários e software que requerem o uso de ferramentas especializadas para identificar, coletar e preservar evidências digitais. Além disso, os investigadores podem não ter o equipamento necessário e as ferramentas digitais forenses necessárias para conduzir adequadamente as investigações de crimes cibernéticos envolvendo dispositivos digitais (MACHADO, 2017).

Outros obstáculos às investigações de crimes cibernéticos incluem as capacidades limitadas existentes das agências de aplicação da lei para conduzir essas investigações. Em países onde existem unidades especializadas nacionais, elas investigam apenas um número limitado de casos de crimes cibernéticos. A prevalência da tecnologia da informação e comunicação nas investigações criminais torna essa prática ineficaz (CRUZ e RODRIGUES, 2018).

Além disso, essas habilidades limitadas de aplicação da lei são ainda agravadas pela curta vida útil da experiência dos investigadores de crimes cibernéticos. Especificamente, a tecnologia da informação e comunicação está em constante evolução. Por causa disso, os investigadores de crimes cibernéticos devem ser "aprendizes ao longo da vida", treinando continuamente para se manterem atualizados sobre tecnologias, ciber criminosos e seus motivos, alvos, táticas e métodos de operação (KILIAN, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil não existe uma legislação efetiva sobre crimes informáticos, com os quais os comportamentos ilícitos sejam devidamente punidos.

A necessidade de regulamentar esses comportamentos ilegais tem levado vários países, principalmente as grandes potências, a considerarem em suas legislações a esse respeito. Assim, pode-se encontrar países como a Alemanha, onde se concentra principalmente na proteção de dados pessoais contemplados em meio magnético, ou os Estados Unidos, sendo o mais avançado em termos de regulamentação de crimes informáticos, que menciona o real problema de vírus de computador bem como e de forma especial dá enfoque a ditos crimes na sua Lei de Privacidade.

Tudo isso é de grande ajuda para países como o nosso, que ainda não engatinha para legislação a esse respeito, portanto, os crimes de informática constituem uma grande lacuna em nossas leis criminais, e o Direito Comparado nos permite fazer uma lista de crimes que não estão contemplados em nosso Código Penal e que requerem análise urgente por nossos acadêmicos, advogados criminais e legisladores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, M. H. Dos S. **A evolução dos crimes cibernéticos e ao acompanhamento das leis específicas no Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64854/a-evolucao-dos-crimes-ciberneticos-e-acompanhamento-das-leis-especificas-no-brasil>> Acesso em 15 abr. 2021.

AZEVEDO, L.S.; CARDOSO, T.M. **Crimes Cibernéticos: Evolução e dificuldades na colheita de elementos de autoria delitiva**. 2021. 25P. UNA BOM DESPACHO. Bom Despacho, 2021.

BARRETO, A.; SANTOS, H. **Deep Web**: Investigação no submundo da internet. Rio de Janeiro: Brasport, 2019.

BARRETO, A.G.; WENDT, E. **Inteligência e Investigação Criminal em fontes abertas**. Rio de Janeiro: Brasport, 2020.

BOMFATI, C.A.; JUNIOR, A.K. **Crimes Cibernéticos**. Curitiba: Intersabares, 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em setembro de 2021.

CAETANO, A. M. P. De M. **Crimes virtuais**: aplicação, falibilidade e impunidade. Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT. Aracaju, 2015.

CAIADO, F.B.; CAIADO, M. **Combate à pornografia infantojuvenil com aperfeiçoamentos na identificação de suspeitos e na detecção de arquivos de interesse**. In: BRASIL. MPF – Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. Crimes cibernéticos. Brasília: MPF, 2018. (Coletânea de artigos; v. 3), p. 8-24.

CAMPELO, L.; PIRES, P.F. **Crimes virtuais**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72619/crimes-virtuais>. Acesso em setembro de 2021.

CAMPOS, E.M.; PRADO, M.L. **Crimes eletrônicos**. [online], 06 jul. 2017. 11 p.

CARVALHO, G. C. Crimes cibernéticos. **Rev. Conteúdo Jurídico**. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51878/crimes-ciberneticos>. Acesso em setembro de 2021.

COSTA, D.O. **Crimes virtuais: uma breve análise da legislação brasileira sobre o tema**. Arapiraca: 2019. 25 f.

CRESPO, M. **Crimes Digitais: do que estamos falando?** Canal Ciências Criminais, [s.l.], 17 jun. 2015.

CRUZ. D. RODRIGUES, J. Crimes cibernéticos e a falsa sensação de impunidade. Revista científica eletrônica do curso de direito. 13ª Edição – Janeiro de 2018.

FIORILLO, C. A. P. CONTE, C. P. **Crimes no Meio Ambiente Digital**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FLORIANO, D. **Diálogo e inteiração. Crimes informáticos: Dos Delitos e dos Infratores**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326960229crimes_informaticos_d

os_delitos_e_dos_infratores. Acesso em: 13 maio. 2021.

FROTA, J. O. D. PAIVA, M. de F. S. **Crimes virtuais e as dificuldades para combatê-los**. 2017. Disponível em: Disponível em:

https://flucianofejiao.com.br/novo/wpcontent/uploads/2019/11/CRIMES_VIRTUAIS_E_AS_DIFICULDADES_PARA_COMBATELOS.pdf. Acesso em 16 abr. 2021.

GOGONI, R. **Deep Web e Dark Web: Qual a diferença?** Tecnoblog, [s.l.], 18

Mar. 2019. Disponível em: <https://tecnoblog.net/282436/deep-web-e-dark-web-qual-a-diferenca>. Acesso 05 de mar. 2020.

JESUS, D. De; MILAGRE, J. A. **Manual de Crimes Informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

KILIAN, J. **Crimes cibernéticos uma abordagem jurídica diante da eficácia na legislação brasileira**. Trabalho de Conclusão Curso. 2020. 65p. Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, 2020.

MACHADO, T. J. X. **Cibercrime e o crime no mundo informático**. Universidade Fernando Pessoa. Porto, 2017.

MAIA, T. S. F. **Análise dos mecanismos de combate aos crimes cibernéticos no sistema penal brasileiro**. Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

MAUES, G. B. K.; DUARTE, K. C.; CARDOSO, W. R. Silva. Crimes virtuais: uma análise sobre a adequação da legislação penal brasileira. **Revista Científica da FASETE**, p. 155-180, 2018.

OLIVEIRA, J. C. **O cibercrime e as Leis n. 12.735 e 12.737/2012**. 2013. 61f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Departamento de Direito. Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão. 2013.

OLIVEIRA, B. M.; MATTOS, K. R.; SIQUEIRA, M. S.; OLIVEIRA, N. Crimes virtuais e a legislação brasileira, (re)pensando direito. **Revista do Curso em Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo, EDIESA**, ano 7, n. 13, p. 119-130, jan./jun. 2017.

RAMOS, E. D. **Crimes cibernéticos: análise evolutiva e Legislação penal brasileira**. Curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/6911/1/edramos.pdf> Acesso em 17 abr. 2021.

ROCHA, A. A. **Ciber criminalidade: os crimes cibernéticos e os limites da liberdade de expressão na internet**. Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral. Curso de Direito. São Paulo, 2017.

SANCHES, A.G.; ÂNGELO, A.E. **Insuficiência das leis em relação aos crimes cibernéticos no Brasil**. [online], maio 2018. 2 p.

SANTOS, N. M. **O limite das exposições nas redes sociais e o direito à liberdade de expressão: um estudo sobre os efeitos negativos da superexposição das pessoas nas redes sociais e seus impactos no ordenamento jurídico.** Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA. São Paulo 2020.

SIMAS, D.V. **O cibercrime.** 2014. 168f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses). Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Lisboa. 2014.

SIQUEIRA, M. S. OLIVEIRA, N. OLIVEIRA, B. M. MATTOS, K. R. Crimes virtuais

E a legislação brasileira. (Re)Pensando o Direito – **Rev. Do Curso de Graduação**

Em Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo. V. 7, n. 13 (2017).

SOUZA, G.L.L.; PEREIRA, D.V. A convenção de Budapeste e a leis brasileiras. In: **Anais do 1º Seminário “Cibercrime e Cooperação Penal Internacional”.** Org. CCJ-ufpb Association Internationale de Lutte Contra la Cybercriminalite (França), João Pessoa/PB, maio de 2009.

SYDOW, S.T. **Crimes informáticos e suas vítimas.** São Paulo: Saraiva, 2015.

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM CRIMES AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

VINICIUS MARTIN RULLI:

Discente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

RESUMO: O presente estudo teve como objeto a análise crítica acerca da responsabilidade penal no âmbito dos crimes ambientais, para tanto fez-se uso da revisão literária, onde, entre outros aspectos, buscou-se compreender as nuances que envolvem o Direito Ambiental tais como: o conceito de meio ambiente, ambiente e natureza e de que maneira essas distinções interferem no entendimento do que seja o Direito Ambiental e conseqüentemente a forma como se deve tratá-lo. Ainda nesse sentido, esta pesquisa objetivou o estudo e a análise crítica da Lei de Crimes Ambientais e a questão da responsabilização penal de pessoas jurídicas a fim de estabelecer um parâmetro entre a preocupação ambiental dentro da sociedade e os avanços das pessoas jurídicas no sentido de alcançar a sustentabilidade.

Palavras-Chave: Meio-ambiente, Responsabilidade Penal, Sustentabilidade, Lei de Crimes Ambientais.

Abstract: The present study had as its object the critical analysis of criminal liability in the context of environmental crimes, for that purpose, a literary review was used, where, among other aspects, it was sought to understand the nuances that involve Environmental Law such as: the concept of environment, environment and nature and how these distinctions interfere in the understanding of what Environmental Law is and consequently the way in which it should be treated. Also in this sense, this research aimed at the study and critical analysis of the Environmental Crimes Law and the issue of criminal liability of legal entities in order to establish a parameter between the environmental concern within society and the advances of legal entities in order to achieve sustainability.

Keywords: Environment, Criminal Liability, Sustainability, Environmental Crimes Law.

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Evolução Histórica do Direito Ambiental no Brasil. 2. Conceito de Meio Ambiente, Ambiente e Natureza. 2.1. Conceito de Meio Ambiente, Ambiente e Natureza na Constituição Federal. 2.1.2. Princípios norteadores do Direito Ambiental: Prevenção e Poluidor-pagador. 3. O meio ambiente e o direito penal. 3.1. A tríplice responsabilização do agente poluidor com o advento da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998). 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A discussão acerca do meio ambiente e seu papel na continuidade da vida humana, atravessa as eras e não obstante desempenha forte influência nas tomadas de decisões no que tange às políticas públicas, muito embora na atualidade ainda seja desafiador compilar as leis referentes à política ambiental se faz necessário que as atuais leis que compõem a legislação ambiental tenham sua aplicabilidade normatizada.

Com isso, o Direito Ambiental deixa de ser meramente um conglomerado de preceitos sem aplicação e passam a se tornar leis com atuação prática no cotidiano.

Por essas razões, que a discussão acerca da lei ambiental e sua aplicabilidade exercem um papel de extrema importância; pois o debate público acerca das questões ambientais e sustentáveis devem ultrapassar o campo das ideias e começar a atuar de forma pujante no mundo dos fatos.

E este trabalho tem como escopo a análise do Direito Ambiental em nossa sociedade pós-moderna, principalmente a brasileira, buscando compreender os caminhos já percorridos por este grupo social, tanto no período que compreendeu o Brasil colônia quanto no período imperial até chegarmos aqui.

E dentro desse espectro, este artigo procura estabelecer a conceituação do meio ambiente, ambiente e natureza para que fique entendido quais as singularidades de cada um e assim possa ser estabelecido um parâmetro norteador do estudo acerca das leis que tutelam o ambiente e, nesse ponto é interessante que tais distinções sejam feitas, pois ainda hoje se tem a ideia equivocada de que a proteção e o estabelecimento de leis ambientais são desnecessárias por serem “carregadas” de subjetivismos e não possuem clareza quanto ao objetiva a que se destina.

Por fim, este estudo analisa de forma abrangente - mas sem a intenção de exaurir o tema - a questão do advento do Direito Penal Ambiental, a sua função em tutelar o meio ambiente e de que maneira ele tem sido eficaz no sentido de responsabilizar e sancionar aqueles que praticam condutas lesivas ao meio ambiente; especialmente as pessoas jurídicas, que têm sido alvo de acaloradas discussões acerca de sua responsabilidade criminal frente aos danos causados ao meio ambiente.

1.1 Evolução Histórica do Direito Ambiental no Brasil

Para que se possa compreender o *status quo* do direito ambiental no Brasil é de fundamental importância que façamos uma breve viagem aos idos da colonização portuguesa em terras brasileiras e tenhamos um olhar especial sobre as Ordenações

Portuguesas 8 que exerceram um papel determinante no conjunto de leis que tutelam o meio ambiente no país.

No período que compreendeu os séculos XII a XIV, a natureza – que até então não era considerada como um elemento separado da vida – recebia especial proteção, onde a proteção ambiental era completamente rígida prevendo punições severas aos que cortassem árvores frutíferas ou caçassem animais utilizando-se de meios que causassem dor ou intenso sofrimento aos animais na sua morte⁹.

Já na época do Brasil Colônia, período em que houve intensa comercialização da madeira de Pau-Brasil, a proteção ambiental se deu por meio das Ordenações Manuelinas, onde havia a previsão do pagamento de prestações pecuniárias àqueles que descumprissem as normas proibitivas como, por exemplo: a caça de coelhos com cães no período considerado de “respeito as crias” e a proibição de corte de árvores frutíferas.

No período das Ordenações Filipinas, Dom Filipe, em seu reinado expediu uma carta onde a ideia do zoneamento ambiental passou a ser executada, pois nos idos de 1594, o corte de árvores em Portugal para a produção de navios estava exacerbado e para controlar tal devastação, Dom Filipe nesta carta cria delimitações de áreas que deveriam ser protegidas do desmatamento.

Com o advento do período imperial, foi promulgada a Constituição de 1824 onde foi instituído o Código Civil e o Código Criminal, estabeleceu-se com estes diplomas a punição para o corte ilegal de árvores bem como a responsabilização penal daqueles que cometessem crimes contra a natureza. Com o Código Criminal de 1824 surgia a figura da responsabilidade penal contra crimes ambientais, o que foi um importante avanço na proteção do meio ambiente.

Já no período republicano (imediatamente após a República), a Constituição da República de 1891 previa em seu art. 34, inciso XXIX, o poder de legislar da União sobre minas e campos.

⁸ No período colonial no Brasil, estava em vigor em Portugal as Ordenações Manuelinas e dentre outras previsões este conjunto de normas proibia a caça a animais como por exemplo, as lebres, com outros seres vivos como os bois, fios e outros meios que lhes pudessem causar dor e intenso sofrimento na hora da morte.

⁹ O desrespeito ao que vigia nas Ordenações Filipinas ensejava duras penalidades ao infrator, tais como o crime de injúria contra o rei e até mesmo o perdimento dos instrumentos utilizados nas caçadas.

O Código Civil, datado de 1º de janeiro de 1916, apresentava em seus arts. 554 e 555 o suposto uso indevido de propriedade e, nos art. 582, dá ao proprietário de prédio de vizinho intimidador, a oportunidade de pedir embargos de chaminé, fogões ou fornos.

Conforme discorre Ann Helen Wainer (Ann Helen Wainer, 1923, p. 66 *apud* Nazo; Mukai, 2001, p.121):

“[...] Em 31 de dezembro de 1923, com o Decreto nº 16.300, que dispôs sobre a saúde e saneamento, importante passo foi dado em favor do controle da poluição, a proibir instalações de indústrias nocivas e prejudiciais à saúde de residências vizinhas” e que, o Decreto Legislativo nº 5.481, de 25.06.1929, veio regular o direito de propriedade imobiliária no plano horizontal” (expressão que se refere aos prédios de apartamentos, posto que aqui implica a superposição de vários planos horizontais superpostos).[...]”

Por fim, da década de 1990 até a atualidade, a matéria de direito ambiental no Brasil tem vivido um período de consolidação com edição de normas tendentes a aprimorar a

legislação já existente; entretanto tais normas ainda padecem por serem confusas, possuírem lacunas e em alguns casos, inconstitucionais, visto que não foram recepcionadas pela Constituição Federal.

2. Conceito de Meio Ambiente, Ambiente e Natureza

Para que se possa ter uma correta compreensão do que seja crimes ambientais, na esfera da responsabilização penal, se faz necessária a correta distinção do que seja o meio ambiente, o ambiente e a natureza; que por vezes são erroneamente considerados como a mesma coisa.

Entende-se por meio ambiente como a soma total de circunstâncias externas que envolvem um organismo, um objeto ou uma comunidade afetando sua existência. Como bem leciona Art (Art, 1996, p.583 *apud* Richard Domingues Dulley, 2004, p.4) o meio ambiente é a “soma total das condições externas circundantes no interior das quais um organismo, uma condição, uma comunidade ou um objeto existe.” Desse modo, o meio ambiente não se trata de um termo exclusivo, pois o organismo pertencente a um ambiente específico pode fazer de parte de um outro.

O ambiente propriamente dito, assim como o meio ambiente, possui conceitos variados determinados por diversos autores e dentre as definições existentes pode-se

considerar o ambiente como a biosfera que é a fina camada de vida que recobre a terra, que está localizada entre a crosta terrestre e a atmosfera, sendo, portanto, as condições externas que influenciam ou afetam a vida de sociedades inteiras.

Ainda sobre o ambiente podemos defini-lo como sendo o resultado da divisão do mundo em objetos e em condições que possibilitam sua existência tornando assim uma espécie de construção intelectual que destaca mais as diferenças do que as semelhanças dos atores que compõem tal ambiente.

Muito embora os conceitos existentes acerca da natureza não tragam definições que alcancem sua completude, o termo natureza pode ser conceituado como um “sistema complexo” que não é passivo e nem desordenado, trata-se de um sistema aberto, em que há a autonomia e dependência que conduzem à organização num ambiente.

2.1. Conceito de Meio Ambiente, Ambiente e Natureza na Constituição Federal

Embora nossa Constituição Cidadã não traga de forma expressa os conceitos de ambiente e natureza, é de fundamental importância observar o que dispõe o art. 225 da CRFB/1988¹⁰, no que tange ao meio ambiente:

Art. 225. Todos têm direito ao **meio ambiente** ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O texto constitucional aduz que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, significa dizer que para além do direito a um meio ambiente em equilíbrio, os cidadãos possuem o dever de protegê-lo conjuntamente com o Poder Público para que se possa preservá-lo para as gerações atuais bem como as futuras.

Esclarecidas as distinções entre o meio ambiente, ambiente e natureza e entendido o dever do homem como parte da natureza e do meio em que está inserido pode-se estudar e compreender as implicações dos princípios do Direito Ambiental.

2.1.2. Princípios norteadores do Direito Ambiental: prevenção e poluidor-pagador

Nesta análise acerca dos princípios que norteiam o direito ambiental é importante que façamos uma breve reflexão do conceito de Direito Ambiental e a quem ele se destina.

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O direito ambiental se trata de uma garantia, prevista em nossa Constituição Federal, com o objetivo de proporcionar às pessoas o acesso a um meio ambiente sadio e equilibrado.

Com isso, nas palavras de Celso Fiorillo (2020) em seu Curso de Direito Ambiental¹¹, temos que o direito ambiental existe com a finalidade precípua de servir as necessidades humanas.

Com esse aspecto do direito ambiental esclarecido, podemos analisar os princípios da prevenção ou precaução e o do poluidor-pagador; que são princípios que exercem um papel importante na seara jurídica ambiental.

Posto isso, o princípio da prevenção se trata do mais importante dentro do direito ambiental, pois a base que sustenta todo o sistema de leis que compõem o direito ambiental está amparada nele.

Tal é a importância deste princípio que, após a Conferência de Estocolmo de 1972 ele foi elevado à categoria de mega princípio, pois é por meio dele que se desenvolve uma consciência ecológica na sociedade com vistas a preservar e equilibrar o meio ambiente. Segundo a brilhante lição de Celso Fiorillo (2020, p.55):

[...] A nossa Constituição Federal de 1988 expressamente adotou o princípio da prevenção, ao preceituar, no caput do art. 225, o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A prevenção e a preservação devem ser concretizadas por meio de uma consciência ecológica, a qual deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental.

De fato, é a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. [...] (Fiorillo, 2020, p.55)

O princípio da prevenção fica especialmente evidenciado no ensinamento de Fiorillo (2020) acerca do caráter repressivo do princípio da prevenção com relação ao agente poluidor que deve ser punido à medida de sua atividade poluidora atingindo seu lucro, para que este possa compreender que os recursos naturais estão escassos e que é importante o bom uso destes recursos para que todos possam utilizá-lo:

¹¹ Ob.cit. p.40,

[...] Uma legislação severa que imponha multas e sanções mais pesadas funciona também como instrumento de efetivação da prevenção. Para tanto, é imprescindível que se leve em conta o poder econômico do poluidor [...] [pois as penalidades aplicadas] deverão estar atentas aos benefícios experimentados com a atividade degradante, bem como com o lucro obtido à custa da agressão, de modo que essa atividade, uma vez penalizada, não compense economicamente. (Fiorillo, 2020, p.56)

Ainda sobre o caráter repressivo do princípio da prevenção César Fiorillo (2020, p.56) destaca o seguinte:

[...]Oportuno salientar que não se quer com isso inviabilizar a atividade econômica, mas tão somente excluir do mercado o poluidor que ainda não constatou que os recursos ambientais são escassos, que não pertencem a uma ou algumas pessoas e que sua utilização encontra-se limitada na utilização do próximo, porquanto o bem ambiental é um bem de uso comum do povo. (Fiorillo,2020, p.56)

Entendido os aspectos principais do princípio da prevenção; se faz necessário o estudo do princípio do poluidor-pagador que, assim como o da prevenção tem influência direta no seio do Direito Ambiental.

Nesse diapasão, insta salientar, que o princípio do poluidor-pagador possui em sua estrutura o caráter preventivo e o repressivo. O caráter preventivo, como o próprio nome diz, objetiva evitar a ocorrência do dano ambiental através de políticas públicas voltadas à conscientização da sociedade como um todo para a preservação; já o caráter repressivo tem a finalidade de punir aquele agente causador do dano ao ambiente com vistas a educá-lo a não mais incorrer em tais práticas.

Nesse sentido, ensina Fiorillo (2020, p.50):

[...] Desse modo, num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação. (Fiorillo, 2020, p.50)

Esta definição do poluidor-pagador não tem o condão nem de tornar o ato de poluir algo licencioso e nem tornar inviável a prática de atividades empresariais, pelo contrário, o princípio do poluidor-pagador visa, de forma pedagógica ensinar aos agentes poluidores que é necessário cuidar do meio ambiente.

E como forma de reafirmar tal compromisso a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (PNAMA) nº 6.398, de 31 de agosto 1981, preceitua:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Numa leitura atenta do referido artigo da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente fica evidenciado no parágrafo 1º do art. 14 que a responsabilidade do poluidor em caso de dano ambiental é objetiva, ou seja, independentemente da demonstração de culpa.

3.0 meio ambiente e o direito penal

Ainda na esteira da proteção do meio ambiente e a busca de seu equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações, mostrava-se fundamental, a criação de mecanismos legais que buscassem a tutela do bem jurídico ambiental haja vista que por muito tempo o Brasil não penalizava de forma adequada os agentes de degradação no país.

Por essa razão e tendo em vista que muitas vezes a mera responsabilização civil não surtia o efeito esperado, dando a impressão de que crimes ambientais “compensavam” o legislador atento à essa realidade bem como aos clamores da sociedade por regras mais rígidas ao poluidor e àquele que produz a devastação das riquezas naturais organizou e criou a lei nº 9.605/1998, denominada de Lei de Crimes Ambientais.

A LCA foi desenvolvida para ser um instrumento que une o meio ambiente e o direito penal; com vistas à proteção deste bem jurídico e ainda que alguns doutrinadores defendam o princípio da intervenção mínima do Estado na seara ambiental e que o direito penal deve ser a última *ratio* a ser acionado nas infrações penais ambientais, não parece ser razoável tal conduta visto que a proteção ao meio ambiente por meio das sanções civis e administrativas, por vezes, não cumprem o seu fim determinado.¹²

3.1. A tríplice responsabilização do agente poluidor com o advento da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998)

Com o advento da Lei nº 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes ambientais, passou a ser observado o disposto no art. 225, §3º da Constituição Federal, que prevê o seguinte:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais

¹² Nessa esteira, adota entendimento semelhante Guilherme Magalhães Feliciano que em sua obra intitulada “Teoria Objetiva do Direito Penal Ambiental” aduz que: “a inaptidão dos mecanismos de tutela ambiental elaborados à luz do Direito Civil, Direito Processual e Administrativo [...] [levou o legislador a] “criminalizar condutas humanas nocivas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao patrimônio cultural”.

e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Portanto, a Carta Magna de 1988 inovou no quesito ambiental, prevendo o dever da coletividade e daqueles que decidem empreender de cuidar do meio ambiente para que este seja ecologicamente equilibrado e não apenas isso que os danos ambientais estivessem sujeitos às sanções penais, civis e administrativas.

Esta previsão normativa, constitucional, oportunizou a criação da Lei de Crimes Ambientais possibilitando, assim, que crimes cometidos contra o meio ambiente pudessem sofrer sanções na seara penal; pois até então não eram possíveis tais penalidades, pois segundo alguns doutrinadores não seria necessário a responsabilização dos agentes em se tratando de crimes ambientais, sob o argumento, conforme Cezar Roberto Bittencourt de que “há falta da capacidade ‘natural’ da ação e carência da capacidade de culpabilidade”, entretanto tal alegação pode ser refutada, com o fato de que a Constituição Federal assegura a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica em conjunto com a pessoa física, como resta demonstrado no art.3º da Lei de Crimes Ambientais que, em complementação ao art. 225,§3º da CRFB/1988, demonstra explicitamente como se dará essa responsabilização.

Muito embora, ainda haja uma acalorada discussão acerca da constitucionalidade ou não da responsabilização penal de pessoas jurídicas há que se ter em mente que nos últimos tempos os tribunais superiores têm decidido pela responsabilização das pessoas jurídicas haja vista previsão constitucional para tal e consequente complementação da norma trazida pela Lei nº 9.605/1998.

Édis Milaré (2016,p.303), de forma brilhante aborda este assunto em sua tese e busca de forma didática trazer um ponto de equilíbrio à discussão:

[...] Portanto, diante da expressa determinação legal, não cabe mais entrar no mérito da velha polêmica sobre a pertinência da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Melhor será exercitar e perseguir os meios mais adequados para a efetiva implementação dos desígnios do legislador, pois, segundo advertência de Starck, o jurista não pode esperar por um Direito ideal. Ele deve trabalhar com o Direito existente, em busca de soluções melhores.[...]
(Milaré,2016,p.303)

Por fim, a corrente que concorda com a responsabilização da pessoa jurídica em crimes ambientais merece credibilidade vez que tal possibilidade já se encontra positivada na Carta Magna bem como na legislação ambiental.

4. Conclusão

Por fim, pode-se concluir que a tutela jurisdicional do meio ambiente é um tema de fundamental importância na construção de uma sociedade mais consciente de seus atos e que busca de alguma forma reparar os danos que causa ao meio ambiente a qual está inserida.

Por essa razão, o debate acerca da responsabilização penal de pessoas jurídicas deve ser realizado, pois, as empresas que são comandadas por pessoas físicas devem ter muito bem esclarecido em seus entendimentos que cada ação executada no ambiente em que faz parte tem uma consequência direta para a geração atual bem como para as futuras e por isso a vigilância no cuidado com o meio ambiente de forma geral pode ter efeitos favoráveis não apenas à sociedade civil mas para as pessoas jurídicas também, pois passarão a exercer suas atividades de forma consciente, levando em consideração não apenas o consumo consciente dos recursos naturais e nem somente o lucro, como passarão a observar as boas práticas no desempenho das atividades comerciais.

Longe de ser uma utópica visão a respeito da conscientização ecológica, é vital para a existência da humanidade bem como das atividades econômicas a saída da chamada sociedade de risco; onde apenas se criam mecanismos para “suavizar” a culpa pelos danos ambientais e se passe ao lugar onde o cuidado com o meio ambiente e a sustentabilidade deixem de ser meros ideais e sejam uma realidade.

Por fim, o advento da Lei de Crimes Ambientais é uma importante contribuição no que tange à construção desta nova política voltada não somente ao crescimento quantitativo, mas qualitativo.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 28 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm> Acesso em 30 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras

providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm> Acesso em 05 mai. 2022.

Dulley, Richard Domingues. Noção de natureza, ambiente, meio ambiente, recursos ambientais e recursos naturais. **Agric. São Paulo**, São Paulo, v.51,n.2, jul/dez.2004. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47761/45557>> Acesso em: 25 abr.2022.

Feliciano, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: Ltr,2005.

Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. 20.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

MILARÉ, Édis. **Reação à danosidade ambiental**: contribuição para o delineamento de um microsistema de responsabilidade. Orientadora: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. 2016.380f.Tese (Doutorado) – Curso Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016. Disponível em <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf>> Acesso em 04 maio 2022

Nazo, Georgete Nacarato; Mukai, Toshio. O direito ambiental no Brasil: evolução histórica e a relevância do direito internacional no meio ambiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr/jun. 2001. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47761/45557>> Acesso em: 25 abr. 2022.

Raslan, Alexandre *et al.*, Ana Moreira Marchesan e Annelise Monteiro Steigleder (Organizadoras). **Crimes Ambientais**: Comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEI DO FEMINICÍDIO

DAVID HENRIQUE BARBOZA DE QUEIROZ:

graduando no curso de Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis-SP.

RESUMO: Mesmo após a promulgação de mais de uma legislação destinada a reduzir a violência contra as mulheres, o número de casos de violência doméstica e assassinatos de mulheres continua aumentando, o que levanta questões sobre a eficácia dessas leis. Por meio de pesquisas bibliográficas, livros, artigos, direito e jurisprudência. Desta forma, no primeiro capítulo, nos propusemos a conceituar violência doméstica e sua repercussão nos dias atuais. No segundo capítulo foram identificados e elucidados os tipos e procedimentos das medidas protetivas elencadas na Lei Maria da Penha, assim como sua origem e o posicionamento dos tribunais em relação ao seu possível descumprimento. Postalmente no terceiro capítulo, a mencionamos sobre a Lei do Femicídio seus objetivos, seus sujeitos e por fim tentar mostrar um paralelo entre ambas leis.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Medidas Protetivas. Violência Doméstica. Femicídio.

ABSTRACT: Even after the enactment of more than one legislation aimed at reducing violence against women, the number of cases of domestic violence and murders of women continues to increase, raising questions about the effectiveness of these laws. Through bibliographical research, books, articles, law and jurisprudence. Thus, in the first chapter, we proposed to conceptualize domestic violence and its repercussions today. In the second chapter, the types and procedures of protective measures listed in the Maria da Penha Law were identified and elucidated, as well as their origin and the position of the courts in relation to their possible non-compliance. Later in the third chapter, we mentioned it about the Femicide Law, its objectives, its subjects and, finally, trying to show a parallel between both laws.

Keywords: Maria da Penha Law. Protective Measures. Domestic violence. Femicide.

1 INTRODUÇÃO

O assassinato de mulheres é um crime de homicídio contra mulheres, causado principalmente pelo comportamento sexual feminino. O resultado associado a incontáveis históricos de agressões físicas, psicológicas, sexuais e outras agressões é inevitável, portanto, é utilizado como qualificativo para homicídio e listado como terrível lista de crimes pela lei 13.104 /15

Ainda antes disso, a “Lei Maria da Pena” (11.340 / 06) foi assinada em 2006 para homenagear Maria da Pena Maia Fernández. Maya Fernandez há muito foi invadida pelo marido. A lei visa eliminar e prevenir a violência doméstica e doméstica contra as mulheres por meio de suas medidas de proteção.

No entanto, mesmo após o estabelecimento desses métodos, o número de casos de violência contra a mulher e homicídios de mulheres continua a aumentar, o que levanta a questão de se o estado aprovou o caráter protetivo da Lei 11.340 / 06 durante a violação. terminou sem intervenção, evitando que as mulheres se tornassem vítimas de crimes brutais, como o assassinato de mulheres.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo descrever a Lei do Assassinato da Mulher e Maria da Penha por meio da compilação de estudos bibliográficos, livros, artigos, legislação e jurisprudência, e estudos de caso, e analisar a eficácia das medidas de proteção.

O primeiro capítulo visa relacionar a evolução das mulheres no meio social, as lutas das últimas décadas, e os avanços e conquistas jurídicas que legalizaram o Brasil como sujeito de direitos ao pano de fundo.

Posteriormente, no Capítulo II, foram discutidas as medidas cautelares previstas na Lei 11.340 / 06. Ao divulgar seu tipo, procuramos esclarecer seus procedimentos e aplicações. Procurou-se investigar a posição do tribunal sobre se as medidas de proteção se aplicam às mulheres, com o objetivo de diferentes posições dogmáticas sobre o assunto, como a análise de casos específicos.

Por isso, no terceiro capítulo, o foco é o assassinato de mulheres. Esclarecendo seus conceitos, objetivos e o que aconteceu com os temas envolvidos. Por meio da formulação da Lei Maria da Penha combinando-a como qualificadora para o homicídio e uma lei que tenta paralelamente, dá ênfase especial ao avanço da legislação brasileira.

2.A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

2.1 CONCEITUANDO VIOLÊNCIA

A palavra violência é derivada do latim *violência*, e *violência* latina é derivado do prefixo *vis*, que se refere a poder, vitalidade, poder ou impulso. Qualquer tentativa de destruir a integridade da vítima sob qualquer forma por meio do uso da força, seja física, psicológica, sexual ou moral, é chamada de violência. Portanto, pode-se dizer que qualquer forma de violência é uma violação dos direitos humanos básicos.

“é um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror” (FERNANDES,2007, p.29).

Ressalta-se que até a Constituição Federal enfatiza esse ponto em seus artigos 5º e 6º. Eu e a arte. 226, §5 A igualdade entre homens e mulheres e a ideologia do patriarcado patriarcal continuam a existir no âmbito social, portanto, mesmo nas famílias de hoje, as mulheres são consideradas como quem deve servir a família e a família, mesmo que sejam também na família. Trabalhe fora. ambiente familiar. Ao longo dos anos, o patriarcado foi aceito e contestado, portanto, a desintegração de cada papel de gênero afetou também a estrutura básica desse sistema de distribuição da posse e da vontade feminina.

É nessas circunstâncias que surgiu a violência doméstica e a violência doméstica contra as mulheres, uma forma de compensar possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis de gênero. As conquistas femininas que ocorreram em todo o mundo destruíram este parâmetro pré-estabelecido e, em parte, fizeram os homens perderem o controle e a capacidade de decidir sua própria família e esposas, resultando na necessidade de usar a força bruta para impor sua vontade ou destruir seus parceiros estáveis, tornando-os mais vulneráveis e suscetíveis à opressão.

Portanto, a violência doméstica pode ser vista como a soma total do processo histórico de legalização da sociedade feminina, e os homens são incapazes de se adaptar à nova esfera social onde as mulheres têm seu próprio poder. Hoje em dia, a violência dos homens contra as mulheres pode ser não apenas a persistência do antigo sistema, mas também a incapacidade ou recusa em se adaptar ao novo sistema. Em outras palavras, isso não é apenas uma continuação do patriarcado tradicional, mas também uma forma de responder ao colapso do patriarcado.

Essa violência simbólica equivale à ideologia da masculinidade, que constitui a visão de mundo formulada pelo governante para produzir um senso de mistério, garantindo assim a complacência do governado. Portanto, a intenção dos homens é prejudicar a integridade física das mulheres. Isso é o resultado da ideologia pessoal e do processo global de um gênero dominando o outro.

A violência de gênero é uma afronta aos direitos humanos de todas as gerações, pois visa reduzir a liberdade, a igualdade e a solidariedade das mulheres. Quando um homem entrega uma mulher ao seu domínio, a liberdade é violada, o que a envergonha e a impede de expressar sua vontade. Dessa forma, a mulher vê seu direito de ir, pensa a seu modo e desaparece porque obedece à força e à vontade dos outros. A partir do momento

em que o poder cultural, físico, econômico, psicológico, social e principalmente emocional se concentra na imagem de uma pessoa, o direito à igualdade foi restringido.

A rigor, segundo a Organização Mundial da Saúde, a violência pode ser dividida em três formas: violência interpessoal, violência contra si mesmo e violência coletiva.

A violência interpessoal inclui a violência física e a violência psicológica e geralmente ocorre em ambientes públicos e privados. Exemplos de violência interpessoal incluem violência doméstica, violência sexual e violência contra crianças e jovens.

Somente em 1993, durante a Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, a violência contra as mulheres foi reconhecida como um obstáculo aos ideais de desenvolvimento, paz e igualdade entre as pessoas. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Eliminar a Violência Doméstica. Portanto, ele também acredita que a violência contra as mulheres é uma violação dos direitos humanos, que se baseia no fato de que a pessoa que apanha é uma mulher.

A convenção foi ratificada pelo Brasil em 1995 e é citada no cardápio da "Maria da Penha", enfatizando o propósito de salvaguardar os direitos humanos das mulheres desde o art. No parágrafo 6, quando afirmou que "a violência doméstica contra a mulher e a violência doméstica é uma forma de violação dos direitos humanos", é necessário que ele sublinhe esta formulação mesmo que a considere desnecessária. Mesmo que o que a constituição tenha sido reiterado com base na constituição, essa prática também mostra que isso geralmente não é feito.

2.2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NOS DIAS ATUAIS

Em relação à violência contra a mulher, cabe ressaltar que seu início é silencioso, e quando começa a se manifestar na família ou no ambiente familiar, não recebe a atenção que merece. Normalmente, esse tipo de violência faz parte da vida diária nas cidades, países e no mundo, e é muito trivial para ser considerada parte da vida. A violência contra a mulher está tão arraigada na cultura humana que ocorre periodicamente, é um processo rotineiro com formas claras: tensão, violência aberta, arrependimento e lua-de-mel. O espaço para viver sem violência torna-se cada vez mais restrito e insuportável, o que pode levar a consequências trágicas e fatais (TELES, p.23)

De uma forma geral, as vítimas costumam ir ao serviço de saúde apenas quando a violência atingiu um nível crítico, que se inicia com violência psicológica, agressão verbal e moral, até atingir o aspecto físico. Com isso, as estatísticas relacionadas à violência de gênero não revelam a realidade social, pois o número de mulheres que procuram ajuda em instituições públicas ainda é baixo.

A base é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder, o que cria uma relação de dominação e dominação. O processo de naturalização é baseado na dissimulação e é usado para tornar o estupro conjugal invisível. Desde então, esse fenômeno foi escondido por um tratado tradicionalmente estabelecido e foi reconhecido pelo país.

A mulher está acostumada a enriquecer com o sucesso dos casais e o crescimento dos filhos, e não consegue encontrar o centro de sua satisfação. Seu medo de falta de espaço para satisfação pessoal, dependência da economia, complexo de inferioridade e sentimento de inutilidade impuseram sua lei do silêncio. Nem sempre foi porque ela precisava de apoio ou porque não conseguia sustentar-se para apresentar sua vida, nem relatou sua agressão como vítima. Em seu coração, ele se viu punido por não cumprir o que pensava ser sua responsabilidade exclusiva. O medo e o sentimento de culpa a impediram de usar as queixas para interromper a agressão. Portanto, o número de relatos de violência no domicílio ainda é insignificante.

Mesmo antes do abuso dessa relação, existem alguns sinais que merecem nossa atenção: apego rápido, ciúme excessivo, controle do tempo, isolamento da família e dos amigos, uso de linguagem depreciativa, culpabilização das mulheres e minimização do abuso. A vulnerabilidade de se apaixonar e se apaixonar torna-se cega.

O início do ciclo de violência sempre foi o silêncio, seguido pela indiferença. Depois disso, haverá acusações, condenações e reclamações. Então começou a punição e punição. A violência psicológica se torna violência física. O ataque é limitado à vítima. O parceiro destruiu os pertences da vítima, ofendeu-a na frente dos filhos e ameaçou-os de usá-los como um "grupo móvel" porque ela sabia que esses eram os pontos fracos do parceiro.

Embora essa violência resulte de um longo processo histórico, foi somente em 1980 que começaram as investigações sobre o número de homicídios femininos. Nos últimos 30 anos, mais de 92.000 mulheres foram assassinadas e 43.000 mulheres foram assassinadas apenas nos últimos dez anos. No entanto, com a introdução da "Maria da Penha" em 2006, a taxa de homicídios na casa foi reduzida em 10%, indicando que a lei ajudou a prevenir a ocorrência de vários homicídios.

Entre 1980 e 2013, ao longo do tempo, 106.093 mulheres morreram em decorrência de homicídios, tanto em número como em proporção. Na verdade, o número de vítimas aumentou de 1.353 mulheres em 1980 para 4.762 em 2013, um aumento de 252%. A taxa era de 2,3 vítimas por 100.000 pessoas em 1980 e passou a 4,8 em 2013, um aumento de 111,1%. (IBGE, 2020)

Entre 83 países / regiões com os mesmos dados fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, o Brasil tem a quinta maior incidência de 4,8 homicídios por 100.000 mulheres, o que mostra que a incidência do Brasil excede em muito a da maioria dos países / regiões. (IBGE, 2020)

Em 2014, por meio do atendimento à violência doméstica, violência sexual e / ou outros atos violentos cadastrados no SINAN (Sistema Estatutário de Informação de Agravos de Infectologia), o sistema disponibilizou a violência doméstica contra crianças, mulheres e crianças no Sistema Único de Saúde (SUS). Os idosos (cujos dados foram levantados no Mapa da Violência 2015) atenderam 223.796 vítimas de diversos tipos de violência. (IBGE, 2020)

Destas vítimas de violência, dois terços (147.691) são mulheres que requerem cuidados médicos devido à violência doméstica, violência sexual e / ou outros atos de violência. Portanto, todos os dias de 2014, 405 mulheres solicitaram atendimento no setor de saúde devido a alguma forma de violência. (Mapa da violência, 2020).

Ainda em 2014, foram registradas 52.957 notificações de violência por meio do Disque 180. Dentre esses registros, há 27.369 notificações correspondentes a violência física (51,68%), 16.846 notificações de violência psicológica (31,81%) e 5.126 notificações de violência mental (9,68%), de acordo com a Secretaria de Política da Mulher 2014. estatísticas do balanço, foram 1.028 casos de violência hereditária (1,94%), 1.517 casos de violência sexual (2,86%), 931 casos de prisões privadas (1,76%) e 140 casos de tráfico de pessoas (0,26%).(IBGE, 2020)

A violência pessoal é de longe a mais comum, respondendo por 48,7% das visitas, e é particularmente grave nas fases adulta e adulta da vida das mulheres, respondendo por cerca de 60% do total de visitas. Em segundo lugar, a violência psicológica é responsável por 23,0% do aconselhamento em todas as fases, principalmente a partir de mulheres jovens. Terceiro, segundo dados do Ministério da Saúde, a violência sexual responde por 11,9% do número de atendimentos, e a incidência é maior entre menores de 11 anos (29,0% do número de atendimentos) e adolescentes (24,3%), segundo mapa da violência 2020.

A continuidade do vínculo matrimonial é a maior probabilidade de violência mental (de 29% a 43%). No caso de espancamento chega a 20%, e chega a mais de 30% sob diferentes formas de controle e contenção. Após sofrer ameaças ou violência física, a frequência de pedidos de ajuda é maior (de metade dos casos para 2/3), e o foco é nas mulheres que buscam ajuda de suas mães, irmãs e outros parentes. No entanto, em qualquer dos casos, as reclamações não ultrapassaram 1/3 dos casos. (IBGE, 2020)

Tanto as mulheres agredidas quanto as que se confessaram agressoras apontaram que o controle da lealdade é a principal causa do desempenho violento (46% e 50%, respectivamente). As mulheres também enfatizaram as tendências psicológicas de seus parceiros (como alcoolismo, desequilíbrios, etc., 23%) e buscar autonomia (19%), e estes últimos não as aceitam. (IBGE, 2020)

Este tipo de dado revela até que ponto os incidentes violentos são subnotificados: a violência existe, mas geralmente não atravessa as barreiras para a ocorrência e manutenção da violência. A crença na impunidade e no medo faz com que as mulheres não busquem a condenação como forma de coibir a violência sofrida. Portanto, apenas 10% da violência feminina atraiu a atenção da polícia porque é difícil expor e ver quem vive sob o mesmo teto e tem laços familiares e afetivos sendo punidos. Essas mulheres passam em média não menos de 10 anos com o agressor

Constituição Federal, na forma do art. O Decreto nº 226 estipula que o Estado é obrigado a garantir o atendimento às famílias e estabelecer mecanismos para coibir a violência nas relações familiares. No entanto, quando as autoridades públicas começaram a perceber que certos crimes têm baixo potencial ofensivo, elas se esqueceram de descartar a violência doméstica. Esses crimes passaram a ser objeto de julgamentos sumários em juizados especiais, admitindo transações criminosas e implementando medidas de descriminalização.

Portanto, a violência contra as mulheres que persiste há muitos anos é um problema nacional e uma violação dos direitos humanos. Mesmo que seja notoriamente infame e receba atenção jurídica e social, os números registrados ainda são chocantes e a maioria dos casos nem chega a ser registrada.

3.FEMINICÍDIO

O crime de homicídio habilita o crime de homicídio previsto no art. O Artigo 121, parágrafo 2 da Lei Penal também é implementado pela Lei de Matança de Mulheres de 2015. Introduzido no "Código Penal". 121. O sexto item refere-se ao homicídio simples de mulher por ser mulher, ou seja, por razões de gênero, e portanto é o qualificativo para o crime de homicídio.

Feminicídio
[...]

I - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

- I - violência doméstica e familiar;
- II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

[...] § 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

- I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
- II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
- III - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
- IV - na presença de descendente ou de ascendente da vítima (BRASIL, Lei 13104, 2018).

Portanto, quando forem descobertos os motivos acima mencionados, a lei qualificará o assassinato de mulheres como homicídio. Dessa forma, para configurar o assassinato de mulheres, o perpetrador deve deliberadamente tirar a vida das mulheres, e o motivo para esse comportamento é apenas a condição das mulheres.

Nessas circunstâncias subjetivas, isso faz parte da segunda parte do artigo 121, parágrafo 2-A, parágrafo II da Lei Penal, e tem o direito de transformar o homicídio em "matar mulheres" por meio de visualização temporária ou discriminar a condição da mulher, envolvendo abuso ou cruel, mutilação física (com foco no rosto, seios e genitais), violência sexual exposta a cadáveres femininos, tortura, atos com o significado simbólico de "objetificação", ignorando a identidade e dignidade das mulheres e seus direitos iguais às suas ações com a situação da pessoa de plantão

Nas atuais circunstâncias, integra-se, isoladamente, outra forma de qualificador subjectivo de homicídio, em teoria haverá proibição de reconhecimento de outros qualificativos, o que se relaciona com a redução dos motivos especiais do crime de homicídio. Artigo 121 do Código Penal 22. Con viu o assassinato de mulheres como um exemplo real, aconteceu no Espírito Santo, uma delas convidava prostitutas para fazer

programas pornográficos, o que nem acontecia, e as matava a tempo puro e as enterrava no mato. (Ódio) O estilo de vida da vítima.

Nas condições especificadas na técnica, fungidas qualificados terão compatibilidade. 121. O sexto item, quando implementado na forma do primeiro item do § 2º-A, corresponde a outros qualificadores objetivos e subjetivos 23 e ao chamado "homicídio privilegiado"., Se compatível com qualificadores objetivos (meios e (métodos de crime), e a avaliação da compatibilidade com outros qualificadores de natureza subjetiva (motivos criminais) dependerá do caso concreto, sendo a última forma incompatível com a combinação de "homicídio privilegiado".

Portanto, os privilégios do Artigo 1 existem ao mesmo tempo. Art. 121 do CP, na forma do novo §2º-A inciso I, ou pelo qualificativo 121 de qualquer um dos §2º I a V dos incisos anteriores, para os decorrentes do §2º-A inciso II Qualificadores para inseticidas femininos, esta regra não se aplicará, será compatível com os qualificadores amparados nas circunstâncias estipuladas nos §2º Seções III e VI, mas será incompatível com as cláusulas V e VII, e também será compatível com o "tio -máquina de base "(inciso II do §2º) é incompatível com a situação, mesmo com o " motivo asqueroso "que leva ao reconhecimento da mesma situação de" desprezo ou discriminação ". Por exemplo, isso acontece quando o motivo criminoso é um sentimento de pertença que leva o agressor a invejar esta situação.

Por exemplo, se uma vizinha quer matar um vizinho (portanto, não há parentesco ou parentesco), em um campo de futebol, porque ela elogia a beleza do jogador do time adversário em que o assassino se enraíza (a razão é fútil), Ao mesmo tempo, por estar também zangado com a presença da vítima no campo de futebol, por entender que as mulheres estão em casa e o futebol é um negócio dos homens (discriminação contra as condições femininas), pode reconhecer dois qualificadores subjetivos, a saber, o qualificador para inseticidas femininos (CP, Artigo 121, Seção 2, inc. VI e §2-A, II-Última Parte), e um motivo de fútil (CP, Artigo 121, §2, Inc. II), a palavra bis faz não existe.

Quanto às condições de agravamento estipuladas neste domínio. A última parte da letra "e" (para descendentes, descendentes, irmãos ou cônjuges) do artigo 61 da Lei Penal determina que os qualificadores relevantes sejam do sexo feminino na pole position subjetiva, podendo a forma ser expressa em qualificadores objetivos (Artigo 2- A, inciso I) ou qualificadores subjetivos (art. 2º-A, inciso II).

Estas conclusões são derivadas de uma interpretação razoável do texto original do projeto, sendo que a interpretação final é a redação final da Lei nº 13104/2015, pois esta prevê um compromisso no caso de uma nova qualificação nos termos do artigo 121, parágrafo 2º , inciso VI do homicídio "Contra as mulheres por condição feminina" (não

ênfatisado no texto original), enquanto o texto do PL nº 8.305 / 201425 menciona “contra as mulheres por motivos femininos”.

Portanto, embora a parte relacionada ao assassinato de mulheres e à discriminação de gênero seja excluída, isso se deve principalmente ao fato de que os grupos conservadores do Congresso que resistem aos grupos transgêneros podem ser incluídos nos fatores negativos do novo qualificador. Objetivamente, o legislador excluiu esta referência. Quanto ao gênero, não há menção a “mulheres” no artigo 2º-A, inciso I do romance. Apenas estipula: “Violência familiar e doméstica”, pode-se concluir que o projeto que mencionei se afastou do subjetivismo de Maria da Penjafa (Lei nº 11.340 / 06, artigo 5º), e seguiu orientação relativamente semelhante. Artigo 9. O artigo 129º do Código Penal, no que se refere à sua aplicação ao caso e aos aspectos objetivos do incidente, é contrário ao artigo 2º, que é subjetivo.

No entanto, embora seu objetivo seja revelar que a impunidade criminal é a causa de longo prazo da violência contra a mulher, mesmo assim, pode-se perceber a partir dessa fala que alguns estudos são ambíguos no uso desses termos. matando mulheres e matando mulheres sem se preocupar. Diferença (PASINATO, 2011).

O processo de conceituação reside na conexão entre as seguintes visões: que as mulheres assassinas são descritas como diversas formas de "assassinato" de mulheres em uma sociedade patriarcal, e outras formas de violência que não levam à morte também podem ser integradas. De vista, enfatizar a dupla denominação "matar mulheres" e "matar mulheres" mostra essas dificuldades conceituais.

Todavia, neste contexto, relevante se faz destacar o entendimento de Cunha (2015) que entende que: Matar mulher, na unidade doméstica e familiar (ou em qualquer ambiente ou relação), sem menosprezo ou discriminação à condição de mulher é FEMICÍDIO. Se a conduta do agente é movida pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, aí sim é FEMINICÍDIO.

Com base nessa consideração, de acordo com o enfoque da “Lei de Matança de Mulheres nº 13.104 de 09 de março de 2015”, foi considerada a questão em consideração, que definiu este ato como crime de homicídio cometido em razão da condição de mulher, envolvendo violência familiar. Violência e família e / ou estigma ou discriminação contra as mulheres (MEDEIROS, 2017).

Portanto, com a promulgação da Lei nº 13.104 em 09 de março de 2015, a lei alterou o artigo 121 do Código Penal Brasileiro e passou a estipular que o assassinato de mulheres

é condição elegível para homicídio. No mesmo norte, ele também foi incluído na lista de crimes hediondos (SARAIVA, 2020).

Nesse diapasão, fica claro que a Lei do Killing of Women é um marco importante no ordenamento jurídico brasileiro, pois conscientiza as pessoas sobre a violência de gênero e caracteriza a violência contra a mulher como crimes específicos. Ao mesmo tempo, tem contribuído em conjunto com a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 2006), para que a violência de gênero deixe de ser considerada crime comum e a pena seja reduzida, como nos crimes passionais ou de honra, que são então considerados como um crime especial (VELLOSO; FIGUEIREDO; CRIVILIN, 2019).

A norma vai adiante e também qualifica o homicídio praticado no cenário de violência doméstica e familiar, determinando a incidência da qualificadora de forma objetiva e clara, fazendo com que um homicídio praticado no contexto de violência doméstica e familiar, que anteriormente poderia ser taxado como um homicídio simples, caso não se enquadrasse em nenhuma das qualificadoras, agora seja, de forma objetiva, reconhecido como homicídio qualificado, pelo fato de ter sido cometido nesse cenário. (MESSIAS, CARMO E ALMEIDA, 2020)

As características claras dos qualificadores são muito importantes para garantir a segurança da sua utilização e para garantir uma maior certeza na punição mais severa dos infratores, por isso é necessário e consistente.

Apesar dos avanços legais, nada indica que o maior rigor penal tenha contribuído para uma diminuição efetiva nos casos de violência contra a mulher. Pelo contrário, temos assistido nos últimos anos a um perturbador aumento nas taxas de feminicídios e atos de violência de gênero no país. (VELLOSO, 2019)

Infelizmente, o aumento do índice de homicídios de mulheres é atualmente uma evidência lamentável no país e mostra que mesmo sob penas severas, esse número não parou de crescer, conforme consta do Atlas da Violência de 2019. Esse número indica que o índice de homicídios de mulheres no ambiente familiar aumentou 27,6% entre 2007 e 2017, o que indica um aumento significativo no número de fungicidas. (VELLOSO, 2019).

Pesquisas realizadas neste sentido mostram que o risco de morte de mulheres vítimas de violência vem aumentando. De 2011 a 2013, o número de mortes registradas de mulheres vítimas de violência foi de 2.036. A causa pode ser homicídio, doença ou outra

violência Incidentes relacionados a violações. Violência de 2014 a 2016, houve 5.118 mortes (VELLOSO, 2019).

O que é interessante é que vendo o surgimento da punição e da sociedade policial, os departamentos legislativo e administrativo têm grande confiança no direito penal, uma política pública, e passam a impressão errada do enfrentamento do problema para a sociedade. No entanto, pesquisas criminológicas mostram que o direito penal em si não tem a capacidade de impedir o comportamento ilegal. Por ser necessário verificar a redução automática da violência e das mortes femininas, não é eficaz impor punições maiores ao agressor (VELLOSO).

Portanto, é necessário encontrar meios e meios que vão além do âmbito do direito penal e exigem uma abordagem mais abrangente, a fim de reduzir especificamente a violência e as mortes de mulheres.

3.1 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO DO FEMINICÍDIO

Quanto à composição dos elementos ativos do crime de matar mulheres, é óbvio que pode ser qualquer pessoa, seja homem ou mulher, mas normalmente este crime é cometido pelo homem, companheiro ou companheiro da vítima. Resta ressaltar que a mulher pode estar em posição ou situação de vulnerabilidade em relação a outra mulher que já viveu ou conviveu com ela, e mesmo por se tratar de uma relação de intimidade ou de intimidade, não é igualmente evitada. de fato. A mulher assassi nada por causa de seu gênero por ódio, discriminação ou desprezo pela mulher, que é a característica de matar mulheres. (SILVA; CARVALHO, 2016).

O sujeito passivo da qualificadora em tela, "Somente mulheres podem ser sujeito passivo de feminicídio. Homens, homossexuais ou travestis não podem figurar como sujeito passivo do delito" [...] (SILVA; CARVALHO, 2016).

Ressalte-se que, nesse sentido, a exclusividade feminina na mensuração do homicídio feminino indica que o desprezo ou a discriminação contra homossexuais ou travestis é uma forma de homicídio.

Portanto, existem várias posições dogmáticas em relação ao sujeito passivo

da pré-qualificação em estudo, todas concordando que, por razões óbvias, as mulheres são mulheres em todas as posições possíveis. O questionamento da doutrina permanece no âmbito do conceito de "mulher", verificando se inclui gays, travestis e transexuais.

3.2 MARIA DE PENHA X FEMINICÍDIO

Maria da Pena e Femicídio são leis complementares A Lei Maria da Pena pode ser usada para provar um feminicídio e, assim, aumentar a pena do acusado Um dos pontos principais da Lei Maria da Pena, as medidas protetivas têm relação direta com a diminuição de números de feminicídio.

Relatório divulgado pelo Centro de Igualdade de Gênero do Ministério Público de São Paulo em março deste ano mostrou que entre os casos analisados, todos os casos envolveram os meses de março de 2016 e março de 2017 do Estado de São Paulo, e 3% das vítimas possuíam medidas cautelares. . E 4% dos boletins policiais foram registrados.

O assassinato de mulheres é uma morte evitável. A grande maioria das vítimas nunca registrou um boletim de ocorrência ou não obteve medidas de proteção. Isso conclui que quebrar o silêncio e fornecer medidas de proteção são uma das estratégias mais eficazes para prevenir a morte de mulheres.

Atualmente, quando uma mulher é submetida à violência e o incidente é registrado na delegacia, ela tem o direito de tomar medidas de proteção. Esse registro é encaminhado ao defensor público a fim de determinar a melhor forma de manter o agressor nas melhores condições. E desde de abril de 2018 o descumprimento de medida protetiva se tornou crime e dá pena de 3 meses a 2 anos de prisão.

No Brasil, o índice de homicídio feminino ocupa o quinto lugar no mundo. De acordo com o "Mapa da Violência de 2020", 4,8 assassinatos ocorrem por 100.000 mulheres. O mesmo mapa também apontava que entre 1980 e 2020, 106.093 pessoas morreram por serem mulheres. O Dossiê Femicídio enfatizou que houve 5 agressões a cada 2 minutos em 2010 e 1 assassinato a cada 90 minutos em 2013, enquanto a organização relatora Ligue 180 registrou 179 violações todos os dias.

Na luta contra a morte de mulheres, é importante estudar e enfatizar as causas de tais crimes. A obtenção de informações sobre os antecedentes e a prevalência do crime é essencial para a prevenção do crime. Segundo o Arquivo da Mulher, "é preciso entender sua escala e naturalizar comportamentos enraizados nas relações interpessoais e nas instituições, o que ajuda a declarar a morte de forma permanente".

Uma forma de compreender e estudar essas práticas é por meio da análise de registros públicos. Dados disponíveis sobre casos que ocorreram. Idealmente, a existência de dados públicos de alta qualidade ajudará o Estado e a sociedade civil a tomar a iniciativa de desenvolver planos de prevenção e conscientização bem fundamentados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual aumento da violência e das mortes femininas é tão terrível que é impossível não chamar a atenção dos menos sensíveis e mesmo daqueles que são indiferentes a tal violência. Infelizmente, devido à longa história da violência de gênero e suas raízes na sociedade antiga e contemporânea, acabou gerando um clima de indiferença, e até mesmo fez nossa sociedade aceitar esse clima, de modo que sofremos as consequências desse fenômeno sem resistir ou atuando como protagonista.

No entanto, no período recente, a luta iniciada pelas feministas deu o primeiro passo em direção à realização dos direitos e da igualdade. Há um processo de desenvolvimento gradativo, para que seja possível solucionar o problema da violência e estabelecer o crime de matar mulheres. À medida que a luta inicial começou a surgir e a lutar por seus direitos, como o direito à educação, o direito ao trabalho remunerado, o direito ao voto etc., essas conquistas mudaram a vida das mulheres e as tornaram sujeitos de direitos.

Portanto, esses fatores são muito importantes e valorizam a mesma inteligência e direitos de mulheres e homens. Porém, mesmo com esses avanços, ainda vivemos um aumento da desigualdade de gênero e dos crimes contra as mulheres, o que pode ser constatado nos diversos tipos de violência que sofreram. Salientou ainda que embora a violência contra as mulheres continue a existir, é inegável que a promulgação da Lei Maria da Penja e da Matança de Mulheres trouxe grandes avanços porque são marcos muito importantes e alargam o âmbito da atribuição de documentos legais. O judiciário para acabar com a violência contra as mulheres.

Principalmente para o combate aos crimes contra a mulher, principalmente a Lei 11.104 / 2015 é urgente e necessária, por isso esta lei está incluída no Código Penal Brasileiro. 121§2, elegibilidade para matar mulheres para solucionar o aumento no número de mulheres assassinadas por razões de gênero.

Não há dúvida de que a definição de matar mulheres é um aspecto importante, pois esclarece as características que constituem um crime e mostra que a causa do crime é um comportamento negativo da sociedade, por isso responderá ao crime de forma especial. . Esses crimes. No entanto, mesmo que as qualificações para matar mulheres contribuam e se tornem um meio importante para combater a violência e a morte das mulheres, na realidade, isso não é suficiente para coibir a criminalidade. Por se tratar de uma aposta de longo prazo nas mudanças do direito penal, não há necessidade de se preocupar com o esforço conjunto de sistemas de políticas públicas preventivo-punitivas que possam efetivamente trazer resultados positivos. Devido à longa complexidade dos problemas , os resultados esperados não têm sido alcançados na sociedade.

Finalmente, embora existam muitas questões solucionáveis para as questões levantadas, o projeto atual propôs com sucesso as leis 11.340 / 06 e 13.104 / 15, e por meio

da análise de diferentes princípios relativos à localização dos tribunais e circunstâncias específicas, por favor, entenda a sociedade brasileira A aplicabilidade das medidas de proteção no cenário é inválido.

Obviamente, a ausência de tal estrutura que seja suficiente para garantir a segurança das mulheres se mostra ineficaz, desde que a estrutura esteja em perigo iminente ou tenha sido objeto de violência doméstica. Portanto, a obtenção dessa estrutura deve ser uma prioridade nacional, não apenas para alcançar a justiça desejada, mas também para evitar que cada vez mais mulheres se tornem vítimas de tais práticas perversas.

Esta é a realidade atual, mas não necessariamente o futuro. O desejo de experimentar a humanidade um dia certamente verá o desejo inerente de igualdade e direitos humanos.

5. REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: **Lei 11.340/ 2006**: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero/Alice Bianchini. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2018. – (Coleção saberes monográficos).

BRASIL, Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. **Relatório Final**. Brasília, julho de 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso:

BRASIL. **Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso:

BRASIL. **Lei 13.827, de 13 de maio de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm. Acesso:

CARVALHO, Amanda Kelly de Lima. **A (In)eficácia da Lei Maria da Penha e aplicabilidade de suas medidas protetivas de urgência**. Digitado. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, 2017, 28p.

CARVALHO, Pablo. Medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha e sua real eficácia na atualidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4064, 17 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29229>. Acesso:

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CORTIZO, M. C.; GOYENECHÉ, P. L. Judicialização do privado e violência contra a mulher. **Revista Katálysis**, v. 13, n. 1, p. 102-109, 2010.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência Doméstica**: 7ª Edição. Ed: JusPodivm, 2018.

DE ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Lei Maria da Pena. Uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13477-13478-1-PB.pdf>. Acesso:

DE CAMPOS, Carmen Hein. Femicídio no Brasil: Uma análise crítico- feminista. **Sistema Penal & Violência**, v. 7, n. 1, p. 103-115, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Pena na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ, Júlia Lambert Gomes. **Violência de gênero e Direito Penal**: análise da racionalidade da tipificação do feminicídio no Brasil. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 241-272, jan./jun. 2016.

FONSECA, Maria Fernanda Soares et al. O feminicídio como uma manifestação das relações de poder entre os gêneros. **JURIS-Revista da Faculdade de Direito**, v. 28, n. 1, p. 49-66, 2018.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Vol. 2, 2015, Editora Impetus, pág. 281- 282.

GREGORI, de Juciane. Feminismos e resistência: trajetória histórica da luta política para conquista de direitos. Brasil, 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/ferna/Downloads/38949-Texto%20do%20artigo-171760-1-10-20180212%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/ferna/Downloads/38949-Texto%20do%20artigo-171760-1-10-20180212%20(4).pdf). Acesso:

HEERDT, Samara Wihelm. Das medidas protetivas de urgência à ofendida – artigos 23 e 24. *In: Lei Maria da Pena comentada sob uma perspectiva jurídico- feminista*. Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, p. 289-306, 2011.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PELINGEIRO, Cecilia. Das medidas protetivas de urgência – artigos 18 a 21. *In: Lei Maria da Pena comentada sob uma perspectiva jurídico- feminista*. Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, p. 289-306, 2011.

LEITÃO, Joaquim Júnior; SILVA, Raphael Zanon da. A Lei nº 13.641/2018 e o novo crime de desobediência de medidas protetivas. **Canal Ciências Criminais**. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/desobediencia-medidas-protetivas/>. Acesso:

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**/ Pedro Lenza. – 22. ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado).

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legilação criminal especial comentada: volume único**/Renato Brasileiro de Lima – 4. Ed. ver., atual. E ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016. 976 p.

MACHADO, Isadora Vier, 2013. **Da dor no corpo à dor na alma**: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha. Tese (Programa de Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.

MARIANO, Mariana Dias. **O crime de desobediência na Lei Maria da Penha**. 2018. Disponível em: <http://www.comunicacao.mppr.mp.br/2018/06/20526/O-crime-de-desobediencia-na-Lei-Maria-da-Penha.html>. Acesso: em

MENEGHEL, S. N. et al. Repercussions of the Maria da Penha law in tackling gender violence. **Cienc. Saude Colet.**, v. 18, n. 3, p. 691-700, 2013.

OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim; COSTA, Mônica Josy Sousa; SOUSA, Eduardo Sérgio Soares. Femicídio e violência de gênero: aspectos sociojurídicos. **Revista Tema**, v. 16, n. 24/25, janeiro a dezembro de 2015.

PANDOLFO, Carla Simone Dienstmann. **Os precedentes que levaram à criação da Lei contra o Femicídio–Lei 13.104/2015**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso.

PASINATO, W. coordenador. **Diretrizes nacionais Femicídio**. Investigar, processar e julgar com a perspectiva de gênero. As mortes violentas de mulheres. Brasília: (sn), abr. 2016.

PORTELLA, Thayse. **A (in)eficácia das medidas protetivas da Lei Maria da Penha**: Apontamentos sobre a Atuação Judicial a partir do 1º Juizado Cível e Criminal e de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher em Samambaia, 2011.

RUIZ, Rafaella Heidemann de O. A Efetividade da Medida Protetiva na Lei Maria da Penha. Digitado. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Maringá – UniCesumar. 2018, 18p.

SOUZA, Francisca Vanessa de Melo. A não efetividade das medidas protetivas de urgência da lei maria da penha, na atualidade. 2018. Digitado. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de São Lucas, 2018, 48p.

SOUZA, M.C, BARACHO, L.F. A Lei Maria da Penha: égide, evolução e jurisprudência no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro** – n. 11 – Jan./ Agost. 2015 – ISSN 2176-977X.

SOUZA, Wériton Ribeiro de. **O descumprimento de medida protetiva de urgência no âmbito da Lei 11.340/06 (Maria da Penha)**. Um estudo sobre a Lei 13.641/18 e o entendimento do STJ (Superior Tribunal de Justiça) e os Tribunais Estaduais de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul. 2018. Digitado. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), 2018, 64p.

VIANA, Thiago Gomes et al. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E AÇÕES CRIMINAIS NA LEI MARIA DA PENHA: um diálogo necessário. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 3, n. 1, p. 58-76, 2017.

VELLOSO, Pedro Ivo; FIGUEIREDO Ticiano; CRIVILIN Camila. Punição não basta para combater violência contra a mulher. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-16/opiniao-punicao-nao-basta-combaterviolenca-mulher>.

LINGUAGEM COMO EXPERIÊNCIA DE MUNDO: COMUNICAÇÃO, LÓGICA E A ESTRUTURA FORMAL DA PROPOSIÇÃO JURÍDICA - A PRAGMÁTICA

LUIZ VIDAL DA FONSECA JÚNIOR:

Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Procurador Geral (1998), e Corregedor Geral (2016-2018) da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso (1ª. Classe)

Resumo: O presente artigo remete, ao leitor, a alguns tópicos importantes e essenciais para a compreensão do Direito, sob o ponto de vista da Semiótica e de como a Lógica será crucial para o pensar cristalino acerca do fenômeno jurídico. Para tanto, cogitar-se-á das origens do conhecimento, começando pela forma como este era tratado desde os antigos gregos e a transição ocorrida com o advento da Filosofia da Linguagem. Após esta abordagem, analisar-se-á a questão da comunicação, da linguagem, da língua e da fala como os novos vetores do conhecimento. Por fim, estuda-se os elementos de Lógica formal que serão instrumentos essenciais para bem pensar o fenômeno jurídico e a estrutura formal da proposição jurídica. E se apresenta uma nova escola e sua proposta metodológica de análise do Direito.

Palavras-chave: Direito e semiótica; lógica formal; ontologia e filosofia da linguagem; comunicação e língua; proposição jurídica; estrutura jurídica ideal; semiótica.

Abstract: This article refers the reader to some important and essential topics for the understanding of Law, from the point of view of Semiotics and how Logic will be crucial for the crystalline thinking about the legal phenomenon. In order to do so, the origins of knowledge will be considered, starting with the way it was treated since the ancient Greeks and the transition that took place with the advent of the Philosophy of Language. After this approach, the issue of communication, language, language and speech will be analyzed as the new vectors of knowledge. Finally, the elements of formal logic are studied, which will be essential instruments for well thinking about the legal phenomenon and the formal structure of the legal proposition. A new school and its methodological proposal of law analyses is presented.

Keywords: Law and semiotics; formal logic; ontology and philosophy of language; communication and language; legal proposition; ideal legal structure; semiotics.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos semânticos dos primeiros tempos. 3. Da Reviravolta Linguística: o deslocamento da percepção. 4. Língua, linguagem e a formação da realidade. 5. Lógica e linguagem: a arte do bem pensar e a formalização. 6. A lógica do estado de coisas e a lógica da conduta humana. 7. O Constructivismo Lógico-Semântico. 8. Semiótica e Direito. 9. Semiótica jurídica. 10. Pragmática e semântica. 11. Pragmática e usos. 12. O caráter relacional da norma jurídica. 13. Considerações finais. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. Semantic aspects of early times. 3. On the Linguistic Turnaround: the displacement of perception. 4. Language, language and the formation of reality. 5. Logic and language: the art of good thinking and formalization. 6. The logic of the state of affairs and the logic of human conduct. 7. The Semantic-Logical Constructivism. 8. Semiotics and Law. 9. Legal semiotics. 10. Pragmatics and semantics. 11. Pragmatics and uses. 12. The relational character of the legal norm. 13. Final considerations. References.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo se inspira no que o Professor Paulo de Barros Carvalho¹³ denomina de se oferecer de modo expresso e incisivo os fundamentos de uma concepção jurídico-filosófica antes do começo propriamente dito da matéria que, no futuro, será proposta.

Desta sorte, o principal móvel a ser apresentado e estudado será o de controlar e vigiar o conteúdo do trabalho de forma bastante efetiva, e por que não dizer produtiva, conforme o citado professor¹⁴.

Além de assumir tal critério de plano, no decorrer do texto, explicar-se-á a importância de se agregar sempre uma linguagem a mais exata possível, e o porquê disto. E será explicado, também, as categorias da semiótica e da comunicação.

Tudo isto sob a análise da Lógica Formal enquanto método do pensamento claro e correto. Sem se descuidar dos aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos da linguagem. E, finalmente, tudo o que foi dito aplicado ao setor do Direito e tendo como foco a norma jurídica. Desta maneira, estar-se-á a fazer o que o citado professor denomina de construção do jurídico.

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 04.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 05.

Precisamente, neste contexto, o presente artigo se insere, na medida em que irá analisar o surgimento dos aspectos semânticos dos primeiros tempos, a linguagem e o deslocamento da percepção, a Lógica como grande e imensa ferramenta para o bem conhecer, o mundo da natureza e o mundo dos homens e suas relações, terminando na estrutura primordial da norma jurídica logicamente formada, e os aspectos pragmáticos da linguagem.

Por hora, não se deterá nos aspectos valorativos do fenômeno jurídico, da formação dos sistemas e classes.

No momento, será realizada uma pequena viagem pelo mundo do conhecimento, da forma como era e de como ficou graças a alguns luminares que se detiveram sobre o tema de forma crítica e sincera, aspectos de linguagem e Lógica.

2 ASPECTOS SEMÂNTICOS DOS PRIMEIROS TEMPOS

Para Platão, em sua obra "Crátilo", a Filosofia se baseava na hipótese de que o ato de conhecer estaria presente na relação entre o objeto e o sujeito, e que a linguagem se prestava a expressar a ordem objetiva das coisas no mundo. Era pensamento corrente que, através da linguagem, a pessoa se conectava ao objeto, pois representava a sua essência.

Existia, para este movimento, uma correspondência entre as ideias e as coisas que eram, por sua vez, descritas pela linguagem; o ser humano mantinha uma relação com o mundo, nele mesmo, anterior a qualquer formação da linguagem.

O ato de conhecer, como uma mera reprodução do mundo real, sendo a verdade resultado da correspondência entre a reprodução e o objeto referido. Uma proposição era considerada verdadeira quando demonstrava a essência do real, já que a linguagem era uma cópia do mundo.

Neste estado de coisas, o estudo do conhecimento era feito a partir do sujeito e do objeto e da relação entre ambos. Sendo a linguagem encarada como elemento secundário do conhecer.

Como afirma Manfredo Oliveira¹⁵:

¹⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta Linguístico** - Pragmática na Filosofia Contemporânea. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 19.

Estamos aqui no cume do pensamento objetivista: para Platão, como para todo o pensamento grego, as coisas possuem qualidade objetivas, relações e diferenças em si mesmas. Quando lidamos com as coisas, temos de nos orientar de acordo com essa natureza das coisas.

Segundo este ponto de vista, existia um mundo que se bastava e que seria refletido pelas palavras ou revelado por atos de consciência, e que somente depois poderia ser comunicado aos outros através da linguagem.

Esta, a linguagem, não era a condição do conhecimento, mas um espelho da realidade, como ela se apresentava e era conhecida pelo elemento humano.

Platão afirmava que as palavras não representavam propriamente os sons, mas apresentavam a essência das coisas. Não se trata de imitação do tom e das formas das coisas, mas de seu próprio ser.

Uma palavra é justa e certa quando traz a coisa à apresentação, na medida em que é a apresentação da coisa em si própria.

As coisas possuem qualidades objetivas, relações e diferenças em si próprias. As coisas possuem qualidades objetivas, relações e diferenças em si mesmas. E quando se lida com elas, deve se orientar de acordo como essa natureza das coisas. Não se pode agir com liberdade com relação às coisas, mas observar e respeitar a sua essência.

O estudo do conhecimento, neste contexto, foi sempre feito a partir do sujeito, do objeto ou da relação instaurada entre o sujeito e o próprio objeto.

Em termos de sequência, ter-se-ia a filosofia do ser, a filosofia da consciência e, após todo este conhecer, seria transformado em palavras e comunicado para todo o corpo social.

Como ensina Vilém Flusser¹⁶ acerca dos gregos:

Foram eles que nos ensinaram que podemos vislumbrar através das aparências (fenômenos) aquilo que nelas transparece, que se torna compreensível, e a descoberta do compreensível dentro dos fenômenos equivale a desvendar a verdade.

¹⁶ FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007, p. 30.

As coisas bastavam nelas mesmas, sem quenão houvesse nada no exterior delas, e as palavras somente existiriam para revelar isso. Tal fato e a maneira deencarar a vida estavam prestes a mudar, como tudo na vida.

3 DA REVIRAVOLTA LINGUÍSTICA: O DESLOCAMENTO DA PERCEPÇÃO

No século passado, houve uma mudança no padrão e na forma com que as coisas eram conhecidas. A filosofia da consciência deu lugar à denominada filosofia dalinguagem, sobretudo, por meio da obra de Ludwig Wittgenstein, no que foi denominado de movimento do Giro-Linguístico.

Por meio deste novo posicionamento, ou uma nova e interessante maneira de se ver o mundo, a linguagem deixa de ser uma mera espectadora dos objetos neles mesmos e da consciência humana, para tornar-se, ela própria, uma condição para a formulação do conhecimento.

A relação deixa de ser entre um sujeito e um objeto, mas sim uma relação entre linguagens. A linguagem criando o sujeito ela própria, bem como a realidade que a circunda.

Inexiste, como visto algumas linhas atrás, um mundo situado nele mesmo, nem mesmo uma essência ínsita nas coisas para ser descoberta.

Desde então, somente terá o mundo e as coisas e as essências na linguagem. Não haverá mais correspondência entre linguagem e objeto. O objeto é criado pela linguagem. E, aqui, tem-se diversos exemplos de como se apoderar de uma linguagem que cria e molda todo o mundo de uma pessoa, das coisas ao seu redor, dos eventos naturais de cada organização social.

Como professa, com acuidade, Mélika Quelbani¹⁷: “Então, podemos dizer que, teoricamente cada signo deve corresponder um objeto que é a sua significação, mas que, na realidade, a significação de uma palavra é seu uso correto”.

O revolucionário de tudo isto é que o ser humano somente conhece o mundo quando o constitui, linguisticamente, em seu intelecto.

Não existe mais o objeto ele mesmo, muito menos algo em essência pura na natureza. O conhecimento passa a ser a sua constituição para o sujeito cognoscente. A partir daí, todos

¹⁷ QUELBANI, Mélika. **O Círculo de Viena**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2009, p. 51.

os objetos serão criados linguisticamente. A verdade passa a operar dentro do contexto social, no qual será formulada.

A verdade se torna relativa.

Vai sempre depender do meio social na qual será criada, da linguagem. Tudo o que conhecemos serão construções linguísticas que irão se reportar a outras construções linguísticas.

O mundo, as coisas do mundo, as essências não terão uma significância ínsita. O significado irá emergir, a partir da utilização de signos linguísticos, e no seio de uma comunidade linguística.

O homem é quem dá significado às coisas quando relaciona a palavra e aquilo que ela representa, conjuntamente com outras palavras que, juntas, formarão uma definição.

Aqui, far-se-á uma abordagem sucinta de um movimento bastante interessante surgido na cidade de Viena, na Áustria.

Tratou-se, como já se disse, do surgimento de um grupo de pensadores que se reuniam regularmente para discutir aspectos novos desta moderna percepção de mundo.

Estes pensadores atribuem à linguagem como sendo o meio ou instrumento por excelência do saber científico. Sendo a linguagem o instrumento do conhecimento, como também a forma através da qual o mesmo conhecimento será controlado.

Para se compor um discurso científico, é imprescindível se manifestar por meio de uma linguagem rigorosa, linguagem esta que aplicaria este rigor aos dados apreendidos do mundo. Sem precisão na arte de se expressar não haveria ciência.

Como bem analisa Paulo de Barros Carvalho¹⁸, “cumpre advertir que uma das características do Círculo era a atitude aberta e antidogmática existente nas discussões, em que todos se mostravam dispostos a submeter suas teses à crítica dos demais”.

Dentre os representantes desta nova elite intelectual, encontravam-se filósofos, físicos, sociólogos, matemáticos, psicólogos, lógicos e juristas. Sim, até juristas participavam destes encontros. Hans Kelsen participou de alguns encontros. E outros nomes como o de Rudolf Carnap, Hans Hanh e Otto Neurath pontificaram no movimento. Contudo, abertura científica nunca combinou com fascismo radical e ignorância.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 23.

Com a ascensão do nazismo, cada vez mais ameaçador e intolerante com o livre debate do pensamento, os encontros e o próprio movimento foram sendo reduzidos e seus líderes procurando refúgio em outros países para escapar da segunda grande guerra e seus horrores.

Tudo foi num crescente que terminou por haver uma diáspora de seus membros.

4 LÍNGUA, LINGUAGEM E A FORMAÇÃO DA REALIDADE

Bem assentados todos estes aspectos, e frisando a importância da reviravolta linguística a partir dos escritos do Filósofo alemão Ludwig Wittgenstein, pode-se afirmar que sim, existem obviamente dados físicos independentes da linguagem. Apenas através da linguagem, contudo, poderemos conhecer, identificar e transformar, objetivamente, os mesmos.

A linguagem forma a realidade de cada povo, através dos hábitos sociais dos mesmos grupos humanos, de suas atitudes e de seus costumes.

Ao se tomar a linguagem como ponto de partida, tem-se que perquirir acerca do que seja língua, linguagem ela mesma e fala.

Língua, segundo aqueles que se dedicaram aos estudos da linguagem, é um sistema de regras artificialmente constituídas por uma comunidade do discurso. Fala é um ato de seleção e atualização da língua.

Serão as combinações que uma comunidade realiza o código da língua com o propósito de se construir o pensamento. E não somente com estas combinações, mas não haverá conhecimento, também, sem um sistema de referência, pois o ato de conhecer também se estabelece por meio de relações associativas condicionadas pelo horizonte cultural daquele que conhece mais as coordenadas de tempo e de espaço em que serão processadas.

Este aspecto do conhecimento, em que junta-se a linguagem conjuntamente com o pertencimento à determinada comunidade social, irá influenciar fortemente os valores de verdade e de falsidade de uma proposição.

A verdade será atribuída quando se identifica a presença de certos critérios, critérios estes, também, condicionados pela língua falada por aquele que conhece, conjuntamente com os referenciais de uma comunidade, a qual o sujeito pertença.

Assim, além da linguagem, da língua, da fala, da comunidade objetivada, do sistema de referência, o conhecimento será erigido através da linguagem auto referenciada.

E os exemplos abundam quando se trata da língua, enquanto aspecto que realiza e inaugura a realidade.

Como escreve Ugo Volli¹⁹:

O modo pelo qual esses campos de interesse comunicativo são organizados depende de cada sociedade e, novamente, de sua história. Naturalmente, todas as tonalidades das cores são percebidas da mesma maneira por olhos feitos da mesma maneira, ainda que, por exemplo, não haja em determinada cultura a unidade cultural correspondente a certa tonalidade de azul, as línguas são aparelhadas para exprimir de algum modo também os conteúdos para os quais faltam palavras, e que eventualmente se quer exprimir.

Em específico caso, qual seja, no caso do direito, a realidade jurídica será constituída pela língua jurídica e a fala será constituída pelos seus utentes.

Aqui, também, existem exemplos variados, pelos quais pode-se esclarecer a existência de um mundo jurídico, com sua língua e fala próprias.

Se o Direito visa regular a conduta humana, somente poderá fazer este seu desiderato, por meio de uma comunicação que exige uma linguagem, que é a faculdade que tem o homem de se comunicar por meio da fala.

E se o mesmo Direito, tomado ele próprio como objeto, visa conhecer e transmitir conhecimento, também, neste aspecto, a transmissão do conhecimento jurídico pedirá a existência de uma linguagem.

Cada pessoa, cada objeto, cada elemento natural ou artificial da paisagem, exerce a arte de se comunicar de maneira incessante. Como maneira de se apresentar, de existir para o outro, ter um aspecto e ter este aspecto interpretado.

¹⁹ VOLLI, Ugo. **Manual de Semiótica**. Tradução de Silva Debetto C. Reis. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 48.

Assim, o conhecimento irá surgir de um misto de elementos distribuídos pela linguagem, pela comunidade que a usa regularmente, pelos sistemas de referência desta mesma comunidade, pela autorreferência do sistema de linguagem.

Todos estes elementos juntos irão proporcionar o conhecimento que, considerados todos aqueles elementos, emergirá como o aceito por este meio social. Porém, são pilares relativos, como relativa são todos os grupamentos sociais e que mudam de sociedade para sociedade, de comunidade para comunidade.

Como a verdade não está mais nas coisas, mas na linguagem praticada, a definição acerca de tudo, Direito incluso, sofrerá das mesmas imprecisões e relatividades.

O Direito será o que entende o costume linguístico de um grupo social, os elementos aceitos por este grupo, os usos e os costumes sociais do todo e de cadaqual, enquanto membros daquele todo.

O fenômeno jurídico irá surgir da relação da palavra com aquilo que ela significa, não se misturando a realidade física com a realidade linguística.

Não cabe no escopo deste artigo o aprofundamento do conceito de Direito dentro do novo paradigma da Filosofia da Linguagem, matéria para outros textos, onde será tratada de forma acurada esta questão.

Cabe, aqui, afirmar que o conceito de Direito será formado em nosso intelecto em razão dos usos e costumes da palavra e tendo em conta a cultura do ser cognoscente, seus referenciais, sua comunidade de fala.

Cada um terá a sua, e somente sua, ideia de Direito.

Aqui, chega-se ao ponto de partida ou de chegada a depender do ponto de vista empregado.

A filosofia da linguagem aplicada ao conhecimento do Direito dará ensejo ao surgimento da Escola do Constructivismo Lógico-Semântico, importante fato que voltaremos a cogitar adiante.

O sujeito cognoscente constrói o seu objeto, inclusive a ideia de Direito, mentalmente em nome de uma descrição; e faz, assim, amparado em referências lógicas e semânticas. E assim o faz amparado num forte referencial metodológico que justifica e fundamenta todas as proposições construídas, desde que estas estejam estruturalmente e significativamente amarradas a tais referenciais.

Enquanto método, garante uniformidade e coerência na construção do discurso científico e da realidade do objeto deste discurso.

Será, ao mesmo tempo, uma postura positivista, revestida de linguagem e fruto cultural de determinada sociedade. O direito como um plexo de normas jurídicas, revestidas de linguagem e produzido pelo homem para se alcançar determinado fim.

Não sendo possível de plano, o afastamento das cargas de vaguidade, ambiguidade, a carga emotiva que o termo, qualquer termo, virá a carregar.

Todos estão cercados pela palavra, a palavra escrita, a palavra falada, a dos livros, a das conversas, a da cidade e a da sociedade.

5 LÓGICA E LINGUAGEM: A ARTE DO BEM PENSAR E A FORMALIZAÇÃO

Sendo o conhecimento eivado de tantas camadas de relatividades, haverá de existir um ponto de inflexão, um elemento que descortine, de maneira solar, a estrutura do pensar humano.

A Lógica estuda a estruturação e os métodos do raciocínio humano, a forma como se estrutura uma linguagem, enquanto fonte de conhecimento.

Como visto, raciocinar consiste em manipular a informação disponível e construir consequências disso, obtendo informação nova. A Lógica cuida das estruturas formais do pensamento.

A Lógica é um sistema de significação dotado de regras rígidas, cujos signos possuem apenas um sentido que tem por função reproduzir as relações entre os termos, proposições e argumentos.

Assim, a Lógica será sempre uma metalinguagem, qual seja, uma linguagem de sobre nível, sempre terá como objeto uma outra linguagem, nunca será ela própria uma linguagem.

Existe uma relação de dependência entre a Lógica e a estrutura linguística para qual dirige suas atenções.

Na base figura a linguagem que se chama de objeto, a qual a outra linguagem se refere. Esta segunda se constitui como uma sobre linguagem em relação à primeira. Como exemplo, têm-se as linguagens do direito positivo e da Ciência do Direito. Esta se caracteriza como uma metalinguagem daquela, que se apresenta como linguagem objeto. Isso

porque, a Ciência do Direito toma o direito positivo como objeto, ela o descreve, fala sobre ele.

Nesta área, enunciado será a expressão linguística produto da atividade de enunciação, sentenças, que tem a finalidade de transmitir um conteúdo e de acordo com as regras gramaticais da língua.

Sendo a proposição o conteúdo do enunciado, o sentido atribuído em nossa mente.

Como já se afirmou, acerca da mudança da realidade do mundo dos objetos para a linguagem, fenômeno cultural por excelência, para que se possa ter uma estrutura que permita descortinar as ideias em sua essência, a Lógica será este instrumento.

Por meio da formalização da linguagem objeto, processo que transforma conteúdos por signos universais, chega-se, às estruturas lógicas, um salto da realidade da linguagem para o universo do pensamento ideal.

O estudioso se depara com a linguagem, constrói proposições e, em seguida, abstrai seu conteúdo e os substitui por signos lógicos com apenas um sentido possível ou unívocos.

Desta forma, se chega à estrutura profunda da linguagem, imutável e ideal. Como diz Aurora Tomazini de Carvalho²⁰:

Neste processo, deixa-se de lado os conteúdos significativos das palavras e dá-se um salto para o território da estrutura da linguagem, composta por fórmulas lógicas, o sujeito cognoscente abandona o campo da irradiação semântica das palavras, para lidar com o campo intático das relações entre as ideias e proposições do discurso.

Do exposto, decorre a lição de Paulo de Barros Carvalho²¹ para quem a Lógica, enquanto Ciência, tem mister:

O pensamento da criatura humana, visto na condição de estrutura, independentemente de suas causas genéticas e das circunstâncias externas que lhe imprimem dinamismo funcional (...). Interessa à

²⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso teoria geral do direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 200.

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 69.

Lógica lidar com as entidades formais que organizam a estrutura do pensamento.

6 A LÓGICA DO ESTADO DE COISAS E A LÓGICA DA CONDUTA HUMANA

Quanto às proposições, que foram definidas linhas atrás, analisam-se as situações objetivas do mundo, seus eventos e coisas que acontecem na vida, as denominadas situações objetivas, estar-se-á entrando no terreno da Lógica Proposicional Alética, também conhecida como Lógica Apofântica.

Terá como campo de estudo as proposições consideradas como tais, enquanto proposições elas mesmas, analisando suas relações com outras proposições, sem se preocupar por conhecer sua estrutura interna.

Lógica bivalente, por excelência, seus valores serão o verdadeiro e o falso.

Irá trabalhar com fórmulas simples e moleculares, com regras de transformação e construção que irão permitir o cálculo de proposições.

Em paralelo a estes conceitos aléticos de descrição de coisas e de estados com os operadores, possível, impossível e necessário, tem-se, também, operadores que irão visar a descrição de certos estados de coisas, ou, melhor dizendo, a conduta humana.

Aquelas pessoas que militam no campo do Direito e da regulação das condutas humanas, poderão sentir alguma semelhança entre aqueles operadores aléticos com a obrigação, permissão e proibição estipulados pela lei.

A descoberta destas semelhanças permitiu o estudo lógico formal dos conceitos normativos paralelamente aos conceitos aléticos, dando surgimento, assim, à denominada Lógica Deôntica.

E quais seriam as coisas que serão obrigatórias, proibidas e permitidas? O próprio Guibourg²² responde que serão as condutas humanas. A diferença dos operadores aléticos que afetam a descrição de estados de coisas, em geral, dos operadores deônticos "será que estes últimos afetarão a descrição das condutas humanas".

Onde houver a presença da linguagem, como visto, haverá a possibilidade de, através da formalização, estudar a sua estrutura.

²² ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. **Lógica, proposición y norma**. 7ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 121.

A Lógica Alética está apta a revelar apenas a estrutura da linguagem empregada na função descritiva, como nas leis da natureza e nas leis dos fatos da realidade social.

Quando, contudo, tratar de conduta humana, das leis prescritivas do direito, serão utilizadas outras categorias de formação, trazidas pela Lógica da conduta, a Lógica Deôntica.

Apenas resta o alerta de que a Lógica se dirige apenas a um aspecto da linguagem, o aspecto sintático, ficando os outros planos, semântico e pragmático, prejudicados. A Lógica é apenas um ponto de vista sobre o conhecimento e que não contempla o direito em sua totalidade.

Não compete à Lógica afirmar qual o conteúdo jurídico, nem cabe à lógica indicar que proposição normativa é aplicado a determinado fato; o que está em seu alcance é a verificação da estrutura da linguagem jurídica.

Ao se fazer a aplicação da Lógica ao direito, será permitido conhecer a sua estrutura, a forma e as relações que se estabelecem entre as suas unidades e, por isso, muito dizer sobre a linguagem jurídica, sendo um preciso e importante instrumento para o conhecimento de seu plano sintático, de sua estruturação interna.

Neste sítio do esboço e bem explicados alguns elementos dos dois tipos principais de Lógicas existentes, deve-se ressaltar que Kant já fazia a diferenciação das leis vigentes na natureza e dos fatos, submetidas ao princípio da causalidade, das leis jurídicas, estruturadas pela imputabilidade deôntica.

Exemplificando, ter-se-ia relações diferenciadas das proposições em cada sistema que fosse estudado. Se provindo do mundo natural, das coisas, da natureza, ter-se-ia a síntese do SER. Se provindo do mundo dos comportamentos humanos, ter-se-ia a síntese do DEVER SER.

Conforme assinala Lucas Galvão de Britto²³, acerca da principal característica do mundo jurídico:

²³ BRITTO, Lucas Galvão de. **O Lugar e o Tributo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 26.

A finalidade de controlar é instrumentada pelo emprego da linguagem com predomínio de sua função prescritiva. É por meio dela que se emitem ordens, comandos, diretivas para o comportamento humano, criando-se condutas e imputando-lhe efeitos por meio do conectivo deôntico a que se convencionou chamar dever-ser.

Ambas as relações de índole lógica, vínculos de implicação que ligam causa e efeito da causa, mas com raízes bastante distintas.

7 O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

Após a análise acerca dos aspectos do conhecimento no começo dos tempos, ter notado o papel da linguagem na construção deste mesmo conhecimento e na percepção, e de se fazer a cogitação das noções de língua, linguagem e a formação da realidade, e a lógica como instrumento do bem pensar, uma Escola Epistemológica do Direito soube, como nenhuma outra, fazer uma abordagem excepcional acerca do fenômeno jurídico, como adiantamos linhas atrás.

O Constructivismo Lógico-Semântico, que é a escola jurídica sob análise, pode ser encarado em duas vertentes, a saber: para se reportar à Escola Epistemológica do Direito calcada nas lições de Paulo de Barros Carvalho e Lourival Vilanova, bem como pode-se referir ao método utilizado por essa Escola e que pode ser utilizado no conhecimento de qualquer objeto.

A proposta de método propugnada pela Escola do Constructivismo Lógico-Semântico é estudar o Direito dentro de uma concepção epistemológica bem demarcada, qual seja, a da filosofia da linguagem e, a partir deste referencial, fazer a concatenação lógica e semântica de suas proposições e, assim, construir o seu objeto, e o lado pragmático também.

Ao se analisar o nome da Escola, a primeira noção que surge é a de que o sujeito que se propõe a conhecer o Direito não parte da descrição de seu objeto, mas sim o constrói em sua mente, a partir de uma descrição do mesmo.

E faz todo este trajeto de sentido com forte referencial metodológico, que irá fundamentar as proposições construídas, construção marcada por elementos lógicos bem sedimentados e com a significação acurada.

8 SEMIÓTICA E DIREITO

Como vimos e já definimos, os conceitos de língua, linguagem e fala são indispensáveis à Teoria do Direito quando tomamos seu objeto como um corpo de linguagem produzido dentro de um contexto comunicacional.

E vimos, também, que a língua será um conjunto de signos em vigor numa determinada comunidade de discurso, como instrumento de comunicação, sendo o signo tudo o que representa algo para alguém.

Língua, linguagem, fala, comunicação, tudo nasce a partir do signo, sendo que a Semiótica será a ciência que se presta ao estudo das unidades representativas do discurso, inclusive do discurso jurídico, como corpo de linguagem voltado para a região das condutas intersubjetiva e com a finalidade de implementar certos valores almejados pela sociedade.

A Semiótica aparece, então, como uma das técnicas, mediante a qual o direito positivo poderá ser investigado.

Sendo que três serão os campos principais de investigação dos sistemas de signos: o aspecto sintático; o aspecto semântico e o aspecto pragmático. Esta divisão tripartite de estudo da linguagem tem sua origem no texto do filósofo norte-americano, Charles William Morris, da Universidade de Chicago. No plano sintático, se estudam as relações dos signos entre eles mesmos, os vínculos que se estabelecem entre eles quando estruturados num discurso. No plano semântico, serão examinadas as relações do signo com a realidade que ele representa ou exprime, com os objetos a que se referem. E no plano pragmático, a atenção irá se voltar às relações dos signos com aqueles que usam a linguagem, e o modo como os mesmos são usados em um contexto comunicacional, como estes os interpretam e os empregam.

Essa distinção e a definição de cada uma dessas áreas tiveram uma grande influência no desenvolvimento dos estudos sobre linguagem no pensamento contemporâneo, não somente na filosofia, mas também na linguística, na Teoria da Comunicação, e como um grande instrumento no estudo do Direito.

A sintaxe e a semântica receberam mais atenção, em detrimento do lado pragmático que ora buscamos penetrar.

A sintaxe estuda as relações entre os signos como unidades básicas no processo de formação das proposições, abstração do significado desses signos. Se caracteriza como uma ciência formal, definindo as regras de formação das proposições, a partir das combinações possíveis entre os signos.

A semântica, por sua vez, estuda o significado dos signos linguísticos, seu modo de relação com os objetos que designam. A semântica diz respeito ao conteúdo significativo dos signos e à verdade das sentenças em que os signos estão incluídos. Desde que os signos que a compõem tenham significado, estejam corretamente articulados, se refiram a objetos reais, e a sentença descreva um fato verdadeiro.

Pode-se afirmar, inclusive, que a sintaxe é um pressuposto da semântica. Isso ocorre porque se os signos não estiverem corretamente articulados, a sentença não terá significado nem valor de verdade, nem poderá descrever adequadamente os fatos ocorridos.

A pragmática, por seu turno, diz respeito à linguagem em uso, e em diversos contextos, tal como utilizada por seus usuários para a comunicação. É, portanto, o domínio da variação e da heterogeneidade, devido à diversidade do uso e à infinita multiplicidade de contextos.

Alguns autores chegam a afirmar que a pragmática é um domínio da linguagem de difícil análise, uma vez que qualquer tentativa deste tipo envolveria uma abstração dessa diversidade e dessa multiplicidade de uso, em busca de elementos comuns que permitissem um tratamento mais teórico e sistemático.

Na realidade, a pragmática consiste na nossa experiência concreta da linguagem, nos fenômenos linguísticos com que lidamos. O estudo da linguagem parece pressupor a passagem deste nível concreto da experiência da linguagem para níveis gradativamente maiores de generalização, níveis esses correspondentes aos aspectos da semântica e da sintaxe.

Assim, a semântica faz abstração de variações de uso específicas e considera o significado destes termos de forma independente de seus usos. E a sintaxe faz abstração do significado e considera apenas as classes ou categorias de signos para examinar as regras formais segundo os quais se relacionam.

9 SEMIÓTICA JURÍDICA

Enquanto método de estudo e de aproximação analítica do direito, a semiótica será de grande auxílio no estudo do sistema de direito positivo.

Desta sorte, e aplicando o que vimos a este mesmo direito positivo, o estudo do plano sintático, lógica à frente como principal instrumento, irá permitir conhecer as relações estruturais do sistema e de sua unidade, a norma jurídica.

Após, poderia se especular, também, acerca do plano semântico aplicado ao mesmo sistema de direito positivo. Neste sítio, teríamos a possibilidade de analisar os conteúdos significativos atribuídos aos símbolos positivados. De resto, numa abordagem bastante útil, visto que se pode lidar com os aspectos de vaguidade, ambiguidade e valorações, e se estabelece uma ponte ligando a norma à conduta intrasubjetiva regulada por ela.

E, por último, porém, não menos importante, a pragmática. A pragmática vai permitir observar o modo e a forma como os sujeitos se utilizam da linguagem jurídica para implantar valores socialmente requeridos.

10 PRAGMÁTICA E SEMÂNTICA

Existem duas linhas de desenvolvimento da pragmática na Filosofia da Linguagem. A primeira linha considera a pragmática como uma extensão da semântica, e a segunda linha considera mais os usos permitidos pela pragmática da linguagem.

A primeira linha, qual seja a que considera a pragmática como uma extensão da semântica, trataria especificamente de expressões indiciais. Uma determinada expressão somente teria ou faria sentido, ou até mesmo significado, a depender do contexto em que fossem utilizados.

Fariam parte dessas expressões indiciais os pronomes pessoais, os pronomes demonstrativos, os advérbios de tempo e os advérbios de lugar. A pragmática consideraria tanto a contribuição dessas expressões linguísticas, como também consideraria a necessidade de sempre ter as mesmas de acordo com o respectivo contexto, sendo que, num momento posterior, o papel do contexto na constituição do significado será ampliado se estendendo a outras expressões da linguagem.

11 PRAGMÁTICA E USOS

Uma segunda linha, como dissemos, a possibilidade de compreensão da pragmática consiste em considerar o significado como determinado pelo uso. Essas novas concepções acrescentam, à consideração do contexto, a ideia de que a linguagem é uma forma de ação e não uma descrição da realidade.

E nesta segunda linha de concepção da pragmática vamos nos deparar com dois tipos de desenvolvimento e entendimento. O primeiro é representado pelo conceito de significado como uso, e o segundo tipo de desenvolvimento é a Teoria dos Atos de Fala, que considera possível um tratamento sistemático da linguagem de um ponto de vista

pragmático, desde que se adotem as categorias adequadas para isso e que analise a linguagem segundo ação.

Com relação a se considerar a pragmática como uso, que o primeiro entendimento foi inaugurado pelo filósofo alemão Wittgenstein, que considera o significado de uma palavra como o seu uso em um determinado contexto e introduziu a noção de jogo de linguagem.

Nesta corrente, o significado não é ínsito à palavra, uma propriedade imanente, mas sim como a função que as expressões linguísticas exercem em um contexto específico e com objetivos também específicos. O significado pode, então, variar a depender do contexto em que a palavra é utilizada e do propósito deste uso.

As palavras não são utilizadas para descrever a realidade, mas para realizar algum objetivo. Seja para pedir um favor, dar uma ordem, cumprimentar alguém, enfim, alguma função determinada.

Aqui reside o aspecto pragmático no filósofo citado anteriormente. As expressões linguísticas são sempre utilizadas em um contexto de interação entre o falante e o ouvinte, que as empregam com um objetivo determinado. A linguagem é sempre comunicação e a determinação do significado de uma palavra ou expressão depende da interpretação do objetivo de seu uso nesses contextos, não sendo determinada de modo definitivo.

Não podemos generalizar definindo como que uma entidade abstrata que seria o significado da palavra.

O segundo entendimento de pensamento, acerca da pragmática enquanto forma de uso, foi inaugurado por John Austin, e que veio a ser conhecida como a Teoria dos Atos de Fala.

Numa tentativa de dar uma sistematização aos fenômenos pragmáticos, do uso da linguagem, se procurou mostrar que este uso pode ser objeto de uma análise sistemática desde que adotados os instrumentos corretos para tanto, seria possível uma análise teórica da pragmática da comunicação, por conseguinte.

Uma tese clássica desta corrente sustenta que os atos de fala, constituintes elementares do uso e da compreensão da língua, têm condições de sucesso e de felicidade para a sua realização.

Assim, teríamos atos de fala constatativos e performativos, ou seja, usos de sentenças que são elaborados para realizar algo, ou para descrever ou relatar algum acontecimento, no caso dos atos de fala constatativos.

Um ato constativo seria verdadeiro ou falso, e um ato performativo seria bem ou malsucedido, a depender das circunstâncias e consequências da realização do mesmo ato.

Ocorre que as características de constatação ou de performance são ou estão presentes em todos os atos. Geralmente, um ato constativo tem, também, a sua de menção performativa; e um ato performativo tem, também, a sua de menção constativa.

Numa evolução, Austin propõem que o uso das palavras, como forma de agir, seja estendida a toda a linguagem. O ato de fala passa a ser considerado como a unidade básica de significação, unidade básica constituída por três aspectos, a saber: os atos locucionários, os atos ilocucionários e os atos perlocucionários.

O ato locucionário seria a dimensão linguística estritamente considerada. O ato ilocucionário seria o ato performativo propriamente dito. E o ato perlocucionários seriam as consequências do ato em relação aos sentimentos pensamentos e ações da audiência.

De tudo que se disse, e pelo fato das características pragmáticas da comunicação jurídica, os atos ilocucionários teriam grande força para a consecução dos objetivos almejados pelo ordenamento jurídico, mormente, pelo caráter relacional da norma jurídica.

12 O CARÁTER RELACIONAL DA NORMA JURÍDICA

Como já visto, nas leis da natureza, a relação existente entre a causa e o efeito é de natureza descritiva. As leis da causalidade natural, ao se debruçarem sobre os eventos do mundo observável, procuram reconstituir da melhor forma possível o que é observado. Sendo verdadeiras quando confirmadas pela experiência ou falsas quando não confirmadas pelo que está sendo observado.

Ao contrário, nas leis do direito, a relação existente entre a causa e o efeito é de natureza prescritiva. As leis jurídicas, ao se debruçarem sobre os eventos que lhe são caros, procuram regular as condutas intersubjetivas.

Ao proceder-se à formalização da linguagem jurídica, reduzindo sua forma gramatical à sua estrutura lógica, finalmente, encontra-se a estrutura da norma legal, a seguinte: D (H > C).

Dado um fato deve seguir uma relação jurídica entre sujeitos, cuja conduta regulada encontra-se modulada como obrigatória, proibida e permitida.

A norma de direito enuncia que, se ocorrer um fato, deve seguir-se uma relação jurídica entre sujeitos, cuja conduta regulada encontra-se modalizada como obrigatória, proibida e permitida.

Dentro da estrutura existe uma implicação fazendo a ligação entre a hipótese e a consequência, e este modal de ligamento será o deôntico, posto por ato de autoridade.

A hipótese não implica o conseqüente possivelmente ou necessariamente; a implicação, aqui, não do mundo do ser, do mundo das coisas naturais, mas do mundo modulado do dever ser, ainda que na sua aplicação os correspondentes semânticos dessa estrutura sintática não se verifiquem.

Em Lourival Vilanova²⁴, tem-se o seguinte apontamento: “É válida independentemente de a realidade confirmar ou verificar o esquema tipificado na hipótese, ou de conduta prescrita na tese ocorrer como deve ocorrer”.

As leis do direito e sua relação de causalidade estabelece uma relação que DEVE SER entre a hipótese e seu respectivo conseqüente.

As normas jurídicas se estruturam na forma: deve ser que se H então C.

A hipótese representada pela letra H simboliza uma situação concreta e o conseqüente C a relação entre dois ou mais sujeitos, postos na posição de sujeito ativo e de sujeito passivo.

O vínculo implicativo é interno, participa da estrutura da fórmula da norma jurídica, estabelecendo a ligação que deve ser entre a proposição hipótese e a proposição conseqüente; um implicador interproposicional a ligar o antecedente e o conseqüente.

Um fato pode ser descrito como lícito quando o direito não proíbe sua realização, ou quando proíbe sua omissão; e será tido como ilícito quando há uma proibição para sua realização.

Em outros termos, pode-se dizer que o fato é lícito quando sua realização é obrigatória ou quando se perfaz na realização de uma conduta, cuja omissão não é obrigatória e é ilícito quando existe uma obrigação de não realizá-lo.

Assim, e devido ao caráter relacional acima exposto, o aspecto pragmático ganha um interessante relevo no estudo do direito, pois, como vimos, este lado se trata de um novo campo, ainda não tão bem explorado, mas que se revela pleno de aplicações práticas.

Esta proposta complementar da pragmática, em nosso entender, tem a capacidade de acolher possibilidades amplas e plurais de investigação: seja no cotejo do contexto

²⁴ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 66.

histórico na feitura da norma, seja na finalidade almejada pelo emissor; as práticas de interpretação dos receptores das normas; os efeitos sociais ocasionados pela mensagem; as dificuldades de aplicação; as variáveis que influenciam o pleno êxito da pretensão; a dinâmica das construções semânticas.

13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após tudo o que foi escrito e debatido neste artigo que, como num encontro de ideias, pôde-se assentar diversos novos aspectos do conhecimento, constatando-se que, com o advento da Filosofia da Linguagem, um novo campo de entendimento do mundo foi aberto, campo novo ornamentado com todas as possibilidades que este evento acarreta.

Agora, o estudo do conhecimento não mais seria feito a partir do sujeito, ou mesmo do objeto, ou de uma relação entre ambos, e a se relegar a linguagem como secundário elemento do conhecimento.

A linguagem deixa de ser apenas instrumento de comunicação em um determinado centro de falantes e a visar a comunicação de um conhecimento já realizado, e passa a ser condição de possibilidades para a consituição do próprio conhecimento enquanto tal.

O conhecer não será mais visto como uma relação entre sujeito e objeto, mas sim uma relação entre linguagens.

Passa a não mais existir um mundo em si mesmo, independente e fora da linguagem, que seja copiado e feito imagem e semelhança dela, nem uma essência nas coisas a serem descobertas pelo elemento humano.

Somente irão existir o mundo e as coisas na e dentro da linguagem.

Assim, não há uma correspondência entre linguagem e objeto, pois este será criado por ela.

Com a linguagem enquanto centro e responsável pelo conhecimento, excelentes estudos foram feitos, mormente no campo da semiótica aplicada ao Direito, nos aspectos semântico, sintático e pragmático.

Um grande avanço foi conseguido com o advento de uma rigorosa abordagem dos termos utilizados para a definição e construção dos saberes, verdadeira origem do nascimento do Círculo de Viena.

Em virtude da linguagem ser um evento social e comunitário, e para descortinar o conhecimento ideal, estudos da Lógica foram favorecidos, enquanto conhecimento ideal por excelência.

Como anotado, a lógica aplicada é um forte e seguro instrumento para a análise sintática de qualquer linguagem. Ela permite, por exemplo, ingressar nos domínios da sua estrutura para a perfeita compreensão da forma e das relações que se estabelecem entre suas unidades, e proporciona uma precisão linguística ao cientista e controle do conhecimento por ele produzidos.

Lógica esta que possibilitou, através de seu ramo deôntico, vislumbrar as estruturas formais das proposições jurídicas.

Finalmente e, claro como o sol de verão, o surgimento do Constructivismo Lógico-Semântico.

A ideia, aqui, é a de que o ser humano construa o objeto a ser conhecido em sua mente em nome de uma descrição. Construção esta amparada em forte referencial metodológico que fundamente e justifique todas as proposições construídas.

Desta forma, e com os conceitos bem erigidos, e elaborados pelo pensamento (herança diletta do Círculo de Viena), e animados por uma nova concepção filosófica de mundo e de vivências de mundo, e embalado tudo isso por um rigor e um vigor metodológico, tem-se como resultado a construção de um discurso científico estruturado e rigoroso. A linguagem como instrumento e como controle do saber científico, na busca de modelos artificiais que pudessem permitir a purificação do conhecimento comum.

Encerra-se este artigo citando o mestre Paulo de Barros Carvalho²⁵ para quem:

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 06.

O modelo que foi nascendo jamais chamou a si a primazia de instrumento exclusivo para ensejar a aproximação do dado jurídico. Pelo contrário, alimenta a convicção de que muitos são os sistemas de referência por intermédio dos quais o objeto do direito pode ser examinado. [...] Na verdade, o saber científico dos tempos atuais é enfático em um ponto: todos entendem que não há como abrir mão da uniformidade na apreciação do objeto, bem como de rigorosa demarcação do campo sobre o qual haverá de incidir a proposta cognoscitiva.

Até porque, como afirma Gregorio Robles²⁶, em parte alentada de seu livro “Retórica para Juristas”, um argumento nunca é válido em si mesmo, por mais bem construído que esteja, mas sua validade depende dos destinatários da mensagem. A sua validade depende de sua aceitação.

E, agora sim, terminamos com a direção segura do Professor Tácio Lacerda Gama²⁷ para quem:

É desse confronto entre textos, ou enunciados, que os sentidos da mensagem normativa são produzidos. É, também, deste diálogo que se articulam cadeias de argumentação para legitimar essa ou aquela definição e, por força disso, produzem-se situações de harmonia ou conflitos de interesse.

Assunto de extrema importância e que está a merecer aprofundados estudos daqueles que estudam o fenômeno do Direito.

REFERÊNCIAS

- BRITTO, Lucas Galvão de. **O Lugar e o Tributo**. São Paulo: Noeses, 2014.
- CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso teoria geral do direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2016.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.
- ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. **Lógica, proposición y norma**. 7ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007.

²⁶ ROBLES, Gregorio. **Retórica para Juristas**. Chile: Olejnik, 2019, p. 123.

²⁷ GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2020, p. 318.

- GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária**: fundamentos para uma teoria da nulidade. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2020.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta Linguístico** - Pragmática na Filosofia Contemporânea. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015.
- QUELBANI, Mélika. **O Círculo de Viena**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2009.
- ROBLES, Gregorio. **Retórica para Juristas**. Chile: Olejnik, 2019.
- VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- VOLLI, Ugo. **Manual de Semiótica**. Tradução de Silva Debetto C. Reis. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

INFANTICÍDIO: O CRIME CONTRA O RECÉM-NASCIDO NO ESTADO PUERPERAL

MATHEUS HENRIQUE XIMENES:

Discente do curso de graduação em Direito da Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

RESUMO: No crime de infanticídio a própria mãe, contrariando os impulsos da natureza do estado puerperal, atua com suas próprias mãos seu contra seu filho. O objetivo principal deste trabalho é apresentar um estudo acerca do entendimento doutrinário a respeito do delito de infanticídio e as suas consequências para a genitora. A matéria abordada será através de pesquisas bibliográficas e documentos científicos, tendo por finalidade contribuir para o conhecimento do tema na esfera jurídica dos estudiosos do direito. Finda-se que o infanticídio é uma espécie de homicídio privilegiado e trata-se desse transtorno momentâneo em que a mãe em razão do estado puerperal, de certa forma a mesmo respondera pelo crime previsto no artigo 123 do CP, devendo ser processada e julgada pelo Tribunal do Júri. Caso a puérpera sofra de perturbações mentais preexistentes, agravadas pela gestação, parto ou puerpério, a mulher não será apenada com base no artigo 123 do CP, mas de certa forma sim conforme o artigo 26 ou parágrafo único do mesmo diploma legal.

Palavras-chave: Infanticídio; Estado puerperal; Art.123 do código penal.

ABSTRACT: In the crime of infanticide, the mother herself, going against the impulses of the nature of the puerperal state, acts with her own hands against her child. The main objective of this work is to present a study about the doctrinal understanding about the crime of infanticide and its consequences for the mother. The subject will be approached through bibliographical research and scientific documents, aiming to contribute to the knowledge of the subject in the legal sphere of the scholars of law. It is concluded that infanticide is a kind of privileged homicide, and it is this momentary disorder in which the mother, due to the puerperal state, in a way she was responsible for the crime provided for in article 123 of the CP and must be prosecuted and judged by the Jury court. If the puerperal woman suffers from preexisting mental disorders, aggravated by pregnancy, childbirth or puerperium, the woman will not be punished based on article 123 of the CP, but rather according to article 26 or sole paragraph of the same cool University Degree.

Keywords: Infanticide; puerperal state; Art.123 of the penal code.

Sumário: 1. Introdução.1.1. Evolução Histórica. 2.Referencial teórico. 2.1. Conceito de infanticídio no estado impropério. 2.2 Natureza Jurídica. 2.3 Dos sujeitos do delito. 2.4. Do sujeito ativo. 2.5. Sujeito Passivo. 3. Conceito Fisiopsicológico. 4. O infanticídio na legislação. 4.1. Excludente de Ilícitude. 4.2. Inimputabilidade e a semi-imputabilidade penal no crime de infanticídio. 5. O infanticídio no estado puerperal. 6. Diferença entre o aborto e o infanticídio.7. Jurisprudência. 8. Conclusão. 9. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O termo infanticídio sempre teve os seguintes significados: Morte infantil, especialmente entre recém-nascidos. Costumava se referir a ignora o assassinato de crianças nos primeiros anos de vida, mas por causa da lei no crime brasileiro, somente quando uma mulher está cometendo um crime, este crime está sob a influência do pós-parto ou mesmo do estado pós-parto alguns dias depois.

No Brasil, este é um crime doloso, e a pena é reduzida em relação ao crime. O crime de homicídio é uma disposição específica do Direito Penal (artigo 123). A mãe pratica sob influência do puerpério ou logo após o parto. Por outro lado, se a mãe não está com esse humor, então o assassinato é sua característica. Antes do parto, o crime é o aborto.

A legislação atual aprovada para mitigar o infanticídio. Conceito fisiológico e psicológico de "puerpério" conforme descrito na exposição Justificativa do Código Penal: "Infanticídio é considerado uma iguaria de "Exceções" para mulheres que praticam sob influência do puerpério. Portanto, o objetivo geral é analisar o estado do pós-parto no crime materno, infanticidas e suas propriedades e características. Este artigo tem com base a pesquisa bibliográfica e documental para atingir o objetivo sugerido.

Para melhor compreensão dos leitores, este artigo escreveu outro conteúdo além deste. Introdução, desenvolvimento e conclusões, um total de seis itens. O primeiro objetivo é a evolução histórica do infanticídio. O segundo item é dedicado à conceituação Infanticídio, e sua natureza jurídica. O terceiro item refere-se à situação pós-parto no infanticídio, Conceito fisiológico e análise padrão do puerpério, inspeção da possibilidade de não ser responsabilizado no período pós-parto e o crime. E finalmente, o quarto ponto, a diferença entre aborto e infanticídio e apresentação de Jurisprudência dos dois assuntos.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Segundo Maggio, expor ou matar recém-nascidos, por variados motivos como a honra, aos quais também são motivos deficiência física e religiosos, que foi através da prática desde a antiguidade. No período grego-romano, prevalecia as leis em Roma as leis das XVII tábuas, em que os pais poderiam matar seu filho caso viesse a nascer com alguma deficiência física ou psíquica, pois era considerado uma desonra a família a criança deficiente. E nessa época o infanticídio era rotineiro, não seria considerado crime, sendo assim um direito do pai decidir a morte ou a vida do filho.

O período da Idade Média ao início do período moderno é o chamado médio prazo, influenciado pelo cristianismo, que protege de forma exorbitante o recém-nascido. A mãe que assassinou a criança era punida de maneira extremamente cruel. Uma das penalidades aplicáveis era a tortura, onde a mulher é colocada em uma bolsa e exposta a temperatura alta para que possa ser cozida viva.

Existiam também a penalidade chamada "*constitutio criminalis*" decretada por Carlos V que os assassinos de bebês podem ser perfurados ou enterrados vivos. Na era moderna, Vicente de Paula Maggio disse que o infanticídio decorre da resposta legal indiscutível ao infanticida feminino, esta resposta decorre de mais ideias humanitárias, o crime que recebeu certos privilégios. Segundo Fernando Capez, no século XVIII, a pena do crime de infanticídio passou a ser reduzida, sob efeito dos pensamentos filosóficos admiradores do Direito Natural.

Desse modo, o infanticídio quando praticado pela mãe passa a constituir homicídio privilegiado. Ainda é citado pelo autor que Beccaria e Feuerbach foram os primeiros a reconhecer o homicídio como título legislativo, no Código Penal Austríaco de 1830.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 CONCEITO DE INFANTICÍDIO NO ESTADO IMPROPÉRIO

O infanticídio propriamente dito está descrito no art. 123 do Código Penal:

"Art.123 - matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: pena – detenção de dois a seis anos."

O infanticídio passa a ser um tipo de homicídio privilegiado, *delictum exceptum*, onde o legislador visa aliviar as penalidades que dá genitora ao eliminar a vida de seu filho. O ato de matar o próprio filho em seus primeiros momentos de vida, tal ato pode se realizar

de varias formas, as mais comuns entre elas e o estado puerperal, que envolve a parturiente no momento em que a criança vem ao mundo, no mesmo momento ocorre gigantescas perturbações físicas e emocionais, em que, a mãe se torna uma pessoa transformada, sem ter plenas condições de entendimento do que está fazendo, nessa situação o agente passa a ter a semi – imputabilidade. Essa perturbação ocorre durante o início do parto e na pré - gravidez. Diga – se que o estado puerperal e elemento objetivo no tipo penal do crime de infanticídio.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Este item tem como objetivo classificar o crime de Infanticídio e sua natureza jurídica. Assim classifica Bitencourt²⁸, " crime de Infanticídio é próprio, material, danoso, plurissubsistente, comissivo e omissivo impróprio, instantâneo e doloso."

Greco²⁹ também aduz a natureza jurídica do crime como:

Crime próprio (pois que somente pode ser cometido pela mãe, que atua influenciada pelo Estado Puerperal); simples, de forma livre; doloso, comissivo e omissivo impróprio (uma vez que o sujeito ativo goza do status de garantidor); de dano; plurissubsistente; monosubjetivo; não transeunte; instantâneo de efeitos

Sendo assim, fica claro que, se trata de um crime que é cometido pela mãe, em estado especial, ou seja, influenciada do pelo estado puerperal contra seu filho.

2.3 DOS SUJEITOS DO DELITO

O Infanticídio é um delito próprio, indicado pelo art. 123 do Código Penal como seu sujeito ativo e passivo, "Matar, sob a influência do Estado Puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após³⁰ [...]"

2.4 DO SUJEITO ATIVO

Este item buscará a caracterização do sujeito ativo do crime.

²⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, p. 150

²⁹GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus. 2006, p. 243

³⁰Artigo 123 do Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

Para a configuração do fato típico, a condição indeclinável é que o sujeito reúna certo tipo de qualidade e condição. Este delito é de autoria limitada, restringindo-se a capacidade de cometer o delito à mãe parturiente, sob influência psíquica do estado fisiológico decorrente do puerpério.³¹

Para Capez, o crime se trata de caráter próprio

“[...] somente a mãe puérpera, ou seja, a genitora que se encontra sob influência do Estado Puerperal, pode praticar o crime que se encontra sob influência do Estado Puerperal, pode praticar o crime em tela [...]”³²

Há uma pacificação doutrinária quanto a discussão é sobre o sujeito ativo do crime de Infanticídio, ficando claro que somente a mãe pode ser considerada o sujeito ativo desse tipo penal.

Portanto, se qualquer pessoa cometer o crime aqui estudado, não sendo a mãe, ou sem influência do Estado Puerperal, estará cometendo o crime de homicídio. Então podemos concluir que para a caracterização do Infanticídio é necessário a presença do Estado Puerperal.

2.5 SUJEITO PASSIVO

Ainda na presença do artigo 123 do CP, é o próprio filho a vítima do crime, este será caracterizado o sujeito passivo do delito, “Matar, sob a influência do Estado Puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto”.

O sujeito passivo do crime Infanticídio, enfim, somente pode ser o próprio filho, recém-nascido ou que está nascendo, segundo Bitencourt³³.

Para melhor compreensão é importante observar o texto do referido diploma legal, o art. 123 CP, expressamente diz o próprio filho “durante o parto ou logo após”. Por tanto, para a caracterização do delito o feto precisa nascer vivo, ou ter apresentado o mínimo de vida funcional, não importando aqui sua capacidade de viver fora do útero da mãe. Agora,

³¹MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**, p. 87

³²CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial, p. 100.

³³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, p. 140

se o delito for cometido durante o momento de parto, será caracterizado como “ser nascente” e logo após será caracterizado como “recém-nascido” ou neonato.³⁴

Nota-se então que somente pode ser sujeito passivo do crime o filho, o qual a mãe influenciada pelo seu estado puerperal levou a morte prematura de seu próprio filho.

3. CONCEITO FISIOPSICOLÓGICO

Dois fatores bem conhecidos que apoiam a noção do crime de infanticídio como parte do *delictum exceptum* são: psicológico e fisiológico. A condição psicológica visa justificar o desejo de manter a dignidade pessoal. Por outro lado a condição fisiológica que, adotada pelo nosso Código Penal de 1940, reconhece a influência do estado puerperal.

O primeiro jurista a propor um referencial fisiopsicológico foi Virgílio de Sá Pereira, que, influenciado pelo Código Penal suíço, alterou em seu projeto de 1928 apenas a questão fisiopsicológica. Neste mesmo projeto, o jurista já indicou que não foi considerada a necessidade de declarar a forma culposa no crime de infanticídio.

O infanticídio baseava-se no princípio psicológico da concessão de direitos, a ser utilizado pela mãe em circunstâncias de proteção de sua dignidade, quando a criança estava perto de um caso extraconjugal e, entre outras coisas, mas o princípio foi considerado injusto e foi, em 1940, o Código Penal passou a adotar uma condição de saúde mental que crie uma ligação direta entre o infanticídio ao estado de puerperal.

4. O INFANTICÍDIO NA LEGISLAÇÃO

Ressalta-se que o conceito de infanticídio foi modificado até chegar ao texto atual, tendo um tratamento diferente das formas penais mais antigas, como o Código Penal do Império do Brasil (Lei de 16 de dezembro de 1830), Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (Resolução nº 847, de 11 de outubro de 1890), até o advento do Código Penal Brasileiro (Decreto Legal nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que ainda está em vigor. (NUCCI, 2013)

Como resultado das mudanças trazidas ao dispositivo que trata do delito de infanticídio, ao longo dos anos, houve mudanças nos elementos estruturais do caso, como por exemplo, o elemento temporal do tipo, a duração do estado puerperal, a

³⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral, p 100.

caracterização dos sujeitos passivos e ativos do delito, antigamente, qualquer pessoa podia ser o sujeito ativo.

Atualmente, a acusação de infanticídio é punível com pena de prisão de dois a seis anos, conforme previsto no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), porém nem sempre foi assim.

O crime infanticídio foi exemplificado no Brasil, quando foi instituído o primeiro Código Penal do Império Brasileiro, em 1830, quando dispôs seu próprio art. 198, a punição de mãe que matou seu filho por motivos de honra (punição - um a três anos). Além desta disposição, qualquer pessoa que matou uma criança estava envolvida em infanticídio (pena - três a doze anos), que causou um aborto por qualquer meio usado interna ou externamente com ou sem o consentimento da mulher (pena - um para cinco anos), quem prescreveu drogas intencionalmente, ou qualquer outro método de aborto, mesmo que não tenha ocorrido (pena - dois a seis anos). (ATO DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830)

Em 1940, foi promulgado um novo Código Tributário Brasileiro, pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro, vigente até a presente data, passando a ter art. 123, o crime de infanticídio como direito especial ou forma especial em razão de escolha da mãe contra o filho, sujeito ao estado de puerpério, mediante pena e reclusão de dois a seis anos. (DECRETO-LEI N. 2.848, 1940)

Em Pedro Lazarini (2007), é possível distinguir os crimes de infanticídio como: próprio, onde a mãe é o agente especial do tipo, presumindo que a consumação seja rápida, não estendida; comissivo, por exigir ação por parte do agente para o resultado do crime; material, vez que somente se configura com o resultado descrito na norma, ou seja, a morte do nascente ou recém-nascido; de dano, pois para a ocorrência do delito o bem jurídico da vida do filho deve ser lesado; de forma livre, ou seja, não há menção expressa na norma acerca da conduta que causa o resultado, podendo ser livremente pensada pelo agente; e material, consumando-se somente com a efetiva ocorrência do resultado.

4.1 EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Com relação a excludente de ilicitude do tipo, há uma certa incompatibilidade. A legítima defesa absurdamente incompatível diante do caso concreto. O estado de necessidade, impossível ser utilizado, exceto se, em uma situação de eminente perigo a mãe abandonasse o filho para salvar sua vida, exemplo, a casa em que os dois moram está pegando fogo, a mãe para poder salvar sua vida sai e deixa a criança para trás. Neste caso,

a excludente incidiria independente de estar ou não a mãe em um estado puerperal, podendo ser aplicado tanto em um homicídio, infanticídio ou qualquer outro crime³⁵.

4.2 INIMPUTABILIDADE E A SEMI-IMPUTABILIDADE PENAL NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Antes de adentrarmos sobre a inimputabilidade no crime de infanticídio o Código Penal em seu artigo 26, prevê:

Inimputáveis

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um terço a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Se uma mãe mata seu bebê (nascente ou neonato) devido a um transtorno mental associado à psicose puerperal, ou seja, anormalidades pré-existentes, que destroem "completamente" sua capacidade cognitiva, ela deve ser isenta de aplicação de pena, pois seria um agente inimputável, como nos explica Maggio (2004, p.27), quando tece as seguintes comparações:

"[...] A influência do estado puerperal há simplesmente de diminuir ou reduzir a capacidade de compreensão, discernimento e resistência da parturiente. Se, atinge o ápice de suprimir ou anular essa capacidade, ou se, associada à doença mental preexistente, produz o mesmo efeito, o que se tem é a inimputabilidade, ou seja, a inexistência de crime por falta de agente culpável. [...]"³⁶

Se, por causa de tal presença psicológica, a mãe comete o crime de infanticídio, mas percebe que não perdeu totalmente sua independência no momento do crime, pode

³⁵CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 100.

³⁶MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido. São Paulo: Millennium, 2004, p. 27

ser "considerado" semi-imputável, e receber redução de pena, de acordo com o primeiro parágrafo do art. 26 do CP.

No entanto, alguns doutrinadores acreditam que a cláusula já foi incluída no tipo penal de art. 123 do CP devido à existência de estado puerperal, embora esta não seja uma distinção e não exista como sua patologia nos convênios médicos e, portanto, uma redução na pena para o crime de homicídio infantil existirá, e deve ser considerada, apenas como, imputabilidade penal. Porém, há quem acredite que o próprio estado puerperal pode desenvolver na mulher um transtorno mental, de natureza patológica, que não a priva de sua plena capacidade de compreensão e determinação, como o delírio ou psicose, que é definida no parágrafo único.³⁷

O mais provável neste estudo é concordar com a primeira possibilidade, de que não é possível reduzir a pena para o crime de infanticídio, visto que este crime é comparado ao homicídio, onde existe um núcleo semelhante do tipo (matar), o autor do crime já foi beneficiado com a redução da pena.

5. O INFANTICÍDIO NO ESTADO PUERPERAL

Puerpério é o período que se estende do início do trabalho de parto até a volta da mulher às condições antes da gravidez, enquanto estado puerperal é o período, que envolve a parturiente durante a expulsão da criança do ventre materno, com grandes alterações psíquicas e físicas, que chegam a transformar a mãe, retirando-lhe a plena consciência de suas atitudes.

O puerpério é uma forma fugaz de distanciamento mental. É um estado de espírito mórbido. Durante ou logo após o parto, as mulheres grávidas têm comportamentos de raiva e incontroláveis, mas depois do puerpério a saúde mental das mulheres é restaurada. Alguns estudiosos relataram que o puerpério começa com a secreção da placenta e termina com a regressão completa dos órgãos genitais, o que geralmente leva de cinco a seis semanas.

³⁷JESUS, Damásio E. de. Direito penal. Parte especial: Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 21. ed. atual. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 108.

Durante este período de mudanças psicológicas, as mulheres se sentirão profundamente irritadas devido a tremores convulsivos, dor e suor, humor e fadiga causados por fenômenos obstétricos (parto).

Diante dos motivos expostos, e por esses motivos que fazem com que as mulheres “saírem de si”, a Lei Penal de 1940 insistia que esse tipo de sofrimento materno deve ser observado de forma humanitária e comprometedora, pois os comportamentos durante a o puerpério deve ser tratado como uma exceção. Porque ela tem pouca ou nenhuma capacidade de raciocínio para entender as consequências de suas ações.

Embora atualmente não conste do texto legal, a causa de honra pode ser considerada não escrita, pois embora não conste do texto legislativo, o tribunal continua a respeitá-la.

A mulher ao cometer o crime de infanticídio de acordo com a legislação vigente tende - se encontrar num conflito psicológico que ocorre devido o estado puerpério, capaz de se guiar por sinais que não seguiria numa situação não tão delicada. Temos que deixar bem claro que essa patologia mental não se decorre do parto, mas sim de ocasiões anteriores que foram se agravando por causa da gravidez, como por exemplo, causas emocionais de angústia ou tristeza.

De acordo com Genival Veloso de França³⁸, o exame pericial feito para comprovar o estado mental da infanticida deve observar, se o parto transcorreu de forma dolorosa ou não, se houve ocultação de cadáver por parte da parturiente, caso lembre ou não do crime ou simula. Caso a mulher venha a ter distúrbios psicológicos ou decorrentes do parto, se houve algum tipo de perturbação mental durante ou logo após o parto que a levou a prática do ato criminoso.

Dessa forma o autor ainda afirma que não se tem como fornecer algum elemento que seja seguro para caracterizar esse estado, pois não existe esse tipo próprio de patologia na medicina, e não há um limite de duração definido.

6. DIFERENÇA ENTRE O ABORTO E O INFANTICÍDIO

Conforme dito por Ribeiro,2004, existem dois conceitos básicos para compreender melhor o crime de infanticídio: o primeiro, deles é ocorre com ato de matar ou de certa

³⁸FRANÇA, Genival Veloso de. Fundamentos de Medicina Legal. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 167.

forma tirar a vida de alguém; o segundo, que deve ser compreendido é a influência do estado puerperal, o que se caracteriza o crime de infanticídio.

O Código Penal adota o critério psicológico, que deve ser considerado fundamental a perturbação psíquica que se encontra a genitora, que o estado puerperal. Certamente essa perturbação decorrente do puerpério que transforma a morte do próprio filho em um “delictum exceptum”.

Segundo Fernando Capez³⁹, o aborto é o que interrompe a gravidez com a conseqüentemente a morte do feto. Consiste na eliminação da vida do nascituro. A lei não faz distinção entre a fecundação do óvulo, o embrião ou até mesmo o feto pois em qualquer fase da gravidez estará configurando o delito de aborto, entre a concepção e o início do parto.

Já Ribeiro, entende que para se caracterizar o crime de aborto, não há necessidade da expulsão do feto, sendo que o crime de aborto pode ser praticado em qualquer período da gestação, ao contrário do infanticídio, que no momento que se qualifica por ter ocorrido durante o estado puerperal sob influência de tais circunstâncias. Por fim podemos ver que a principal diferença entre o infanticídio e o aborto, é que no primeiro o feto é morto enquanto nasce ou logo após o nascimento. E já no aborto, muito pelo contrário, somente é tipificado se o feto for morto antes do início do trabalho de parto, caso haja ou não a expulsão. Assim tornasse homicídio a morte do feto se dá após o parto.

7. JURISPRUDÊNCIA

O componente legal entende que se considera a influência do estado puerperal no comportamento de uma agente que mata seu filho após o parto. Existe um entendimento oposto. Nesse caso, considerando que os fatos não ocorreram imediatamente após o nascimento, não há como determinar a influência do estado puerperal. (SER, 224.577-3/Barretos, 4ª Câ. Crim. De Férias 'Julho/98', Rel. Passos de Freitas, v. U., 23/7/1998). Estado puerperal. Prova. Perícia médica dispensável. Efeito normal de qualquer parto. Inteligência do at. 123 do CP(TJSP, RT 655, P.272).

Existem fortes indícios de que a réu agiu animus necandi, não há como acolher, de plano, a tese de erro de tipo razão pela qual deverá a acusada ser submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri. Se as provas dos autos, inclusive as de natureza pericial, atestam que

³⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

a recorrente matou o seu filho, após o parto, sob a influência de estado puerperal, imperiosa a desclassificação da imputação de homicídio qualificado para que a pronunciada seja levada a julgamento pelo cometimento do crime de infanticídio (art. 123 do Código Penal) (TJMG, AC 1.0702.04.170251-/001, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJ08/05/2009).

INFANTICÍDIO- Autoria e materialidade comprovadas - Decisão dos Jurados em conformidade com a prova dos autos - Impossibilidade de anulação do julgamento - Readequação da pena imposta e do regime de cumprimento - Recurso parcialmente provido Prescrição da pretensão punitiva reconhecida de ofício, com a consequente declaração da extinção da punibilidade da ré. (TJ-SP- APL: 0001976- 47.2004.8.26.0052 SP 0001976-47.2004.8.26.0052, Relator: Christiano Kuntz, Data de Julgamento: 19/04/2012, 7ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 24/04/2012).

8 CONCLUSÃO

No crime de infanticídio a própria mãe, contrariando os impulsos da natureza do estado puerperal, atua com suas próprias mãos seu contra seu filho. O objetivo principal deste trabalho é apresentar um estudo acerca do entendimento doutrinário a respeito do delito de infanticídio e as suas consequências para a genitora.

A matéria abordada será através de pesquisas bibliográficas e documentos científicos, tendo por finalidade contribuir para o conhecimento do tema na esfera jurídica dos estudiosos do direito.

Gestante, com apoio de familiares e companheiros, frequenta regularmente o pré-natal e quase não apresenta transtornos mentais durante o parto.

Durante o processo de consulta, mudanças de comportamento relacionadas a distúrbios psicológicos podem ser diagnosticadas e tratadas para evitar futuros infortúnios para mulheres, crianças e famílias. É impossível provar a existência desse distúrbio físico e psicológico, pois, como mencionado anteriormente, ele não existe. Não há necessidade de falar sobre fatos de curto prazo e difíceis de encontrar. Tudo o que os especialistas forenses podem determinar é a existência de outras doenças mentais, que podem perdurar por um período de tempo após sua ocorrência devido a frustrações relacionadas aos transtornos mentais.

A determinação do infanticídio expressa pelo CP é impossível. Não só por esse fator, mas também por muitos outros fatores, não pode ser julgado pela definição do termo "imediatamente após o parto" no direito penal. De acordo com a doutrina, isso deveria ser compreendido Refere-se ao puerpério que é o período em que o bebê recebe cuidados especiais pela primeira vez após o nascimento.

Finda -se que o infanticídio é uma espécie de homicídio privilegiado e trata-se desse transtorno momentâneo em que a mãe em razão do estado puerperal, de certa forma a mesmo respondera pelo crime previsto no artigo 123 do CP, devendo ser processada e julgada pelo Tribunal do Júri. Caso a puérpera sofra de perturbações mentais preexistentes, agravadas pela gestação, parto ou puerpério, a mulher não será apenada com base no artigo 123 do CP, mas de certa forma sim conforme o artigo 26 ou parágrafo único do mesmo diploma legal.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 3.ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 14.ed. Saraiva, 2014.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Aborto e infanticídio**. 1.ed, 1972. Infanticídio. Bauru: Edipro, 2001.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém nascido**. São Paulo: Millennium, 2004. MASSON, Cleber.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** 2010, 10ª edição

Direito Penal esquematizado: **parte geral. 9.ed. São Paulo: Método**, 2015 PENAL RESUMO.. JUS BRASIL. Jurisprudências. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Infantic%C3%A>

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=infantic%C3%ADdio&p=2>>. Acesso em: 15 out. 2021.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Infanticídio e concurso de agentes em face do novo código penal**. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo, v. 13, p.25-26, jul./set. 1970.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal. Parte especial: **Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio**. 21. ed. atual. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1999.

LAZARINI NETO, Pedro. **Código Penal Comentado e Leis Penais Especiais Comentadas**. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.

DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIOS DE EMPRESAS TERCEIRIZADAS QUE PRESTAM SERVIÇOS PARA OS CORREIOS: PECULATO OU FURTO?

LIDIANE DA PENHA SEGAL: Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória/ES. Defensora Pública Federal lotada na Defensoria Pública da União em Vitória/ES.

RESUMO: Resumo: O presente trabalho examina, a partir da descrição das atividades desempenhadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o enquadramento legal das condutas criminosas praticadas por funcionários de empresas terceirizadas que lhe prestam serviços, frente ao disposto no art. 327 do Código Penal, e aponta as exceções ainda existentes sobre fatos que não devem ser enquadrados como peculato, mas como furto, por não haver exercício de atividade típica da Administração Pública.

Palavras-chave: Funcionário. Empresa terceirizada. Correios. Furto. Peculato.

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito de funcionário público para efeitos penais; 3. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT: atividades exercidas; 4. Subtração de bens praticada pelo funcionário de empresa terceirizada contratada pelos Correios que atua no transporte de encomendas: peculato ou furto?; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da lei 9.983/2000, que deu nova redação ao artigo 327 do Código Penal, modificou-se o estatuto repressivo para equiparar a funcionário público, para os efeitos penais, o empregado de empresa terceirizada, contratada ou conveniada para a prestação de serviço público, a funcionário público para efeitos penais⁴⁰. Desse modo, além de receberem tratamento penal como funcionário público aqueles que exercem

40 Funcionário público

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

cargo, emprego ou função pública, também serão considerados funcionários públicos na esfera penal as pessoas que prestam serviços a empresa contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração.

Sendo assim, via de regra, se um funcionário de uma empresa terceirizada que presta serviço para uma empresa pública subtrair algum bem no exercício de suas funções, sua conduta será enquadrada como peculato, e não como furto, por expressa determinação legal.

Contudo, não são todas as subtrações de coisa alheia por funcionários de empresas terceirizadas que devem ser categorizadas como prática do crime de peculato. Há casos em que, havendo subtração de bens por parte de empregado de empresas terceirizadas contratadas ou conveniadas a empresas públicas, a conduta não deverá tipificada como peculato na forma do art. 321 do Código Penal, diante da natureza do que foi subtraído.

No caso específico dos Correios, objeto deste estudo, há que se identificar que tipo de atividades referida empresa pública exerce, para que se verifique se todas são ou não atividades típicas da Administração aptas a ocasionar o tratamento legal como funcionários públicos das pessoas que para eles prestam serviço.

Desse modo, a partir da análise da legislação que rege as atividades dos Correios e do exame de julgados referentes ao tema, o presente texto busca lançar luzes sobre as exceções ainda existentes, notadamente para que seja feita a devida delimitação entre os casos que devem ser tratados como peculato e os que ainda devem ser classificados como furto, notadamente em virtude das consequências jurídicas processuais de tal diferenciação.

2. CONCEITUAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA EFEITOS PENAIIS

À luz do direito penal, o conceito de funcionário público é distinto do que apresenta o direito administrativo, possuindo bases mais amplas. Como leciona Bitencourt (2004, p. 1.114), "diversamente da conceituação conferida pelo Direito Administrativo, o Direito Penal considera funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce o cargo, emprego ou função pública".

O §1º do art. 327 do Código Penal, por sua vez, ao trazer o conceito de funcionário público por equiparação, alcança todos aqueles que, embora exerçam atividade privada, desempenham suas funções em entidade paraestatal ou prestando serviços em empresa contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. Veja-se:

Funcionário público

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 1980)

Observa-se, assim, que o art. 327 §1º do Código Penal apresenta dois requisitos para que o sujeito de uma conduta delituosa seja comparado a funcionário público na esfera penal: 1) que ele exerça cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou trabalhe em empresa contratada e conveniada com a administração pública; 2) que a atividade executada pela empresa seja típica da Administração Pública.

A exigência cumulativa de tais requisitos decorre da aplicação do princípio da legalidade no direito penal, disposto no artigo 5º, XXXIX da CF e no artigo 1º do CP. Como lecionam Pacelli e Callegari (2015, p. 101), "da exigência de lei para a proibição de comportamentos resulta também a necessidade de determinação ou de certeza quanto ao conteúdo das normas incriminadoras".

Nesse sentido, não há como caracterizar a existência de crime que envolva funcionário público por equiparação se o sujeito do delito, ainda que exerça atividade em empresa conveniada ou contratada por uma empresa pública, não desempenha atividades típicas da Administração Pública.

No caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ela constitui empresa pública responsável pela execução do serviço postal, atividade típica da Administração Pública por força de lei. Contudo, ao longo dos anos, até para manutenção de sua sustentabilidade econômica, os Correios inovaram em suas atividades, passando a

desempenhar também atividades de cunho privado, como transporte de encomendas para empresas privadas que comercializam seus produtos por meio da internet.

Nesse contexto, considerando que os Correios, enquanto empresa pública, desempenham atualmente diversos tipos de atividade econômica, faz-se necessário avaliar se todas elas se enquadram em atividade típica da administração, para que então se conclua se poderá ou não haver enquadramento no disposto no art. 327 do Código Penal em todos os casos para efeitos penais.

3. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT: ATIVIDADES EXERCIDAS

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT é, no Brasil, a empresa pública que executa o serviço postal, cuja competência para manutenção é da União, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal.

Art. 21. Compete à União:

(...)

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

Nesse contexto, os funcionários dos Correios, responsáveis pela execução de tal tarefa, quando praticam algum crime no desempenho de funções ligadas ao serviço postal executam atividade típica da Administração Pública. Consequentemente, nos exatos termos do art. 327 c/c ar. 312 do Código Penal, praticam crime de peculato se houver de subtração de bens no exercício de suas funções:

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Contudo, ao longo dos anos os Correios passaram a terceirizar parte de suas operações, bem como a atuar em outras frentes de negócio para incremento de sua atividade econômica. Assim, postos de trabalho passaram a ser ocupados por funcionários de empresas privadas que celebram contratos de terceirização, atualmente regulamentada pelo Decreto n.9507/2018.

Tal movimento de terceirização de atividades por parte dos Correios decorreu do dinamismo do mercado. Desse modo, a ampliação dos serviços prestados por esta empresa pública, para além das atividades típicas da Administração Pública, garante a sustentabilidade econômica da empresa frente à implementação de meios tecnológicos mais ágeis para envio de comunicações em detrimento da remessa postal.

Assim, frente ao progressivo crescimento das compras de objetos por meio da rede mundial de computadores e à necessidade de existência de mecanismos para a entrega dos produtos comercializados, os Correios passaram a ser contratados por empresas privadas que comercializam objetos pela internet para realizar o transporte dos produtos, e conseqüentemente potencializaram suas atividades com a entrega de encomendas.

Deve-se observar, contudo, que o incremento de uma atividade econômica por iniciativa da empresa, ainda que esta empresa seja pública, não implica em alteração legislativa sobre o que o pode ser compreendido como atividade típica da Administração Pública, o que obedece a parâmetros legais pré-estabelecidos. O transporte de bens adquiridos por consumidores de empresas privadas via internet não constitui serviço público, seja pela ausência de finalidade pública em tal função, seja pelo caráter exaustivo da lei ao definir quais as atividades que são exercidas pelo Poder Público em regime de monopólio.

No que toca ao serviço postal, executado pelo Poder Público sob o regime de monopólio e operacionalizado pelos Correios, a lei 6.538/78 enumera exaustivamente, em caráter taxativo, quais seriam tais atividades:

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada:

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

O dispositivo legal referido demonstra, portanto, que apenas o transporte de carta, cartão-postal ou correspondência agrupada são objeto de monopólio por parte dos Correios, configurando-se atividade típica da Administração Pública.

As demais atividades empresariais desempenhadas pelos Correios, voltadas para o incremento dos seus recursos, inclusive em concorrência com outras empresas privadas de logística, não configuram serviço público, diante da completa ausência de referência ao serviço no dispositivo legal que discrimina as atividades exclusivas do Poder Público.

Tanto é assim que o transporte de produtos comercializados por empresas privadas por meio da internet, e que tem como destinatários pessoas físicas ou jurídicas que realizam a compra em sites específicos da própria empresa vendedora, é atividade desempenhada em concorrência com outras empresas privadas de logística. O número destas empresas, inclusive, cresce a cada dia, acompanhando o crescimento vertiginoso do comércio eletrônico, sobretudo após a pandemia mundial provocada pelo novo coronavírus (COVID-19).

Segundo descreve Albuquerque (2022), o comércio on line em 2021 correspondeu a 58% da totalidade das vendas dos lojistas, como apontou pesquisa realizada pela Mundi Map e E-commerce Brasil. Por outro lado, Tristão (2021) aponta que a situação de pandemia gerada pelo novo coronavírus (COVID-19) gerou um aumento no comércio eletrônico e acelerou a transformação digital.

Os Correios, que acompanharam todo esse processo de migração do comércio para o meio digital, passaram a executar, mediante contratos celebrados com empresas privadas, o transporte de encomendas para as empresas que comercializam os produtos pela internet. Tal atividade, contudo, não se encontra abrangida pelas que são executadas pela Administração Pública sob o regime de monopólio. Conforme artigo 9º. da Lei 6.538/78, as atividades postais sujeitas a monopólio se restringem ao recebimento, transporte e entrega de cartas, cartões postais e correspondência agrupada, cujas definições também se encontram no art. 47 da Lei 6.538/78, sendo distintas do conceito de encomenda:

Art. 47 - Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

CARTA - objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

CARTÃO-POSTAL - objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

(...)

CORRESPONDÊNCIA AGRUPADA - reunião, em volume, de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.

(...)

ENCOMENDA - objeto com ou sem valor mercantil, para encaminhamento por via postal.

(...)

Importante registrar que, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 46, o Plenário do Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme ao artigo 42 da lei 6.538/78 (Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas), para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º do referido diploma legal.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas

espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (STF - ADPF: 46 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/08/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020)

Segundo o Plenário da Corte, cartas pessoais e comerciais, cartões-postais e correspondências agrupadas só podem ser transportados pelos Correios, sendo que os demais serviços de entrega de correspondências e encomendas estão sujeitas a livre concorrência no mercado. Tanto é assim que os transportadores não estão sujeitos a penalidade estabelecida no art. 42 de referida lei, justamente por não executarem atividade sujeita a monopólio da União.

Portanto, qualquer outro tipo de função que os Correios tenham incrementado em seu rol de tarefas, com o escopo de incrementar sua atividade econômica, não é abrangido pelo conceito de atividade típica da Administração Pública e, conseqüentemente, encontrar-se-á ausente o segundo elemento do tipo previsto no art. 327 do Código Penal

para que o agente de eventual crime praticado seja considerado funcionário público, qual seja, o desempenho de atividade típica da Administração.

4. SUBTRAÇÃO DE BENS PRATICADA PELO FUNCIONÁRIO DE EMPRESA TERCEIRIZADA CONTRATADA PELOS CORREIOS QUE ATUA NO TRANSPORTE DE ENCOMENDAS: PECULATO OU FURTO?

Ausente o enquadramento típico na segunda parte do disposto no art. 327 do Código Penal, há que se avaliar se funcionários de empresas terceirizadas que prestam serviços aos Correios, ao executarem atividade econômica não correlata à Administração Pública, podem ou não ser caracterizados como funcionários públicos equiparados na forma do § 1º, do art. 327 do Código Penal.

Quando se trata de funcionário de empresa terceirizada conveniada para prestação de serviços na área de transporte de encomendas que possuem valor comercial, tais como objetos adquiridos em *e-commerce* e transportados pelos Correios, pela ausência de previsão legal não se pode concluir que tais funcionários desempenham atividade típica da Administração Pública. O regime de monopólio sobre o exercício de tal função não existe, assim como tal transporte não está previsto no artigo 9º. da Lei 6.538/78 como aquele executado exclusivamente pela Administração Pública.

O interesse público sobre tal atividade não está presente. Pelo contrário, trata-se de uma atividade eminentemente privada, executada em concorrência com outras empresas de logística, cujo objetivo é a obtenção de lucro para a sustentabilidade econômica da empresa.

Sendo assim, os funcionários das empresas terceirizadas, contratadas pelos Correios para tal fim, não podem ser considerados funcionários públicos, seja pela inexistência de exercício de cargo ou função pública, seja pela natureza das funções que desempenham, no caso precipuamente privadas.

Ausente tal enquadramento, eventual subtração de encomendas com valor comercial relacionadas ao transporte, pelos Correios, de mercadorias adquiridas em *e-commerce* não é classificada como peculato, e sim como furto, por se tratar de subtração de bens no exercício de atividade que não é típica da Administração Pública.

Observa-se haver posicionamento dos Tribunais pátrios no sentido de diferenciar as condutas, como se verifica na seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por meio do qual restou firmada a prática do crime de furto por parte de motoristas de empresas terceirizadas que realizam o transporte de encomendas com valor comercial:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DE CARGAS DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. POSTERIOR COMERCIALIZAÇÃO DAS MERCADORIAS. GRUPO ORGANIZADO. CONFIGURAÇÃO DOS DELITOS DE FURTO QUALIFICADO (ART. 155, PARÁGRAFO 4º, I, II E IV, C/C ART. 71, CP), FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ART. 288, CP) E LAVAGEM DE BENS E VALORES (ART. 1º, PARÁGRAFO 2º, I E II, LEI 9.613/98). CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. DEMONSTRAÇÃO. - "A prerrogativa do Ministério Público de ter vista pessoal dos autos é conferida por lei, sendo certo que para os réus com advogados constituídos os prazos correm em cartório, cumprindo à defesa, no caso de não possuir recursos para extrair cópias do processo, como suscitado na impetração, manifestar-se em juízo, para que o magistrado responsável pelo feito possa adotar as providências cabíveis, o que não foi feito." (STJ, 5ª T., HC 201101025982, rel. Min. Jorge Mussi, DJE 22.5.2013). - Inocorrência de registro de recusa em se disponibilizar os autos. A demonstrar que o processo sempre esteve disponível, os patronos tiveram acesso integral aos autos, inclusive, para reprografia. Tanto que todos os profissionais tiveram condições de produzir peças bastante detalhadas, bem como impetrar vários habeas corpus perante esta Corte, ao longo da tramitação da ação penal. - Descabe cogitar-se da ocorrência de nulidade pelo uso de algemas durante a audiência, uma vez que ficou claro tratar-se de providência que se deu por motivo de segurança, não apenas por força do grande número de réus e pessoas presentes, mas, também, pela própria localização da vara federal, situada à beira de uma BR de grande movimentação, afora a precariedade das instalações. - Sentença que, também no mérito, não carece de quaisquer reparos, pois as teses recursais não logram desqualificar as provas contidas nos autos quanto a autoria e materialidade delitivas dos condenados. - Comprovação de efetiva supressão de mercadorias/encomendas da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) mediante furto de carga transportada por veículos a serviço dos Correios. Prática realizada ao menos desde janeiro de 2012, onerando a EBCT em R\$ 1.643.444,53. - Investigações iniciadas por auditoria da EBCT a partir da percepção do expressivo aumento na quantidade de objetos 'extraviados' destinados a Sergipe, especialmente dos objetos postados em São Paulo contendo aparelhos eletrônicos (tablets,

notebooks e aparelhos celulares). - Dinâmica dos ilícitos que contemplava as seguintes etapas: a) no percurso entre o Terminal de Cargas do Aeroporto Internacional de Salvador e o Centro de Distribuição dos Correios em Aracaju/SE, os motoristas paravam os caminhões na estrada, em locais previamente combinados com outros integrantes da organização, para possibilitar o extravio de mercadorias; b) Um dos réus abria o lacre do caminhão dos Correios, adentrava no baú e selecionava as mercadorias subtraídas; c) as embalagens dos produtos eram incineradas para eliminar vestígios; d) ato contínuo, os réus seguiam até ponto previamente acordado, no qual transferiam os produtos para um veículo de passeio; e) as mercadorias eram revendidas em lojas de propriedade dos integrantes do grupo criminoso. - Fatos comprovados a partir das investigações da auditoria interna dos Correios (fls. 03/04 do apenso I do IPL 308/2013) no período de 01/05/2013 a 30/06/2013, cuja conclusão apontou os motoristas terceirizados responsáveis pelo furto das mercadorias no trajeto Salvador-Aracaju. - Soma-se ao Relatório de Investigação dos Correios, as investigações da Polícia Federal que se sucederam nos dias 9, 10, e 11 de julho de 2013, quando houve a prisão em flagrante de integrantes do grupo. - Configuração do crime de furto qualificado, pois: a) houve rompimento de obstáculo, consistente nos mecanismos de segurança dos Correios, a exemplo dos lacres dos containeres, embalagens postais, etc.; b) praticou-se tal crime com abuso de confiança. Em que pese os motoristas sejam terceirizados, é dever de todo empregado agir com probidade; e c) houve o concurso de mais de duas pessoas. - Inocorrência de mera tentativa de furto, na medida em que foram detectadas 14 violações de carga, de modo que, mesmo em se pretendendo considerar que o último furto, motivador do flagrante, foi apenas tentado, há um número enorme de delitos atribuídos aos réus. - Delito de formação de quadrilha, hoje denominado de "associação criminosa", após alteração ocorrida no art. 288 do CP pela Lei nº 12.850/2013, que também resulta incontestável, diante do sofisticado procedimento adotado pelos recorrentes, que contemplava mais de três pessoas com a finalidade de cometer numerosos crimes, na precisa avaliação constante da sentença. - Aperfeiçoamento do crime de lavagem de dinheiro e bens (art. 1º, parágrafo 2º, I e II, da Lei nº 9.613/98, tendo em vista que, depois do furto, os bens eram vendidos, convertidos em pecúnia e

usados para compra de veículos, sendo, também, mantidos em depósito e negociados, como aconteceu na etapa posterior à prisão.

- Dosimetria da pena de furto que, para o fim de qualificação, tomou apenas o rompimento de obstáculo (art. 155, parágrafo 4º, inc. I, CP), enquanto as outras duas qualificadoras foram consideradas na fixação da pena-base, sendo descabido falar-se em dupla apreciação do concurso de pessoas. - Pena-base estabelecida em patamar superior ao mínimo mediante adequada fundamentação, na qual o il. Juízo levou em conta as circunstâncias e consequências da infração penal, conforme lhe autoriza o art. 59 do Código Penal. - Aplicação da majorante da continuidade delitiva (art. 71, CP) ao delito de furto, no patamar máximo (2/3), mercê da quantidade de condutas da mesma espécie praticadas pelos sentenciados, levando a um prejuízo de grande monta. - Improvimento de todos os apelos (TRF5, Acórdão 0000250-08.2013.4.05.8502. ACR - Apelação Criminal - 11590. Desembargador Federal Francisco Wildo. Primeira Turma. Data 11/06/2015. Data da publicação 16/06/2015. Fonte da publicação: DJE - Data::16/06/2015 - Página::61.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, mesmo tendo decidido pela prática do crime de peculato, consignou expressamente que a conclusão decorre do fato do empregado terceirizado, no caso concreto, desempenhar atividade típica da Administração Pública, com o contato direto com numerário pertencente à EBCT, o qual foi subtraído dos caixas:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. ARTIGO 312, §1º, DO CÓDIGO PENAL. PECULATO-FURTO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SUJEITO ATIVO ESPECIAL. FUNCIONÁRIO PÚBLICO POR EQUIPARAÇÃO. TIPICIDADE. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. 1. O fato de os funcionários da agência terem repostos temporariamente aos cofres públicos os valores furtados pelo réu que pertenciam à EBCT não exclui o interesse da União no presente feito nem afasta a competência da Justiça Federal. 2. O denunciado prestava serviço terceirizado à EBCT, exercendo atividades típicas da Administração Pública, restando caracterizada a figura de funcionário público por equiparação, nos termos do artigo 327, §1º, do Estatuto Repressivo. 3. Considerando a apropriação dos bens ocorreu em razão da facilidade proporcionada pela qualidade de funcionário público

equiparado - elemento normativo do crime de peculato -, o tipo que melhor se amolda aos fatos, em observância ao princípio da especialidade, é aquele previsto no artigo 312, §1º, do Código Penal, não merecendo amparo o pleito defensivo de desclassificação para o crime de furto simples. 4. Comprovadas a materialidade, a autoria e dolo do agente, deve ser mantida a condenação pela prática, por duas vezes, do crime do artigo 312, §1º, do Código Penal, na forma do artigo 71 do mesmo Diploma Legal. 5. Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos elencados no artigo 44 do Código Penal, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária. (TRF4, ACR 5001969-40.2011.4.04.7013, OITAVA TURMA, Relator VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, juntado aos autos em 09/01/2015)

Diferentemente ocorre, contudo, com as empresas terceirizadas contratadas exclusivamente para atuar em atividades relacionadas ao transporte de encomendas de terceiros, fruto de aquisição de bens pelo consumidor final, diretamente de empresas privadas, na rede mundial de computadores. Neste caso nenhum tipo de contato com a atividade fim dos Correios resta presente.

A principal consequência da distinção do tipo de atividade desempenhada pelo funcionário de empresa terceirizada que presta serviço para os Correios, na esfera penal, é a capitulação legal de eventual crime de subtração de bens por ele praticado. O crime de peculato, previsto no art. 312 do Código Penal, além de possuir pena mínima mais grave, ou seja, 02 (dois) anos de reclusão, não é alcançado por determinadas medidas despenalizadoras previstas na legislação brasileira.

O crime de furto, por sua vez, mesmo em sua forma consumada, possui pena mínima de 1 (um) ano de reclusão, sendo possível, por exemplo, a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Observa-se, contudo, nas decisões judiciais existentes, a ausência de maior aprofundamento acerca da expressão “atividade típica da Administração Pública”, elementar do art. 327 do Código Penal. Geralmente a conclusão dos julgados se dá pela existência da condição de funcionário público por equiparação a partir do exame do conteúdo probatório dos autos. Como aponta Scalcon (2019), a análise se dá caso a caso, o que evidencia a incapacidade de o Direito cumprir seu papel de orientação e conformação de condutas:

Outra expressão fundamental para a resolução do caso que, da mesma forma, nem sempre recebe a merecida atenção, é esta: “atividade típica da administração pública”. Aqui por vezes os Tribunais optam por se esquivar de *definir* o seu conteúdo máximo de sentido, averiguando, caso a caso, se a atividade seria, ou não, “típica da administração pública”. Isso gera problemas de diversas ordens. Fiquemos, por enquanto, com apenas um: a incapacidade de o Direito cumprir o seu papel de *orientação* e de *conformação* de condutas. Se ao cidadão é inviável identificar o comando da norma, porque não suficientemente aclarado pelos seus intérpretes, por que motivo se poderia dele exigir o seu adequado cumprimento?

Scalcon (2019) prossegue alertando para a complexidade da interpretação do conceito penal de funcionário público, que como demonstra está ainda hoje deficientemente definido.

Assim, nesse contexto de ausência de uma interpretação que estabeleça parâmetros mais bem delimitados sobre o conceito de funcionário público por equiparação por parte dos Tribunais, a demonstração de que o funcionário de empresa terceirizada não deve responder pelo crime de peculato, e sim pelo crime de furto, passa a depender ainda mais da reunião de um acervo probatório seguro que permita a delimitação das atividades por ele exercidas.

O contrato celebrado entre a empresa terceirizada empregadora e os Correios para identificação do objeto contratual e das atividades desempenhadas pelo executor das tarefas nas dependências da EBCT constitui prova documental importante para que se demonstre a ausência de correlação entre as tarefas executadas pelo empregado de empresa terceirizada e o profissional integrante dos quadros da EBCT, que exerce atividade típica da Administração Pública.

A identificação do local de trabalho, a colheita de testemunhos acerca das tarefas desenvolvidas, a separação de ambientes nos quais os terceirizados exercem suas atribuições, bem como os limites das funções estabelecidas podem corroborar a ausência de ligação com a atividade que os Correios exercem em regime de monopólio. Assim, eliminada a dúvida sobre tais circunstâncias, alcança-se uma instrução processual segura e que permitirá ao juiz, dentro do sistema acusatório brasileiro, proferir decisão mais próxima dos fatos sob análise.

Como destacam Ambos e Lima (2009, p. 53):

O processo acusatório visando pelo menos a uma “verdade” embasada na probabilidade e na convicção do juiz necessita, assim, da instrução probatória, para o fim de poder o juiz reconstruir e buscar na instrução criminal elementos sobre o fato concreto ocorrido, para depois sopesar a prova e chegar à decisão final. Elucidar-se-á, então, o *thema probandum*, que é a hipótese a ser verificada através da prova.

No mesmo sentido salienta Moraes (2022, p. 129):

O processo penal está destinado a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato, e as provas são os meios pelos quais será feita tal reconstrução: atividade recognitiva a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença.

De acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal, sendo o conceito “atividade típica da Administração Pública” elementar do art. 327 do Código Penal que, por sua vez, atrairá a configuração do tipo penal previsto no art. 312 do CPB, o ônus de tal prova competiria à acusação, que deve demonstrar a ocorrência do crime com todas as elementares a ele inerentes. Afinal, segundo leciona Mirabete (2003, p.475):

No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa cabe ao acusador a prova do fato típico (incluindo dolo e culpa) e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes, etc.); ao acusado cabe a prova das causas que excluem a antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, bem como as circunstâncias que impliquem diminuição da pena (atenuantes, causas de diminuição de pena etc.), ou concessão de benefícios penais.

Todavia, embora não desejável, é possível que a prova seja produzida com superficialidade pela acusação, bem como considerada suficiente pelo juiz para concluir pelo preenchimento da elementar do crime. Assim, não é recomendável que a defesa permaneça em uma postura passiva, sobremaneira quando tiver condições de apresentar provas que poderão descaracterizar eventual presunção que se queira levar aos autos de que a proximidade entre os trabalhadores terceirizados e funcionários dos Correios demonstraria por si só o exercício das mesmas funções.

Como registra Nucci (2005, p. 352), “a meta da parte, no processo penal, portanto, é convencer o magistrado, através do raciocínio, de que a sua noção da realidade é a correta, insto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição”.

De qualquer forma, não se pode olvidar que o princípio constitucional da presunção de inocência exige a correta distribuição do ônus da prova, não podendo ser transferida à defesa o ônus de demonstrar que a atividade desempenhada não era típica da administração. Como leciona

Oliveira (2008, p. 287), "o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas".

O fato é que, sendo a jurisprudência sobre o tema ainda escassa e não conclusiva sobre a interpretação a ser dada ao conceito de atividade típica da Administração Pública, a ampla instrução dos processos judiciais na origem, para reunião de acervo probatório apto a corroborar a existência de uma ou outra hipótese legal, é a alternativa existente para que a questão seja levada aos Tribunais em condições mais propícias para que as Cortes Superiores possam apresentar um entendimento mais consolidado e aprofundado sobre o tema.

Certo é que a própria legislação já oferece os parâmetros para tal interpretação, permitindo a conclusão de que não são todos os casos que os empregados terceirizados de empresas privadas conveniadas ou contratadas pelos Correios respondem pelo crime de peculato na condição de funcionário público por equiparação. Assim, a ausência de maior aprofundamento na jurisprudência não deve implicar no desvirtuamento do conceito de atividade típica da Administração Pública, a qual deve estar pautada na finalidade pública, dissociada, portanto, de interesses meramente econômicos.

As atividades exercidas pelos Correios que não estão listadas no art. 9º. da lei 6.538/98, portanto, não consistem em atividades típicas da Administração Pública. Trata-se de atividade econômica privada desempenhada pelos Correios, inclusive em concorrência com outras empresas privadas congêneres, de modo que o exercício de tais funções os empregados de empresas terceirizadas dos Correios não podem ser equiparados a funcionários públicos para efeitos penais.

5. CONCLUSÃO

Com exceção do transporte de carta, cartão postal ou correspondência agrupada, a conduta de subtração de bens no exercício de suas funções, praticada por funcionários de empresas terceirizadas contratadas ou conveniadas para o exercício das demais atividades econômicas desempenhadas pelos Correios, como, por exemplo, transporte de encomendas, não pode ser tratada como peculato.

Isso porque falta a adequação típica ao estabelecido na parte final do §1º do art. 327 do Código Penal, qual seja, desempenho de atividade típica da Administração Pública.

Consequentemente, eventual subtração de bens praticada pelo funcionário de empresa terceirizada que preste serviço para os Correios e desempenhe atividades relacionadas ao transporte de encomendas devem ser classificadas como furto, e não como peculato.

A correta adequação típica obedece ao princípio da legalidade, assim como acarreta em consequências processuais importantes, como por exemplo a possibilidade de aplicação do disposto no art. 89 da lei 9.099/95, para que haja o oferecimento da suspensão condicional do

processo. Tal diferenciação deve ser observada no caso concreto sob pena de violação a direitos e garantias fundamentais do indivíduo que está sendo processado.

6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Karol. **E-commerce deve crescer 56% no Brasil até 2024**. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/04/18/pro/e-commerce-crescer-54-brasil-2024/>. Acesso em: 17.jul.2022.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25.jun.2022.

_____. **Lei nº 6.358, de 22 de juho de 1978**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6538.htm. Acesso em: 22.fev.2022.

_____. **Decreto nº 9.507, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9507.htm. Acesso em: 17.jul.2022.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **Guia prático de defesa penal de pessoas em situação e vulnerabilidade perante a Justiça Federal**. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015.

SCALCON, Raquel Lima. **A insuficiente definição do conceito penal de funcionário público no direito brasileiro**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/a-insuficiente-definicao-do-conceito-penal-de-funcionario-publico-no-direito-brasileiro-24042019#sdfootnote6sym>. Acesso em: 17.jul.2022.

TRISTÃO, Thiago. **O impulso do mercado de e-commerce no Brasil diante da crise**. Disponível em: <https://www.mdsgroup.com.br/br/blog/o-impulso-do-mercado-de-e-commerce-no-brasil-diante-a-crise/>. Acesso em: 17.jul.2022.

LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITO À INTIMIDADE

LETICIA BIASI COSTA MORAES:

Estudante do curso de direito campus Fernandópolis, atualmente estagiária do Oficial de Registro Civil e Tabelionato de Notas de Paranapuã

ALEX LOPES APPOLONI

(orientador)

RESUMO: O tema do presente artigo foi a liberdade de imprensa e o direito à intimidade, verificando os aspectos conflitantes desses preceitos. A metodologia empregada para a realização do trabalho foi a revisão bibliográfica em livros e artigos científicos, caracterizando-se como um estudo de caráter qualitativo. O objetivo do trabalho foi identificar as colisões inerentes à liberdade de imprensa e de expressão com os direitos à intimidade e à vida privada, inscritos no rol dos direitos da personalidade. Foram conceituados os direitos da personalidade e contextualizado o exercício do direito à intimidade diante da evolução tecnológica, além de terem sido analisados os conflitos existentes quanto ao exercício da liberdade de expressão e de imprensa. Constatou-se a influência dos discursos de ódio e o papel da mídia na veiculação desse conteúdo. Pode-se afirmar que a honra, a dignidade humana e os direitos à privacidade e à intimidade não são opostos ao livre exercício do direito de imprensa ou de expressão. Porém, é imprescindível a consideração dos limites impostos ao exercício das liberdades. O direito à liberdade de imprensa distingue o interesse público das intenções meramente destrutivas, o que indica que os atos de se proferirem ofensas e difamações ou de se disseminar o ódio não integram o rol das ações que se relacionam à imprensa, sequer ao direito ao seu pleno exercício.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão. Intimidade. Privacidade. Liberdade de Expressão.

ABSTRACT: The theme of this article was the freedom of the press and the right to privacy, verifying the conflicting aspects of these precepts. The methodology used to carry out the work was the literature review in books and scientific articles, characterizing itself as a qualitative study. The objective of the work was to identify the collisions inherent to the freedom of the press and of expression with the rights to intimacy and private life, inscribed in the list of personality rights. Personality rights were conceptualized and the exercise of the right to privacy was contextualized in the face of technological evolution, in addition to analyzing the existing conflicts regarding the exercise of freedom of expression and of

the press. The influence of hate speeches and the role of the media in the dissemination of this content were verified. It can be said that honor, human dignity and the rights to privacy and intimacy are not opposed to the free exercise of the right of press or expression. However, it is essential to consider the limits imposed on the exercise of freedoms. The right to freedom of the press distinguishes the public interest from merely destructive intentions, which indicates that the acts of proffering offenses and defamation or spreading hatred are not part of the list of actions that relate to the press, not even the right to its full exercise.

KEYWORDS: Freedom of Expression. Intimacy. Privacy. Freedom of expression.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 1.2 O DIREITO À INTIMIDADE NO CENÁRIO DE EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA. 2. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM CONFLITO COM O DIREITO À INTIMIDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a liberdade de imprensa e o direito à intimidade, considerando as diversas situações do cotidiano nas quais ocorrem conflitos relacionados à compreensão e ao pleno exercício desses direitos e liberdades.

A liberdade de imprensa no Brasil passou por períodos críticos nos diversos momentos históricos nos quais as limitações e vedações eram determinadas por governos que não tinham qualquer interesse no livre exercício da atividade da imprensa. Destaca-se que o conjunto de medidas inerentes ao Golpe Militar de 1964 trouxe impactos à atividade da imprensa no Brasil, com a implantação de um rígido controle do que seria veiculado.

Todavia, o fim da ditadura e principalmente a afirmação do Estado Democrático de Direito determinado pela Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças significativas nesse contexto, buscando eliminar os aspectos que levavam à censura e às limitações à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa.

Verifica-se, no entanto, que o cenário de mudanças sociais, principalmente como o desenvolvimento tecnológico e no que diz respeito à comunicação, trouxe implicações significativas para a sociedade e entre elas situa-se a maior vulnerabilidade quanto à violação dos elementos intrínsecos à intimidade e à vida privada. O sigilo e a proteção à privacidade, de modo geral, tornaram-se componentes de difícil obtenção e diante da criação e constante aprimoramento das redes sociais, aumentou-se a celeridade da comunicação e da disponibilização de dados e informações a um número muito grande de pessoas.

As implicações dessa fragilidade são observadas não apenas no que se refere às ofensas, difamações e informações prejudiciais a pessoas ou pequenos grupos, mas inclui a disseminação de discursos de ódio, sob o signo da liberdade de imprensa, trazendo consequências de difícil mensuração. Diante dessas considerações, tem-se como pergunta a ser respondida: em que sentido, no Brasil, as normas e princípios contribuem para que ocorra a colisão entre as liberdades de imprensa e de expressão com os direitos à intimidade e à vida privada?

O objetivo geral do presente trabalho foi identificar as colisões inerentes à liberdade de imprensa e de expressão com os direitos à intimidade e à vida privada, inscritos no rol dos direitos da personalidade. Os objetivos específicos foram conceituar os direitos da personalidade, contextualizar o exercício do direito à intimidade no cenário de evolução tecnológica das comunicações e analisar os conflitos existentes quanto ao exercício da liberdade de expressão e de imprensa, destacando a influência dos discursos de ódio e o papel da mídia na veiculação desse conteúdo.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi a revisão bibliográfica, de caráter qualitativo, em livros e artigos científicos. Os critérios de inclusão foram a pertinência ao tema abordado, aferida diante da leitura dos títulos e resumos dos artigos, bem como dos sumários dos livros, além da cientificidade dos trabalhos. Os critérios de exclusão vedaram a utilização de trabalhos publicados parcialmente e dos estudos bibliométricos.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e com relação às suas projeções na sociedade, definidos pelo ordenamento jurídico no sentido de defender de valores inatos no homem, mormente a vida, a integridade física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e diversos outros. (BITTAR, 2015). Desse modo, tais direitos mostram-se como elementos imprescindíveis ao exercício das atividades cotidianas do indivíduo, sejam elas familiares, pessoais ou profissionais.

Os direitos da personalidade são indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa e à proteção da integridade da personalidade, representada pela projeção exterior dos atributos da pessoa. (BENTIVEGNA, 2020, p. 10). O desenvolvimento da pessoa envolve, portanto, a estrita atenção aos direitos de personalidade e aos direitos fundamentais.

As situações jurídicas indispensáveis à realização, à convivência e até mesmo à sobrevivência da pessoa humana dependem da consideração dos direitos fundamentais. Esses direitos devem ser reconhecidos formalmente, sendo concreta e meramente efetivados, sendo imprescritíveis, invioláveis, universais e irrenunciáveis (SILVA, 2011).

Conforme Bittar (2015), entre os direitos de personalidade de ordem física, o direito à vida é o principal deles, sendo esta o bem maior nas esferas natural e jurídica. O direito à vida é essencial para que os demais direitos possam se efetivar.

O ordenamento jurídico considera também os direitos psíquicos, situados no conjunto dos direitos da personalidade, conferindo a proteção, nos pontos considerados essenciais à personalidade humana, como a locomoção, o pensamento e sua expressão, o culto, a comunicação em geral e outros, inclusive em nível internacional, nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos (BITTAR, 2015).

De modo geral, os direitos da personalidade podem ser analisados sob o prisma dos direitos humanos e, nesse sentido, Alvarenga (2017) considera que estes representam o piso mínimo necessário à garantia da dignidade humana em sua existência na sociedade, definido pela ordem internacional a todas as nações.

A positivação ou não dos direitos demonstra ser a diferença essencial entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos humanos possuem uma abrangência maior e se tornam exigências éticas que exigem positivação em cada nação, ainda que sua vigência não dependa da positivação. A Declaração Universal de 1948 reconhece os Direitos Humanos, mas eles se encontram intrínsecos também aos costumes, aos tratados internacionais e aos princípios jurídicos. Especificamente tratando dos direitos fundamentais, estes são positivados especificamente em cada ordenamento jurídico (ALVARENGA, 2017). Nesse contexto situa-se o direito à intimidade, que carece de discussão sob o prisma das mudanças significativas no campo da tecnologia, responsáveis por mudanças importantes no âmbito das relações humanas.

1.2 O DIREITO À INTIMIDADE NO CENÁRIO DE EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

A Constituição Federal determina a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (BRASIL, 1988). A partir desta consideração, importa compreender que os conceitos de intimidade, privacidade e honra.

Schreiber (2014) considera a distinção entre a honra objetiva, que é a reputação de que a pessoa goza no meio social; e a honra subjetiva, que diz respeito ao sentimento que a própria pessoa ostenta em relação à sua integridade moral. Quanto à intimidade, observa-se que esta se refere ao direito que cada sujeito tem de preservar sua individualidade e de estar só, assim permanecendo se desejar, bem como de ter suas particularidades íntimas, sem o intermédio de outras pessoas.

Segundo o Código Civil Brasileiro, "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou

fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002). É importante nesse contexto a observação de que:

[...] não há ofensa à privacidade, isto é, quer à intimidade, quer à vida privada, se o fato divulgado, sobretudo por meios de comunicação de massa, já ingressou no domínio público, pode ser conhecido por outra forma regular de obtenção de informação ou se a divulgação limita-se a reproduzir informação antes difundida. Nesse caso, não se cogita de lesão à privacidade nem tampouco ao direito de imagem (BARROSO, 2004, p. 14).

A intimidade é variável conforme cada pessoa, dependendo, inclusive, da cultura que deu origem à formação da personalidade e dos locais onde ela convive. O direito à vida privada diz respeito ao ambiente familiar e aos aspectos que não são de conhecimento público (LEITE, 2021).

O direito à intimidade incorpora o direito ao segredo, que representa um aspecto particular do direito à intimidade. Desse modo, o direito ao sigilo diz respeito a fatos específicos que não devem ser divulgados por razões profissionais, comerciais ou pessoais. Desse modo, compreende-se que o direito ao sigilo é uma subdivisão do direito à privacidade e que integra, entre outros, o sigilo das correspondências e da comunicação telefônica. A violação de segredo profissional e a divulgação de segredos são lesões intrínsecas à omissão quanto ao direito à intimidade ou ao sigilo (HIRATA, 2017).

Verifica-se que a violação à privacidade pode ter como resultando a violação de outros direitos fundamentais, como a liberdade de pensamento, a liberdade religiosa e a liberdade sexual, entre outros (SCHREIBER, 2014). Assim, passa-se a observar que a proteção à privacidade e à intimidade em geral é essencial para que ocorra a materialização e a efetividade da proteção aos demais direitos fundamentais.

Conforme Schreiber (2014), a intimidade e a proteção a vida privada num cenário de contínua troca de informações devem superar o objetivo antes preconizado, que se restringia à proteção da vida íntima. Desse modo, é necessária a proteção aos dados pessoais, considerando que a intromissão na intimidade doméstica com uso de dados fornecidos ou coletados pode trazer prejuízos significativos à pessoa.

No bojo dos preceitos jurídicos que buscam resguardar o direito à intimidade e à vida privada no cenário de desenvolvimento tecnológico situa-se a Lei nº 12.965/2014, definida como Marco Civil da Internet. Conforme Beatriz (2014), a mesma indica a atenção aos aspectos que se relacionam tanto ao direito à privacidade, o respeito à honra, à

intimidade e à vida privada, quanto a liberdade de expressão. O Marco Civil da Internet inclui dispositivos que defendem a liberdade de expressão dos usuários da internet.

Outro preceito nesse sentido é a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018). A LGPD indica também o conceito de dados sensíveis.

Os dados sensíveis se relacionam à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou à organização de caráter religioso, filosófico ou político dos titulares de tais dados e informações (BRASIL, 2018). Outros preceitos foram também criados no sentido de se garantir a efetividade do cumprimento dos direitos da personalidade, como a tipificação do crime de perseguição.

A perseguição passou a ser caracterizada como crime a partir da Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021. Esta lei acrescentou o artigo 147-A ao Código Penal e revogou o artigo 65 da Lei das Contravenções Penais. A lei define que a perseguição se caracteriza diante da prática de:

Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade (BRASIL, 2021).

A caracterização da perseguição exige uma adequada contextualização, mostrando-se inviável sua caracterização diante de um comportamento único, diante de sua condição intimidatória (MATOS et al., 2011). Desse modo, considera-se que a perseguição é uma das expressões da violência, principalmente manifestada pela possibilidade de resultar em dano psíquico.

A perseguição, ou o *stalking*, representa a prática persistente de assédio, por meio de formas diferentes de comunicação, monitorização, vigilância e contato com o indivíduo (BOEN; LOPES, 2019). A partir dessa definição, é possível situar a perseguição como uma das formas como o indivíduo pode ser prejudicado por diversos meios, inclusive diante da disseminação de comunicações a seu respeito que, de algum modo, possam resultar em danos morais, psicológicos, físicos ou patrimoniais.

Chauí (2017) afirma que a violência é objeto de investigação e preocupação de várias áreas do conhecimento e que pesquisas de diferentes épocas indicaram conceitos variados

a respeito da violência. Trata-se de um tema que sempre é discutido, já que a violência é reconhecida na sociedade e nas relações interpessoais.

O objeto jurídico prejudicado no crime de *stalking* é a tranquilidade pessoal e a liberdade individual. No entanto, a complexidade surge a partir da afirmação de que não basta a conduta reiterada, mas por tratar-se de um tipo penal aberto, será necessária a valoração interpretativa para que se possa definir de forma subjetiva os meios e as formas de perseguição que irão trazer a configuração requerida pelo dispositivo legal (GARCEZ, 2021). Nesse contexto, verifica-se que os prejuízos à intimidade e aos direitos de personalidade em geral podem ocorrer a partir de diversas situações que possam ser caracterizadas como afrontas ao direito fundamental à vida privada.

A tecnologia no que se refere às comunicações fez com que, diante de seu desenvolvimento significativo, fosse aumentada a vulnerabilidade das pessoas e grupos, com a exposição tornando-se até mesmo um componente natural, como pode ser verificado quando se trata das redes sociais. Segundo Gonçalves (2011), em épocas onde a superexposição é algo comumente verificado, confere-se importância maior à atenção, à notoriedade e à popularidade conquistadas diante de um novo público. Essa situação ocorre mesmo ante o desconhecimento acerca da totalidade do público que faz parte da rede social da qual se faz parte, sendo este fato considerado como secundário.

A inobservância da vontade do indivíduo em divulgar informações e dados a respeito de sua intimidade, mesmo em um cenário de exposição exagerada como o que se define hodiernamente, é definida como lesão ao direito à intimidade e à vida privada.

Um exemplo é o caso dos artistas, que fazem da veiculação de suas vidas um importante mecanismo de reconhecimento do trabalho que desempenham. Ocorre que estes escolhem, de acordo com seu íntimo, o que veiculam nas redes sociais. Porém, existe a prática da perseguição, na qual um fã monitora fielmente o conteúdo das publicações, postando mensagens [...].O consequente ignorar da vítima provoca outras mensagens, agora pejorativas, cujo conteúdo ameaça-lhe a integridade psicológica ou física. Por vezes o agente até cria histórias e as veicula nas redes sociais (MACHADO; MOMBACH, 2016, p. 221).

De modo geral, a perseguição pode ocorrer de diferentes formas, sendo que um dos meios mais disseminados é a utilização da internet, com a veiculação nas redes sociais ou mesmo em outros formatos de divulgação como blogs e canais de vídeos. Nesse aspecto, importa compreender que as redes sociais e as demais ferramentas da internet, além dos meios de imprensa escrita, da TV e do rádio, compõem o cenário também

utilizado para a perseguição e para a violação de direitos da personalidade, o que resulta na necessária discussão acerca da liberdade de imprensa e seu conflito com o direito à intimidade e à vida privada. Observa-se que se apresentam:

[...] ao lado da própria garantia constitucional da liberdade de expressão, demais princípios já conhecidos e difundidos pelos mais variados sistemas democráticos ao longo da história como igualdade e legalidade, além de outros como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (TRAVASSOS, 2013. p. 282)

Assim, é imprescindível que ocorra a coexistência dos princípios de forma a proporcionar a harmonia social. Essa, todavia, é uma condição de difícil obtenção diante das questões controversas existentes no contexto do direito, principalmente quando se opõem a liberdade de imprensa e a intimidade.

2 A LIBERDADE DE IMPRENSA EM CONFLITO COM O DIREITO À INTIMIDADE

A liberdade de imprensa é definida como uma condição na qual se encontra inserida a liberdade de opinião, consistindo na prerrogativa de que a pessoa adote a postura intelectual que achar mais apropriada e, sendo da sua vontade, realizar a exteriorização dessa opinião pelo meio que melhor lhe aprouver, servindo-se dos meios de comunicação, das ciências, das artes, das religiões e das pesquisas científicas, observando a liberdade de informação em geral (NAPOLITANO, 2015).

Observa-se que o princípio fundamental de liberdade deve estar sempre acompanhado do princípio da diferença e que as diversas diferenças são perfeitamente aceitas, havendo, porém, no princípio da diferença, o mínimo de condições necessárias a possibilitar o próprio princípio da liberdade (TRAVASSOS, 2013). A liberdade citada, que inclui a liberdade de expressão e de imprensa, apresenta-se como objeto de discussão em diversos meios da sociedade, principalmente quando se mostra conflitante com outros preceitos legais.

Importa compreender que o direito à liberdade de expressão representa a garantia até mesmo de que a pessoa, se desejar, não expresse a sua opinião (NAPOLITANO, 2015). A respeito da liberdade de imprensa como meio de oposição explícita a toda a forma de censura, pode-se considerar o conteúdo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451, proposta junto ao Supremo Tribunal Federal pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, buscando o reconhecimento da inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45 da Lei eleitoral, Lei 9.504/97.

Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. [...] Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos do Estado (BRASIL, 2010, p. 1-5).

Tais considerações, ainda que objetivas e de fácil compreensão no sentido de se compreender o conceito de liberdade de imprensa, não reduzem a complexidade da abordagem a respeito da oposição entre direito de imprensa e direito à privacidade. No entanto, Napolitano (2015) favorece tal entendimento ao afirmar que para a corte brasileira, os direitos da intimidade e privacidade são exemplos de direitos que podem ser exercidos somente após o dano efetivamente causado.

Gadelho Júnior (2015) considera a existência de um erro na afirmação de que a censura se traduz em instrumento de coerção da liberdade de informação e de imprensa, exclusivo dos regimes estatais totalitários, a fim de impedir a propagação de ideias que lhe sejam desfavoráveis. Antes, pelo contrário, também é figura comum nos regimes democráticos, ainda que de forma dissimulada e quase imperceptível, em que se propugna, muitas vezes, a ausência total de mediação do Estado na materialização dos direitos fundamentais.

Oliveira e Motta (2014) afirmam que os direitos de liberdade de expressão, de manifestação e informação estão garantidos no art. 5º como direitos e garantias constitucionais, sustentáculos do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República do Brasil indica que a liberdade de expressão, manifestação e informação são os fundamentos do Estado Democrático de Direito e que por isso são expressos na Carta Magna.

Conforme Castro (2002), a liberdade de imprensa não deve ser limitada, a não ser na medida estritamente necessária para a salvaguarda do direito alheio ou para proteção de outros bens jurídicos cuja garantia requeira essa limitação de modo inescusável.

Faz-se importante a compreensão da diferença entre a liberdade de expressão e a liberdade de informação, que se refere à exigência de veracidade e imparcialidade da informação, enquanto a liberdade de expressão expressa a ideia ou opinião, não precisando guardar fidelidade ao que foi noticiado (GADELHO JÚNIOR, 2015). Assim, a expressão não possui como exigência a atenção ao que é verídico, ainda que seja imprescindível sua limitação, por exemplo, com o cuidado de que sua prática não venha se constituir como ofensa ou outros danos.

O fundamento da concepção de liberdade de expressão e de imprensa no Brasil situa-se no entendimento firmado nos Estados Unidos. Nesse aspecto, o escopo principal da liberdade de expressão é de impedir as restrições prévias à publicação, sem, contudo, obstar a punição subsequente que possa ser considerada contrária ao bem-estar público. Destaca-se que a livre circulação das manifestações é a única maneira de se alcançar a verdade, observando que a proteção não se estende à obscenidade e às ações particulares de compensação por calúnia e difamação (GADELHO JÚNIOR, 2015).

Observa-se a colisão dos preceitos constitucionais inerentes à liberdade de expressão com aqueles que representam a proteção à intimidade, à vida privada e à honra. Um componente que trouxe ainda maior complexidade a esse entendimento trata-se do que se denominam discursos de ódio, que é o exercício da liberdade de expressão para insultar pessoas ou grupos de pessoas, propagando o ódio baseado em motivos como raça, religião, cor, origem, gênero, orientação sexual e outros (BENTIVEGNA, 2020).

A situação merece ainda maior atenção quando o interlocutor ou o veículo utilizado pelo interlocutor para o hate speech revestir-se de contornos de mídia ou mesmo imprensa (falada ou escrita). O alcance de tais declarações ou opiniões será absolutamente extenso, e isso poderá interferir, diretamente, na aferição da melhor forma de solucionar o conflito entre os direitos em colisão e/ou identificar os prejuízos causados a determinado grupo ou pessoa (TRAVASSOS, 2013, p. 284).

O racismo, a xenofobia, a homofobia e o antissemitismo são fenômenos modernos e contemporâneos que constituem, na verdade, variantes do discurso de ódio. O discurso de ódio pode ser compreendido, de modo resumido, como a expressão cujo conteúdo ofende a honra ou a imagem de grupos sociais, especialmente minorias, ou prega a discriminação contra os integrantes desses grupos (BENTIVEGNA, 2020). A realidade de colisão entre liberdade de expressão e os direitos da personalidade se apresenta também nos Estados Unidos.

[...] onde a garantia da liberdade de expressão tem contornos alargados numa proporção não encontrada em qualquer outro sistema jurídico, desenvolveu-se a teoria da vedação do "discurso de ódio" (hate speech), como um limitador dessa liberdade pública, de forma a evitar a propagação de ideias segregacionistas e que gerem convulsões sociais e animosidade no seio da sociedade (BENTIVEGNA, 2020. p. 241).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos observa a liberdade de expressão como um dos componentes da democracia, apresentando julgados contrários à restrição ao direito citado. Falsarella (2012) traz como exemplo o caso Gomes Lund e outros, relacionado aos desaparecidos na Guerrilha do Araguaia e que envolve o direito à liberdade de expressão em seu aspecto da busca de informações. A solução ocorreu com a determinação de fosse apresentada toda a informação relativa às operações militares relacionadas à Guerrilha do Araguaia.

Dentre as violações apontadas na petição inicial, alegou-se a ofensa ao artigo 13 da Convenção Americana, decorrente de restrições indevidas ao direito de acesso à informação. Tal direito é também consagrado no ordenamento interno, mais especificamente no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. [...] Em sua defesa, contudo, o Brasil em nenhum momento alegou estar caracterizada qualquer hipótese de restrição ao direito à liberdade de expressão (FALSARELLA, 2012, p. 166-167).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos conclui, portanto, que ocorreu, por parte do Brasil, a violação ao direito de liberdade de expressão (FALSARELLA, 2012). No entanto, a liberdade de expressão e a proteção à honra, à intimidade e à privacidade integram um conjunto de conceitos que, na prática, resultam em conflitos, principalmente diante das mudanças sociais e de fatores como a disseminação de discursos de ódio.

No Brasil tem-se observado o aumento das variantes de discursos de ódio, sob o argumento de uso da liberdade de expressão. Entretanto, é essencial que se compreenda em que aspectos se apresentam estes discursos. De acordo com Bentivegna (2020), a discordância ou argumentação contrária às políticas de cotas ou discriminações afirmativas; o fato de se discordar da possibilidade de casamento homoafetivo ou a afirmação de uma determinada crença como único caminho de salvação não são discursos de ódio. Não pratica discurso de ódio o pastor de uma seita que afirme, por exemplo, que quem não vive segundo os cânones da bíblia está sujeito à danação eterna, ou ainda que afirme ser pecado viver maritalmente com alguém do mesmo sexo.

Estas afirmações, mesmo que sejam contra alguns comportamentos, não carregam em si a ilicitude do discurso de ódio, mas a insensatez e o mau gosto da tentativa de imposição ao público uma regra moral de adesão voluntária e restrita àquele grupo a que pertence o emissor da mensagem. A mesma proteção da liberdade de expressão não terá o mesmo pregador que, porventura, "venha a chutar a imagem de santa de devoção de outro grupo religioso" (BENTIVEGNA, 2020, p. 15). Diante dessas considerações, verifica-se, por exemplo, que:

O discurso de ódio, [...] não é tolerado. O STF assentou que incitar a discriminação racial, por meio de ideias antissemitas, 'que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu', constitui crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão, já que nesta não se inclui a promoção do racismo. Devem prevalecer, ensinou o STF, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica (MENDES; BRANCO, 2016).

A mídia apresenta-se como uma das formas de veiculação dos discursos de ódio (TRAVASSOS, 2013). Podem ser apontados diversos exemplos recentes nesse sentido, principalmente envolvendo componentes como o neonazismo e o racismo de modo geral, entre outros. Evidencia-se, no entanto, que:

[...] não existe conflito algum entre a proteção da vida privada da pessoa e a liberdade de manifestação do pensamento e em especial, em relação à liberdade da imprensa, uma vez que a manifestação do pensamento deve ficar contida dentro das limitações da função da imprensa. O problema está em se buscar a limitação de ambos os direitos, ou seja, até que ponto pode-se usar do direito da livre manifestação do pensamento e da liberdade de informação sem constituir-se em um atentado à vida privada alheia (HIRATA, 2017, p. 11).

A observação acerca da efetividade de exercício da liberdade de imprensa tem como importante subsídio a compreensão a respeito das atribuições da mesma. Conforme Hubner (2010), a essência do jornalismo é o princípio filosófico da busca pela verdade, servindo-se inclusive do ceticismo e da tendência a não considerar os assuntos como esgotados. A objetividade e a função eminentemente de informação fazem parte das atribuições da imprensa, aproximando-se da imparcialidade e da indicação de problemas e possíveis soluções, além de perspectivas diversas e até mesmo esperança.

O papel do intérprete deve ser de resolver os conflitos entre os direitos com a avaliação dos interesses em colisão ou tensão, com a definição de uma relação entre os direitos, fundamentando-se no caso concreto e usando como critério de interpretação fundamental a ausência ou a presença do interesse público na publicação da notícia (MATOS, 2010).

Verifica-se a importância conferida ao direito à privacidade nas últimas décadas, bem como as reivindicações inerentes à liberdade de expressão e liberdade de imprensa. Pode-se, no entanto, considerar que os conflitos entre as concepções a respeito da abrangência e dos limites inerentes à liberdade de expressão, em oposição ao direito à intimidade, ainda distam de um consenso.

Bentivegna (2020) afirma que as restrições do alcance da liberdade de expressão são próprias, inerentes à sua natureza. Assim, elas não se configuram como restrição externa, mas interna. Por exemplo, a difamação coletiva não proporciona conflito apenas mostra-se como uma questão não inserida do contexto da proteção da liberdade de expressão. O discurso de ódio e o racismo são exemplos de limites impostos à liberdade de expressão.

Pode-se considerar que o juízo de ponderação ou harmonização é o caminho adequado no sentido de se dirimirem os conflitos entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. O princípio essencial a ser observado refere-se a exigência de que se garanta a adequada formação da opinião pública, o máximo possível, sem que sejam prejudicados ou que ocorram restrições aos direitos de personalidade. Uma afirmação essencial é o fato de que deve prevalecer o interesse público pela informação, e não o interesse do público, que pode ser apenas indiscrição ou curiosidade, isentos de valor jornalístico (MATOS, 2010).

Barroso (2004) considera que a oposição entre os direitos à honra, à intimidade e à vida privada e a liberdade de imprensa requer a ponderação, diante da necessidade de se identificar a solução adequada em um caso concreto no qual se enseja a aplicação de normas de mesma hierarquia e que indicam soluções diferenciadas. Os princípios são passíveis de aplicação com maior ou menor intensidade, conforme as circunstâncias jurídicas ou fáticas, não comprometendo sua validade.

4 CONCLUSÃO

A disseminação das redes sociais e a veiculação de diversos tipos de conteúdos, como exemplo dos registros outrora exclusivamente jornalísticos, tornaram inviável a análise do trabalho profissional dos veículos formalmente registrados no campo da imprensa sem se considerar a utilização dos meios virtuais. Desse modo, ferramentas de divulgação surgidas com o desenvolvimento da internet passaram a fazer parte do dia a dia não apenas dos influenciadores, mas também de grandes veículos de imprensa.

Nesse contexto, passa-se a observar que o direito à liberdade de expressão, dentro de seus limites, evidencia-se como uma necessidade do Estado Democrático de Direito, compreendendo, principalmente, que essa liberdade não deve efetivar-se em prejuízo da

efetividade de outros direitos, princípios e valores que são resguardados constitucionalmente. Assim, discursos de ódio, ofensas, difamações e outros tipos de lesões aos direitos da personalidade distinguem-se do ideário de liberdade de expressão, já que são situações que resultam em prejuízos de diferentes tipos.

A honra, a dignidade humana e os direitos à privacidade e à intimidade não se opõem, portanto, ao livre exercício do direito de imprensa ou de expressão. Todavia, como todos os demais direitos, há que se observar os limites impostos que, de modo genérico, situam-se na liberdade que é exercida em respeito ao direito de outrem. As ofensas e difamações, além da disseminação do ódio, entre outras práticas que ocorrem ao arripio dos direitos da personalidade, não integram o rol das ações que se relacionam à atividade de imprensa, não sendo, portanto, abrangidas pelo direito ao seu pleno exercício.

Sugere-se a realização de novos trabalhos a respeito do tema, considerando sua importância social e acadêmica, bem como a escassez de pesquisas sobre o assunto, inversamente proporcional à sua relevância. A pouca quantidade de trabalhos que abordam o assunto, inclusive, representou uma limitação à pesquisa, ainda que não tenha sido óbice para atenção à resposta à problemática e atenção aos objetivos propostos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, A. G. C. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua concretização judicial. Portal do Tribunal Regional do Trabalho. Rio de Janeiro. 2003. Disponível em: https://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe&groupId=10136. Acesso em 11 mar. 2022.

BARROSO, L. R. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Rev. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan.-mar. 2004.

BEATRIZ, C. Os direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais. *In*: LEITE, J. S.; LEMOS, R. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

BENTIVEGNA, C. F. B. Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade. São Paulo: Manole, 2020.

BITTAR, E. C. Os Direitos da Personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOEN, M. T. L.; LOPES, F. Vitimização por stalking: um estudo sobre a prevalência em estudantes universitários. **Revista Estudos Feministas** [online]. 2019, v. 27, n. 2, e50031.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14132.htm. Acesso em 11 mar. 2022.

BRASIL. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.451. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 15 mar. 2022.

CASTRO, M. N. A. S. Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade em Colisão com outros Direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHAUÍ, M. Sobre a Violência. In: ITOKAZU, E. M.; CHAUI-BERLINCK, L. (orgs.) **Escritos de Marilena Chauí.** Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

FALSARELLA, C. M. A liberdade de expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 61, pp. 149 - 173, jul./dez. 2012.

GADELHO JÚNIOR, M. D. Liberdade de Imprensa e a Mediação Estatal. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCEZ, W. Lei 14.132/21: A tipificação do crime de perseguição (*stalking*). Juspodium. 2021. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/28/lei-14-13221-tipificacao-crime-de-perseguiacao-stalking/>. Acesso em 12 mar. 2022.

GONÇALVES, A. B. Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a internet. Limites constitucionais e processuais. **Revista de direito privado**, São Paulo, v. 48, n. 12, 2011.

HIRATA, A. Direito à privacidade. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-privacidade_58e9502c41f94.pdf. Acesso em 16 mar. 2022.

HUBNER, E. A função da imprensa. **Observatório da Imprensa.** Edição 596, jun. 2010.

LEITE, G. Criminalização do *Stalking* (perseguição obsessiva). **Jornal Jurídico**, mar., 2021. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/criminalizacao-do-stalking-perseguiacao-obsessiva>. Acesso em 11 mar. 2022.

MACHADO, J. M. S.; MOMBACH, P. R. Stalking: criminalização necessária sob a indubitável afronta ao direito fundamental à vida privada. **Revista da Esmesc**, v. 23, n. 29, p. 207-230, 2016.

MATOS, M. et al. Stalking: Boas práticas no apoio à vítima. Manual para profissionais. Violência de Gênero. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero, 2011.

MATOS, J. F. Proteção à privacidade e a liberdade de imprensa. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp139238.pdf>. Acesso em 17 mar. 2022.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016.

NAPOLITANO, C. J. Liberdade de imprensa no Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte dos Estados Unidos. **Intercom, Rev. Bras. Ciênc. Comun.**, n. 38, v. 1, jan.-jun. 2015.

OLIVEIRA, R. N. M.; MOTTA, J. L. A liberdade de imprensa no direito brasileiro: aspectos históricos e a possibilidade de sua limitação pelo Estado. **Revista da Unifebe**, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/viewFile/260/111>. Acesso em 18 mar. 2022.

SCHREIBER, A. Direitos da Personalidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TRAVASSOS, M. M. Q. Hate speech e liberdade de expressão. *In*: SCHREIBER, A. **Direito e Mídia.** São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ADOÇÃO INTERNACIONAL

JULIANA GIACHETTO: Graduada em Farmácia Bioquímica (2001). Graduanda no curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Brasil (2021).

MARCO ANTÔNIO COMALTI LALO

(orientador)

RESUMO: A adoção internacional é uma das maiores prioridades do Estado Brasileiro, e baseia-se numa questão jurídica privada entre um indivíduo (ou casal) que deseja adotar, sendo mediado por um tribunal estrangeiro que opera de acordo com as leis e regulamentos do país. É uma opção para crianças que precisam de lares permanentes, quando for do interesse da criança e as soluções domésticas tiverem sido devidamente consideradas. Todos os anos, milhares de crianças no mundo inteiro são adotadas. Partindo desse axioma o presente trabalho irá discorrer sobre os principais aspectos da adoção internacional (aspectos psicológicos e jurídicos), será discorrido também sobre as normas nacionais e internacionais, as estatísticas, bem como, as principais alterações da Lei Nacional de adoção, com o acompanhamento pós-adotivo.

Palavras-chave: Adoção. Brasil. Legislação.

ABSTRACT: Intercountry adoption is one of the highest priorities of the Brazilian State, and is based on a private legal matter between an individual (or couple) who wishes to adopt, being mediated by a foreign court that operates in accordance with the laws and regulations of the country. It is an option for children who need permanent homes, when it is in the child's interest and home solutions have been properly considered. Every year, thousands of children around the world are adopted. Based on this axiom, this work will discuss the main aspects of international adoption (psychological and legal aspects), it will also discuss national and international norms, statistics, as well as the main changes in the National Adoption Law, with monitoring post-adoptive.

Keywords: Adoption. Brazil. Legislation.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A ADOÇÃO INTERNACIONAL. 2. PRINCIPAIS ASPECTOS: 2.1 Aspectos Psicológicos e Jurídicos do Processo de Adoção. 3. NORMAS E LEGISLAÇÃO DA

ADOÇÃO INTERNACIONAL: 3.1 Estatísticas. 3.2 Principais Alterações da Lei Nacional de Adoção. 3.3 Acompanhamento Pós-Adotivo. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A palavra adoção, de acordo com o Dicionário Houaiss, vem do *latim adoptio, ōnis*, "adoção", trata-se de "ação ou efeito de adotar, de aceitar (alguém) ou, como termo jurídico, de processo legal que consiste no ato de se aceitar espontaneamente como filho de determinada pessoa, desde que respeitadas as condições jurídicas para tal. Por extensão de sentido, é aceitação espontânea de indivíduo como parte integrante da vida de uma família, de uma casa ou aceitação, admissão do que antes era externo, alheio, estranho ou não era conhecido ou cogitado (BARCELOS, 2020).

A adoção é verbo, refere-se a receber como criança que não é biologicamente, aos pais, que são recebidas mediante o cumprimento de diversos requisitos e obrigações estabelecidas por lei. Sendo assim, a adoção, neste sentido, é o ato jurídico que estabelece vínculo de parentesco entre duas pessoas com relação análoga à de paternidade. A legislação estabelece várias condições para quem deseja adotar uma criança, como a idade mínima e/ou máxima e a necessidade de ter plena capacidade para o exercício dos direitos civis (OLIVEIRA, 2010).

A adoção internacional é conhecida como a adoção por meio da qual um casal se torna o portador legal e permanente de uma criança nascida em outro país. Este é frequentemente o caso de homens e mulheres de países desenvolvidos que viajam para nações do terceiro mundo para adotar uma criança. Embora em cada país os requisitos para adotar uma criança sejam ligeiramente diferentes, existem certos padrões que todas as nações seguem para conceder esse direito (MADALENO, 2018).

É preciso salientar que o processo de adoção é árduo e lento, sendo necessário passar por uma série de fases para demonstrar que o adotante tem as habilidades necessárias para enfrentar a educação de uma criança, mas também a vontade legítima para o fazer. Para verificar a veracidade de uma candidatura, normalmente são utilizadas diferentes medidas, como entrevistas e visitas às residências dos candidatos (MARQUES, 2020).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, estipula claramente que todas as crianças têm o direito de crescer em um ambiente familiar e, na medida do possível, de conhecer suas famílias e ser criadas por elas. Por isso, além da importância e do valor da família na vida dos filhos, as famílias que precisam de ajuda para criar os filhos têm direito a recebê-la. Somente quando, apesar de ter acesso a ajuda, a família não pode ou não quer educar o filho, devem-se buscar soluções adequadas a partir da inserção da criança em uma família

estável, para que ela possa crescer em um ambiente onde você recebe amor, cuidado e apoio (FERREIRA, 2018).

As adoções internacionais são uma das várias opções de cuidados estáveis. Quando se trata de uma criança que não pode ser criada em um ambiente familiar em seu país de origem, a adoção internacional pode ser a melhor solução permanente (GONÇALVES, 2012).

1. A ADOÇÃO INTERNACIONAL

Dados disponibilizados pela Polícia Federal no último mês de março demonstram que nos últimos vinte anos, 2018 se sobressaiu com o menor número de adoções internacionais efetuadas no Brasil. A queda se justifica principalmente por questões econômicas, porém é válido ressaltar que as exigências dos pretendentes quanto ao perfil das crianças, tende a ser um obstáculo ao processo (REIS, 2019).

O Brasil registrou até maio de 2018, 420 adoções nacionais, mas ao longo de todo o ano apenas 67 adoções internacionais. Já no ano de 2017 foram efetivadas 2001 adoções nacionais e 105 adoções internacionais. Assim vemos a drástica queda em relação as adoções internacionais e a contraposição em comparação ao número de adoções nacionais e internacionais (LABOISSIERE, 2020).

Desde a década de 1960, há variações constantes no número de adoções internacionais, porém o que se vê arduamente são os esforços internacionais para garantir que todas as adoções sejam lícitas, transparentes e não envolvam a exploração das crianças e famílias envolvidas, mas sim beneficiem-nas. Em alguns casos, no entanto, as adoções não foram realizadas tendo como prioridade o interesse superior das crianças, uma vez que as exigências impostas e os procedimentos empregados não foram suficientes para prevenir práticas desonestas. Infelizmente ainda a persistência de fragilidades sistêmicas levou ao sequestro e tráfico de menores, à coerção e manipulação de seus pais biológicos, à falsificação de documentos e ao suborno (ALMEIDA, 2017).

As adoções internacionais são totalmente apoiadas quando realizadas de acordo com as regras e princípios da Convenção de Haia de 1993 sobre a Proteção de Crianças e Cooperação sobre Adoção Internacional, que foi ratificada por mais de 80 países. Esta Convenção representa um avanço importante para as crianças, suas famílias biológicas e suas potenciais famílias estrangeiras adotivas. Estipulando as obrigações das autoridades dos países de origem das crianças, bem como dos países que as recebem para adoção. A Convenção visa garantir que os processos de adoção sejam adequados e honestos (REIS, 2019).

A Convenção dá a mais alta prioridade aos melhores interesses da criança e fornece um quadro de referência para a aplicação prática dos princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança com relação às adoções internacionais. Incluem a obrigação de garantir que as adoções desta natureza tenham a autorização das autoridades competentes, de obter o consentimento prévio informado de todas as partes interessadas, de garantir que as adoções internacionais sejam realizadas ao abrigo das mesmas. Normas e proteções aplicáveis nas adoções nacionais e que não envolvam retornos financeiros inadequados para aqueles que deles participam. O principal objetivo destas disposições é a proteção das crianças, embora também tenham outras consequências positivas, como a salvaguarda dos direitos dos pais biológicos e a garantia aos potenciais pais adotivos de que a criança não foi objeto de manobras ilegais (ROSSATO et al., 2015).

Menção especial deve ser feita ao caso de crianças separadas de suas famílias ou comunidades durante guerras e desastres naturais. O rastreamento de suas famílias deve ter prioridade máxima e a possibilidade de adoção internacional de uma criança só deve ser considerada quando todos os esforços para localizar a família forem estéreis e não houver soluções estáveis no país de origem da criança. Esses princípios fundamentais são apoiados pela UNICEF, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, o Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, a Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado e várias ONGs internacionais, como a *International Save the Children Alliance* e *International Social Serviço* (SANTOS, 2011).

2. PRINCIPAIS ASPECTOS

Adoção é o ato jurídico formal em que, nos termos legais, alguém estabelece uma relação de filiação fictícia, independentemente de sangue ou parentesco semelhante, com pessoa que habitualmente lhe é estranha, trazendo tal pessoa para sua família como filho. A adoção ocorre por meio de procedimento judicial perante um Juiz da Vara da Infância e da Juventude no caso do Brasil. Portanto, quem pretende adotar deve dirigir-se ao tribunal do local onde reside. Nesse procedimento, é descrito o perfil da criança e, após avaliação técnica dos requerentes, é proferida a decisão sobre sua habilitação, para que os adotantes tenham seus nomes incluídos em um cadastro de adoção, válido por dois anos em território brasileiro (PEREIRA et al., 2019).

Esse cadastro é denominado Registro Nacional de Adoção (RNA), feito no Cadastro Nacional de Adoção (CNA). É uma base de dados criada e lançada em 2008, mantida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que serve para auxiliar os juízes no desenvolvimento dos procedimentos de adoção. Esse cadastro concentra informações tanto dos candidatos à adoção quanto das crianças e adolescentes elegíveis para adoção. No entanto, no Brasil,

é recorrente o conflito entre o perfil desejado pelos adotantes e as crianças ou adolescentes disponíveis para adoção (CÁPUA, 2009).

Existe uma forte preferência por recém-nascidos, crianças com saúde perfeita e pele clara, entre outras necessidades. Em decorrência dessa preferência, crianças e adolescentes com pele mais escura ou negra, filhos maiores, irmãos, crianças com problemas de saúde ou qualquer tipo de deficiência geralmente não são escolhidos pelos candidatos, mesmo que sejam passíveis de adoção. Assim, eles se tornam párias e suas chances de serem adotados são cada vez mais reduzidas. Uma forma de diminuir isso, pelo menos em tese, é a adoção internacional, em que a pessoa ou casal solicitante mora fora do Brasil (BARCELOS, 2020).

A adoção internacional é definida na própria Constituição Federal, onde o art. 227, parágrafo 5º, estabelece que o ato deve ser coadjuvado pelo Poder Público, que define os casos e as condições de adoção do estrangeiro. Para oferecer mais oportunidades a essas crianças e adolescentes, o Conselho Nacional de Justiça decidiu alterar sua Resolução CNJ nº. 54/2008, referente ao Registro Nacional de Adoção - Cadastro Nacional de Adoção - CNA, criando um "sub-registro" de estrangeiros interessados em adotar crianças brasileiras (MACEDO, 2011).

Referida alteração, aprovada em plenário do Conselho Nacional de Justiça em 24/03/2014, autorizou requerentes residentes no exterior - brasileiros ou estrangeiros - a serem incluídos no RNA. No entanto, os candidatos inscritos no sub-registro só podem ser considerados e chamados depois de todas as tentativas de colocar a criança em uma família brasileira terem fracassado (MARQUES, 2020).

O objetivo é aumentar a visibilidade dos solicitantes que residem no exterior no processo de adoção, facilitando assim o confronto de suas informações com o perfil das crianças e adolescentes elegíveis para adoção e, conseqüentemente, aumentando a adoção de crianças maiores e irmãos. Para exemplificar esse cenário, dados do Cadastro Nacional divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça indicam que há cerca de 30.000 requerentes de adoção e 5.400 crianças disponíveis para adoção, 98% dos candidatos desejam filhos menores de 7 anos, porém, as crianças nessa faixa etária representam menos de 10% das crianças disponíveis para adoção, enquanto a esmagadora maioria tem entre 9 e 16 anos (MANSUR, 2018).

Também é relevante o fato de 75% das crianças e adolescentes passíveis de adoção possuírem irmãos na mesma situação, visto que o Juiz sempre busca a adoção conjunta nesses casos, a fim de manter o vínculo familiar. Por outro lado, 80% das pessoas interessadas em adoção no Brasil desejam apenas um filho. Com a alteração da Resolução, o cadastro de adotantes estrangeiros ficará à disposição de todos os Juízes de Juizados de

Menores e Menores, para que os candidatos estejam habilitados a adotar criança ou adolescente de qualquer estado brasileiro, assim como no processo de adoção nacional (MARQUES, 2020).

Nesse novo formato, o processo de adoção internacional torna-se mais transparente, pois o requerente estrangeiro poderá verificar o andamento das adoções nacionais, e haverá uma ordem de classificação semelhante à utilizada nos procedimentos de adoção nacional. Mesmo que os estrangeiros cadastrados sejam considerados e convocados somente após o fracasso das tentativas de colocar a criança em família brasileira, sua inclusão no Conselho Nacional de Justiça é um avanço significativo na efetivação dos direitos da criança, haja vista que a "invisibilidade" do estrangeiro na adoção sistema não existirá mais (REIS, 2019).

Com isso, espera-se que aumente o número de adoções de crianças e adolescentes brasileiros cujo perfil não condiz com o perfil dos candidatos residentes no País, o que torna a adoção internacional uma opção extremamente valiosa e importante de substituição familiar, bem como uma alternativa segura e legal para evitar que as crianças sejam esquecidas nos abrigos (PEREIRA et al., 2019).

2.1 Aspectos Psicológicos e Jurídicos do Processo de Adoção

Grande parte da história de crianças e adolescentes adotados é permeada por sentimentos de abandono, separação ou interrupção de qualquer vínculo afetivo. Estatísticas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2011) mostram que crianças e adolescentes são separados de suas famílias principalmente devido ao abandono, abuso, desintegração familiar, doença dos pais e questões relativas à situação econômica da família.

Percebe-se que nem sempre as famílias conseguem cuidar dos filhos (AZAMBUJA, 2002). O afastamento da criança/adolescente de seu contexto familiar pode acarretar consequências psicológicas, como a dor de não ser aceito por sua família biológica. Assim, a decisão por esta separação é da maior responsabilidade do profissional que aplica a medida. Cabe aos Tribunais e aos profissionais responsáveis buscar sua reintegração, seja em família própria ou substituta, o mais rápido possível (OLIVEIRA, 2007).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prioriza a reinserção familiar. Sempre que possível, os laços afetivos com a família de origem devem ser tratados, antes da decisão pela colocação da criança em família substituta. Porém, durante o período em que são feitas tentativas de verificar se a família biológica está apta a receber a criança de volta, ou se a criança será encaminhada para um lar substituto, uma instituição de acolhimento será o seu novo lar (MERÇON-VARGAS et al., 2014).

Uma vez institucionalizados, as crianças crescem com a identidade de serem órfãos ou abandonados. Eles têm dificuldade em serem reconhecidos como indivíduos pertencentes a alguém ou a algum lugar. Pesquisas mostram que um período prolongado de institucionalização interfere na sociabilidade dessas crianças e na manutenção dos vínculos afetivos na vida adulta. Devido a esses aspectos, não deve haver demora na solução do problema. Além disso, há casos em que não foi iniciado o processo para decidir se podem regressar às famílias de origem ou se devem ser adotadas (SIQUEIRA e DELL'AGLIO, 2006).

O esforço para buscar uma vaga para a criança dentro de sua família de origem não deve violar seu direito à proteção. Alguns juízes se apegam ao formalismo, com medo de violar os direitos dos pais, e esquecem os direitos das crianças e adolescentes. Muitas famílias demandariam muito tempo para se reorganizar, em contraste com o rápido crescimento biopsicossocial da criança. Durante o tempo que o Judiciário e demais profissionais envolvidos no caso levam para verificar se a família de origem tem condições de manter a criança e adolescente, é-lhes negado o direito à família, crescem e a adoção torna-se ainda mais difícil. Os dados da pesquisa mostram que ainda existe uma preferência pela adoção de crianças brancas menores de dois anos (CAPEMISA, 2011).

Nesse contexto, esgotadas as possibilidades de a criança permanecer com seus pais biológicos, o foco do trabalho deve ser direcionado para a construção de vínculos afetivos e de confiança com a nova família. Nesse período de transição com a família adotiva, a criança encontra-se em situação de fragilidade e vulnerabilidade. Além disso, apresentam sentimentos como rejeição, insegurança, baixa autoestima e medo de um novo abandono (OLIVEIRA, 2007).

Do ponto de vista jurídico, o ECA prevê a imposição de medidas cautelares, determinadas por autoridade judiciária competente, nos casos em que os direitos da criança sejam ameaçados ou violados (artigos 98 a 101). Essas medidas podem ser administrativas (como orientação, apoio e monitoramento temporário e inclusão em um programa de ajuda comunitário ou oficial) ou judiciais. Entre essas medidas, está o método de aceitação institucional ou familiar, ou colocação em família substituta (OLIVEIRA, 2017).

A medida de aceitação institucional caracteriza-se como temporária e transitória, até sua reintegração familiar ou colocação em família substituta, e não envolve privação de liberdade. Anteriormente designadas por abrigos, as instituições de acolhimento passam a ser o novo espaço de alojamento das crianças, enquanto o seu regresso às suas famílias é organizado ou são alojadas numa família substituta (ROSSATO e LÉPORE, 2009).

As instituições de acolhimento desenvolvem importante trabalho com crianças, visto que proporcionam não só acolhimento institucional, mas também programas

socioeducativos e de proteção, apoio social e familiar, colocação em famílias substitutas e incentivo ao contacto com as suas famílias (Art. 90 do ECA). Eles atendem à faixa etária de 0 a 18 anos. No programa de acolhimento, denominado “Famílias Acolhedoras”, a criança está sob os cuidados de família previamente cadastrada. Essa modalidade de atendimento também consiste em medida cautelar, cabível apenas pelo Tribunal Regional da Infância e da Juventude, obedecendo às mesmas normas da instituição assistencial. A “família substituta” tem a guarda provisória e deve criar um ambiente o mais próximo possível ao de uma família, até a reintegração da criança ao familiar natural ou colocação em família substituta (ROSSATO e LÉPORE, 2009).

Confirmada a impossibilidade de permanecer com a família biológica, surge a necessidade de colocar a criança em família capaz de os acolher no domicílio. A custódia e a tutela são formas semelhantes de colocação em família substituta, pois se trata de medidas protetivas que requerem autorização judicial. Porém, para a tutela, é imprescindível o afastamento do poder familiar, requisito este desnecessário para a concessão da guarda. A tutela ocorre quando há suspensão ou perda do poder paternal sobre a criança, ou quando os pais são declarados desaparecidos. Assim, um tutor é nomeado para representá-los, ser responsável por eles e administrar seus bens (DIAS, 2009).

Por outro lado, a guarda pode ser concedida a uma família que cuide de criança que com ela conviva, mas que não seja seu filho biológico e que queira sanar legalmente essa situação. A guarda pode ser concedida preliminar ou provisoriamente, o que vale para os procedimentos de tutela e adoção, com exceção da adoção por estrangeiros (art. 33, § 1º, do ECA).

Os responsáveis pela custódia passaram a ter a obrigação de prestar assistência material, moral e educacional à criança, e o direito de se opor a terceiros, incluindo os pais biológicos. Este instituto não impede o exercício do direito de visita por pais biológicos e não elimina a sua obrigação de pagar pensão alimentícia e quem quer retificar legalmente esta situação. A guarda pode ser concedida preliminar ou provisoriamente, o que vale para os procedimentos de tutela e adoção, com exceção da adoção por estrangeiros (art. 33, § 1º, do ECA).

A adoção é o ato em que uma pessoa (ou casal) pega outro filho para apoiá-los e oferecer-lhes um bom ambiente familiar para o seu desenvolvimento. Caracteriza-se como um procedimento complexo e com muitas particularidades, visto que não é simplesmente uma forma de restaurar as famílias, mas um ato voluntário de amor (GRANATO, 2010).

De acordo com o ECA (Artigo 39, § 1º), a adoção é uma medida excepcional, que só deve ser utilizada quando esgotados todos os recursos possíveis para manter a criança

adolescente no seio da família natural ou extensa. Essa medida protetora extingue a relação de parentesco com a família natural e estabelece um novo parentesco entre o adotado e a família substituta. Assim, os filhos adotados passam a ser os próprios filhos do (s) adotante (s), com os mesmos direitos e deveres dos filhos biológicos, incluindo a herança e o uso do apelido dos pais (GRANATO, 2010).

A adoção só produz efeitos depois de não haver mais possibilidade de recurso da decisão, porém, só será concedida se houver vantagens reais para o adotado e se por motivos legítimos, frisa-se que a adoção é irrevogável (CAÍNO, 2007).

O significado da adoção, a motivação, as expectativas dos candidatos e as reais vantagens para o adotado devem ser investigados pela equipe interprofissional do Judiciário (composta por psicólogos, assistentes sociais etc.), responsável pela seleção dos candidatos a adotivos pais (OLIVEIRA, 2007).

O estudo psicossocial otimiza as condições para uma adoção bem-sucedida, pois pode prevenir possíveis disfunções, e evitar o risco de expor os adotados a outras situações traumáticas de abandono. Este estudo deve conter também apoio psicossocial para avaliação da capacidade e preparação dos adotantes para a prossecução da parentalidade responsável, de acordo com os requisitos e os princípios orientadores do ECA (artigo 197-C, caput).

Num contexto de chegada de novos membros, toda a família adotiva deve ser preparada e monitorizada durante o período de transição. Aspectos da dinâmica familiar são considerados na qualificação para adoção, como estabilidade conjugal e aceitação do filho pela família nuclear e extensa, visto que é considerada a aceitação da adoção pela família extensa importante para as famílias adotantes (CAMPOS e COSTA, 2009).

A adoção requer um ato de vontade, um desejo de ser um pai adotivo. A adoção legal por si só não garante a criação mútua de afeto entre pais e filhos. Em qualquer situação que envolva a parentalidade e a chegada de novos membros à família, é necessário acolher a criança para que encontre o seu lugar e se sinta pertencente à família (OLIVEIRA, 2007).

Assim, torna-se importante trabalhar com as questões de insegurança dos candidatos à adoção; sentimentos de ansiedade e medo do fracasso da adoção; dúvidas quanto ao fato de estarem sendo julgados pelos serviços de adoção e se serão selecionados como pais ou não. O sentimento de abandono e isolamento quando não somos informados sobre o andamento do processo; a expectativa quanto ao relacionamento fraterno, no caso de os candidatos terem outros filhos; assim como as

ilusões e idealizações da parentalidade também são apontadas como fatores importantes que devem ser levados em consideração no processo de adoção (LABOISSIERE, 2018).

Permitida a adoção, passa a valer a fase de convivência (art. 46 do ECA), que é um período de adaptação que visa à construção gradativa de vínculo afetivo entre o adotado, seus pais e os demais familiares, a fim de verificar a existência ou não de conflitos entre as partes envolvidas. Esta etapa deve ser acompanhada e avaliada por equipe multidisciplinar do Judiciário (GRANATO, 2010).

Caíno (2007) afirma que é por meio dessa fase de convivência que se consolida a disposição para adotar e ser adotado, pois a interação entre a família adotiva e o adotado favorece a criação e o fortalecimento dos laços de afinidade e afetividade.

Percebe-se, diante do exposto, que um processo de adoção é permeado por aspectos psicológicos por parte de todos os envolvidos. Vários sentimentos estão presentes. Para as crianças, a fragilidade, a vulnerabilidade, a rejeição e o medo de um novo abandono estão presentes. Por outro lado, sentimentos como carência, insegurança, ansiedade e luto pelo desejo de ter um filho biológico fazem parte do imaginário de quem deseja ser pais adotivos. Esses aspectos devem ser reconhecidos e tratados para se obter uma adoção bem-sucedida (BARCELOS, 2020).

Adoção é um ato jurídico solene, plurilateral e irrevogável que cria um vínculo jurídico semelhante ao biológico entre o adotante, sua família consanguínea e o adotado. Quando autorizado, o adotado está totalmente integrado à família do adotante e tem todos os deveres, obrigações e direitos inerentes ao filho biológico (ALMEIDA, 2020).

3. NORMAS E LEGISLAÇÃO DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção internacional é um recurso excepcional e permanente para menores que, por diversos motivos, não podem ser cuidados pela própria família ou no país de origem. O procedimento e os critérios técnicos estabelecidos visam estabelecer as garantias necessárias para que essas adoções sejam realizadas, priorizando o interesse superior dos meninos e meninas, bem como o respeito aos seus direitos (MASUR, 2018).

A adoção internacional é enquadrada pelos seguintes regulamentos, dependendo do escopo de aplicação. No plano internacional, na Convenção de Haia sobre a Proteção da Criança e a Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, que garante a proteção dos menores que sofrem circunstâncias sociais, políticas e econômicas adversas. Também nos regulamentos de cada um dos países de origem (FERREIRA, 2021).

Desta maneira, tem-se que:

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017) (BRASIL, 2014).

Através do disposto no artigo 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente, demonstra-se a relevância constante na legislação internacional sobre este assunto, como a supramencionada Convenção de Haia, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, entre outras. Tem-se também:

✓ Portaria nº 2.832, de 26 de dezembro de 2018 - Institui procedimentos para a concessão e renovação de credenciamento de organismos nacionais e estrangeiros para intermediarem pedidos de adoção internacional no Brasil e no exterior e dá outras providências.

✓ Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente

✓ Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999 - Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia em 29 de maio de 1993.

✓ Decreto nº 3.174, de 16 de setembro de 1999 - Designa as Autoridades Centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção de Haia de 1993

✓ Decreto nº 5.491, de 18 de julho de 2005 - Regulamenta a atuação de organismos estrangeiros e nacionais de adoção internacional

✓ Decreto nº 10.064, de 14 de outubro de 2019 - Institui o Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras para Adoção Internacional de Crianças e Adolescentes.

Para Oliveira (2017), a adoção de uma criança requer um processo de decisão e amadurecimento por parte das famílias, no qual se refletem os seguintes fatores:

✓ Situação de adotabilidade: Legalmente, os filhos devem estar em situação de adotabilidade, ou seja, com declaração de abandono, seja porque seus pais consentem com a adoção, são desconhecidos, incorrem em causas de privação de autoridade parental ou morreram.

✓ História pessoal e familiar: meninos e meninas têm uma história vivida que os acompanhará por toda a vida. Essa história, na maioria das vezes, está carregada de experiências negativas, abandono, maus-tratos, maus tratos, desenraizamento, desestruturação familiar, dificuldades em adquirir vínculos com adultos. Para que construam sua identidade pessoal, a nova família adotiva deve aceitar tanto seus antecedentes familiares quanto pessoais, além de poder revelar sua condição de adotado ou adotado.

✓ Situação sociopolítica, econômica e de saúde do país: Os países de origem dos menores suscetíveis de adoção geralmente sofrem de situações precárias. Isso significa que a família adotiva deve assumir uma série de riscos em alguns casos: falta de conhecimento da história pessoal, familiar e de saúde.

✓ Privação afetiva e socioambiental. Muitas vezes foram institucionalizados, às vezes em centros superlotados, onde é muito difícil estabelecer um projeto de cuidado individualizado para cada menor.

✓ Situações políticas de elevada instabilidade, podendo originar possíveis alterações legislativas que afetem os processos de adoção.

✓ Caráter interétnico e intercultural: trata-se de meninos e meninas que vêm de diferentes grupos étnicos, com diferentes características físicas e cor de pele até dentro do mesmo país, de diferentes culturas, com costumes, modos de vida e percepções da realidade que mudam dependendo da sua cultura de origem, bem como, em muitos casos, de línguas diferentes. Portanto, é fundamental que a família tenha a capacidade necessária para aceitar essas diferenças étnicas e culturais.

Segundo Pereira et al., (2019), as etapas do processo de adoção internacional em nosso país são as seguintes:

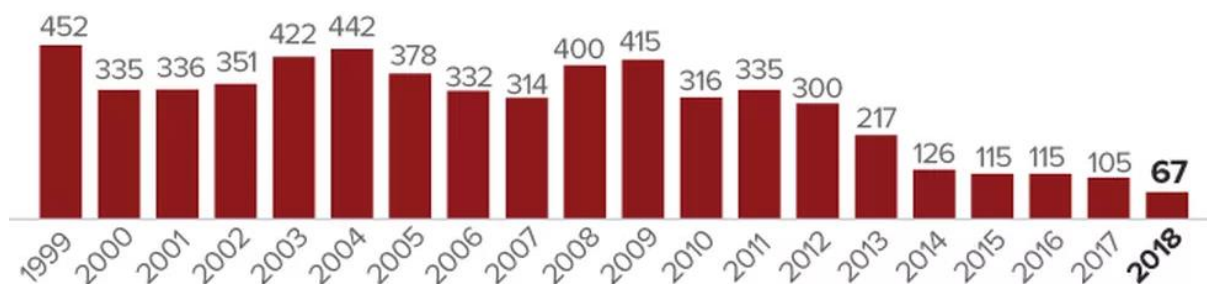
- ✓ Presença nas sessões de informação e preparação para adoção.
- ✓ Oferta para adoção internacional.
- ✓ Declaração de aptidão para adoção internacional.
- ✓ Resolução de adequação e escolha do país.
- ✓ Preparação do arquivo e envio ao país.
- ✓ Aceitação do arquivo pelo país e cessão de um ou menor.

- ✓ Permanência no país e processo de adoção judicial ou administrativa.
- ✓ Realizar os acompanhamentos pós-adoção exigidos pelo estado de origem.

3.1 Estatísticas

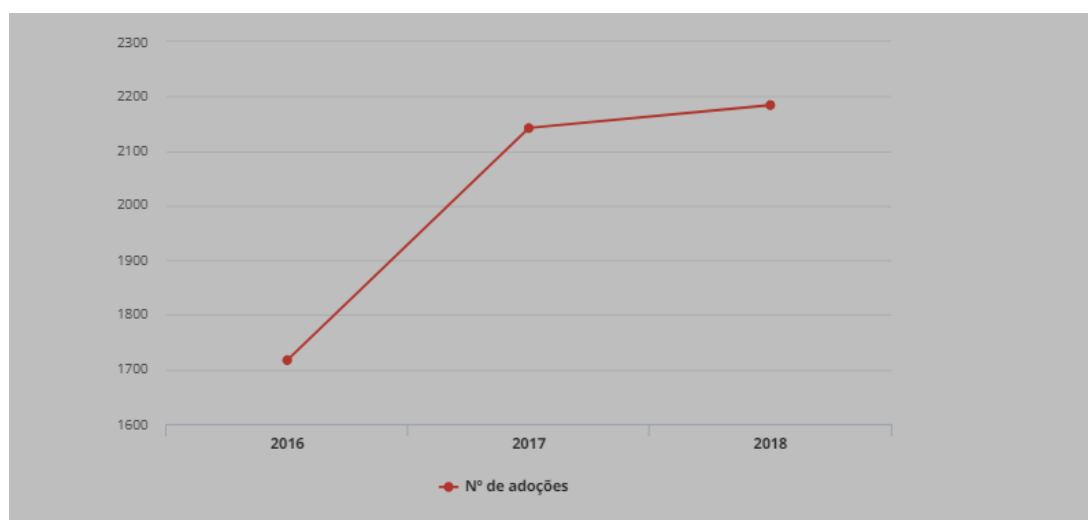
Nas figuras abaixo é possível vislumbrar algumas estatísticas recentes sobre a adoção internacional no Brasil.

Figura 1. Adoções internacionais, os números de 2018 é o menor de toda série histórica.



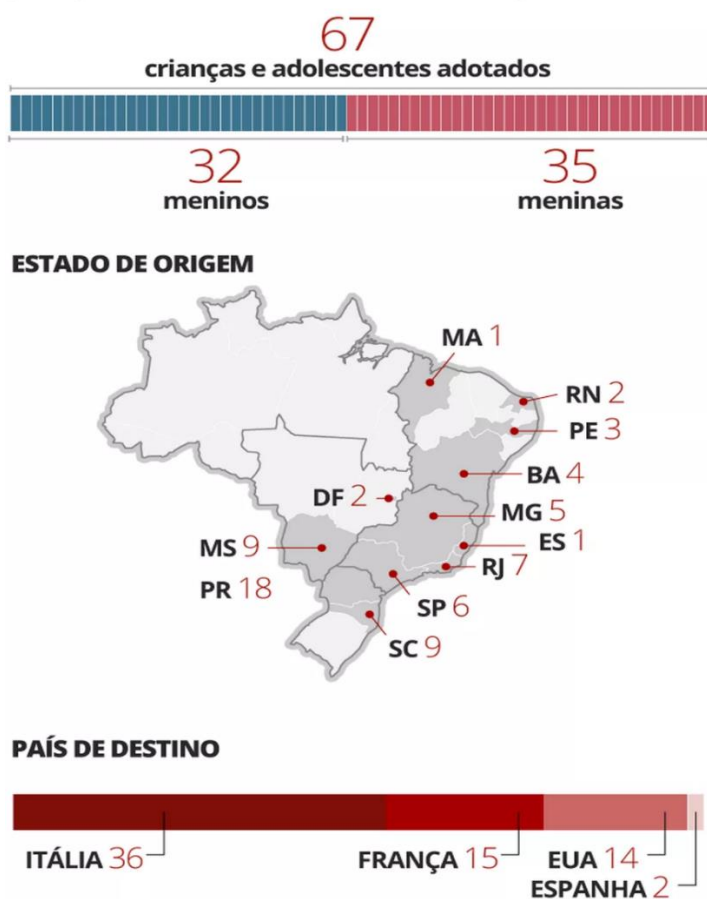
Fonte: ACAF – Autoridade Central Administrativa Federal e PF Polícia Federal. Infográfico, 2019.

Figura 2. Número de adoções no Brasil



Fonte: Cadastro Nacional de Adoção (CNA, 2019).

Figura 3. Perfil das crianças adotadas por pretendentes de fora do país.



Fonte: ACAF, 2019.

3.2 Principais Alterações da Lei Nacional de Adoção

A Lei Nacional de Adoção foi promulgada para regulamentar mais detalhes do procedimento de adoção e para agilizar o processo desta medida de proteção. Dentre os

principais benefícios previstos, essa Lei estipulava um prazo de dois anos para a regularização da situação das crianças recebidas, o que não acontecia antes, a não ser por comprovada necessidade devidamente fundamentada em decisão judicial (MEDEIROS, 2010).

Nesse período, as crianças permanecem em lares de adoção temporária ou em programas institucionais. A possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta deve ser reavaliada semestralmente, sendo encaminhado relatório ao Judiciário pelas instituições assistenciais, informando a situação de cada criança / adolescente e seus familiares (ROSSATO e LÉPORE, 2009).

No que diz respeito a este período de institucionalização, que deve ser breve, verifica-se que muitas vezes não é o que acontece na prática. Isso ocorre em parte porque nem todas as crianças aceitas podem ser adotadas porque ainda têm vínculo legal com suas famílias de origem (SIQUEIRA e DELL'AGLIO 2006), e também porque não há onde colocá-los depois disso. (DIAS, 2009).

As instituições de acolhimento muitas vezes são uma forma de organização social e de apoio próximo às crianças, com um papel importante no seu desenvolvimento. Muitos pais deixam seus filhos no abrigo devido às condições adversas na família e pelas oportunidades de cuidado e socialização oferecidas pelas instituições, porém, uma questão que não ficou clara foi se o prazo máximo de dois anos para crianças e adolescentes que já foram internados antes da nova Lei de Adoção começa de novo com a promulgação da Lei ou se o prazo é considerado a partir da data de admissão ao instituto (REIS, 2019).

O site do Tribunal de Justiça não traz estatísticas relacionadas ao número de anos de internação de crianças/adolescentes internados em instituições. Porém, o que se verifica é que o período de institucionalização costuma ser superior a dois anos. Outra mudança trazida pela Nova Lei foi a definição pelo legislador do conceito de família extensa e a reafirmação da necessidade de manutenção dos vínculos afetivos e de afinidade da criança com sua família de origem, como avós, tios etc. (MASUR, 2018).

Também houve mudanças nas disposições sobre a colocação em família substituta, a fim de evitar cuidados institucionais por meio de guarda ou adoção. Porém, os profissionais responsáveis por esta colocação devem observar os requisitos constantes da Nova Lei de Adoção, a saber: a opinião da criança/adolescente, quando possível, deve ser considerada por uma equipe interdisciplinar (respeitando seu desenvolvimento e grau de compreensão para a consideração de sua opinião); preferência pela inserção da criança/adolescente em família com a qual tenha parentesco e afinidade ou relação afetiva; preservação da relação entre irmãos, colocando-os na mesma família; preparação gradual da criança para sua inserção em uma família substituta; no caso das crianças indígenas, sua

identidade social e cultural deve ser respeitada, visando inseri-las em famílias pertencentes à sua comunidade e de sua etnia (MEDEIROS, 2010).

Outras inovações foram introduzidas, entre elas: a garantia do direito de visita aos pais biológicos e o dever de sustentar essas crianças sob os cuidados de outras pessoas; a prestação de atendimento psicológico à gestante que tem interesse em entregar seu filho para adoção, com encaminhamento obrigatório ao Judiciário; a proibição de adoção por procuração; o estabelecimento de regras claras para a etapa de convivência; e, por fim, o controle rigoroso da adoção internacional (OLIVEIRA, 2017).

No que diz respeito aos direitos pessoais das crianças e adolescentes, os legisladores, na Nova Lei da Adoção, alteraram o artigo 48 do ECA, que passou a incluir o direito do adotado de conhecer sua origem biológica e de ter acesso irrestrito, a partir dos 18 anos, aos registros do processo de adoção. Este último já havia sido garantido legalmente. No que se refere às ações de política assistencial, foram contemplados programas de prevenção ou redução do tempo de afastamento de crianças/adolescentes do convívio familiar e campanhas de incentivo à adoção de crianças maiores de três anos e adolescentes, crianças com necessidades específicas de saúde ou deficiência, de diferentes raças e grupos de irmãos (PEREIRA et al., 2019).

Foram estipuladas novas regras para o funcionamento das instituições de acolhimento. Foi elaborado e vinculado um documento, que conterá todas as informações sobre a criança e adolescente institucionalizada, denominado "Guia de Acolhimento". A fim de buscar uma solução mais rápida para o caso, foi estabelecido um conjunto de normas para o plano de cuidados às crianças atendidas, visando sua reintegração familiar. Esse plano de cuidado deve conter as informações e os objetivos do cuidado em relação às crianças e adolescentes (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2010).

Além disso, o plano deve ser elaborado pela equipe técnica do respectivo programa de atendimento, e deve levar em consideração a opinião da criança e o depoimento de seus pais e responsáveis. Como parte do processo de reinserção familiar, se necessário, a família de origem da criança deve ser incluída nos programas oficiais de orientação, apoio e promoção social. O contato pessoal da criança com sua família de origem também deve ser facilitado e estimulado. Uma das grandes inovações da Nova Lei da Adoção foi a criação compulsória de cadastros de futuros adotantes e crianças/adolescentes aptos para adoção, por comarca, estadual e nacional. Tais cadastros visam atender à necessidade de organizar e unificar informações atualizadas de crianças/adolescentes aptos a serem adotados no país, bem como de pessoas e casais passíveis de adoção, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (BARCELOS, 2020).

Com abrangência estadual e nacional, visa também promover a integração dos cadastros no país, permitindo o cruzamento de crianças disponíveis para adoção com candidatos a filhos. Existe também um cadastro de indivíduos e casais que vivem no exterior e podem adotar. Este registro só será consultado se não houver candidatos adequados residindo no país listado no registro nacional. Estima-se que, apesar da burocracia envolvida nesses registros, eles são de grande valia, pois visam ordenar a ordem de preferência na adoção de crianças e adolescentes e proporcionar maior agilidade nos processos. Esses registros facilitam o controle e supervisão dos processos (FERREIRA, 2020).

A colocação de crianças em famílias substitutas ilegalmente, em violação do cadastro, é considerada crime (GRANATO, 2010). Porém, dependendo das circunstâncias do caso, por exemplo, a criança / adolescente é acolhida por uma família, ou se a criança tiver suas necessidades atendidas por esta família, o Tribunal poderá determinar que, ainda que haja quebra de registro de adotantes, a criança não deve ser retirada do domicílio onde se encontra em situação irregular. Nestes casos, a adoção é legalizada por apresentar benefícios reais para a criança.

Em relação ao Cadastro Nacional de Adoção (CAN), Registro Nacional de Adoção), fica claro que a expectativa era que ele pudesse contribuir para uma maior agilidade no andamento da adoção. Crianças e adolescentes aptos para adoção se deparam com demandas de adotantes, que preferem crianças recém-nascidas, brancas e saudáveis, embora, na maioria das vezes, as crianças tenham mais de onze anos (72,0%) (LABOISSIERE, 2018).

Além disso, muitos deles apresentam problemas de saúde, como síndromes, deficiências e aids (TJRGS, 2011). As crianças com menos de dois anos representam apenas 2,4% das pessoas aptas para adoção. A preferência para adoção de recém-nascidos brancos é confirmada por levantamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 2010. O levantamento apontou que 55,21% das adoções foram de menores de dois anos e 51,04% de crianças brancas (TJRGS, 2011).

Em relação a essas preferências, outro aspecto positivo criado pela Nova Lei da Adoção diz respeito às campanhas de orientação e incentivo à aceitação de crianças maiores de três anos e adolescentes portadores de necessidades especiais ou com doença grave. Houve também o incentivo à adoção de crianças / adolescentes negros e grupos de irmãos, pois ainda é um desafio encontrar famílias para essas crianças. É importante destacar que esse perfil vem mudando. Os dados atuais sobre a diversificação do perfil das adoções são animadores. A proporção de adotados negros ou pardos aumentou quase um terço nos últimos cinco anos (MACEDO, 2011).

Em relação aos aspectos negativos, a Nova Lei de Adoção é considerada muito burocrática. Um exemplo disso diz respeito às regras para uma mãe que deseja entregar seu filho para adoção. O consentimento deve ser dado em audiência de Juiz, com a presença do Ministério Público, após esgotados os esforços para manter a criança com a família de origem. Outro exemplo é a habilitação para adoção, que se tornou um grande processo, com reclamação e acompanhamento por meio de uma série de documentos. Outro aspecto considerado negativo diz respeito à adoção por casais homossexuais. A nova lei perdeu uma grande chance de ser inovadora ao não permitir claramente em seu texto a possibilidade de casais do mesmo sexo se tornarem pais adotivos. No entanto, verifica-se que em alguns casos as leis extrapolam esse entendimento e permitem a adoção de casais do mesmo sexo (DIAS, 2009).

Outro aspecto refere-se ao fato de a maioria das crianças / adolescentes que atualmente se encontram em instituições de acolhimento possuir famílias e não serem adequadas para adoção. Essa realidade dificulta o processo de adoção para os requerentes. Um dos principais motivos do atraso na adoção é que o Tribunal precisa primeiro tentar uma reconciliação da criança/adolescente com seus pais biológicos. Por mais precárias que sejam as condições dos pais, incluindo a capacidade de cuidar dos filhos, a Lei prioriza manter os filhos com sua família de origem. Ao priorizar a vida familiar, a nova Lei transformou a adoção em uma medida excepcional e acabou criando mais barreiras para sua atuação, ao invés de agilizar o processo (MEDEIROS, 2011).

3.3 Acompanhamento Pós-Adotivo

Os países de origem geralmente requerem um acompanhamento pós-adoção mediante a elaboração de relatórios periódicos sobre a evolução dos menores adotados e de sua família e integração social. Sua periodicidade é estabelecida pelo país de origem. As famílias comprometem-se a cumprir este plano de monitoramento no início do processo, portanto o seu preenchimento é obrigatório (MANSUR, 2018).

A adoção de uma criança é um processo longo, cheio de emoções, sentimentos e satisfações, mas também é um processo complexo que envolve alguns desafios e tarefas específicas. Este Ministério dispõe de um serviço especializado de pós-adoção dirigido a famílias adotivas e adolescentes adotados e adotados, que oferece informação, aconselhamento e formação, bem como intervenção e mediação individual e familiar na procura das origens (OLIVEIRA, 2017).

CONCLUSÃO

A adoção, em suas duas modalidades (nacional e internacional), é uma medida alternativa de cuidado para crianças e adolescentes privados de seu ambiente familiar temporário ou permanente, que permite a restituição integral dos seus direitos (a sua incorporação à família torna acessível a satisfação de todos os outros direitos). Crianças e adolescentes têm direito de viver com a família.

No caso de adoções internacionais, a Convenção do Haya sobre a Proteção de Menores (de idade) e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, cujas disposições têm por objetivo proteger os adotados dos riscos inerentes à sua transferência para o exterior, tais como adoções ilegais, tráfico de pessoas, exploração laboral e sexual, escravidão, tráfico de órgãos, entre outros.

O cumprimento da Convenção de Haia é obrigatório para os Estados signatários. Seu conteúdo estipula que: Adoções internacionais serão o último recurso quando o colocalização crianças e adolescentes com família em seus país de origem não é possível e, invariavelmente, atenderão ao seu melhor interesse.

O processo de adoção é realizado de acordo com o disposto na legislação do país de origem. Em quase todos os países, um período de coexistência é necessário antes do processo de adoção para avaliar o acasalamento entre a criança e sua nova família. Terminado o referido período de convivência, dá-se início à formalização da adoção, que pode ser judicial ou administrativa. Se o país assim o exigir, será necessária a intervenção de advogado nomeado pela família. Constituída a adoção, esta poderá ser inscrita no Registro Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J.F. **A adoção no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59369/a-adocao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em setembro de 2021.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Novas regras para adoção: guia comentado**. Recuperado em junho 9, 2010. Disponível em: http://www.amb.com.br/docs/noticias/2009/adocao_comentado.pdf. Acesso em setembro de 2021.

BARCELOS, L.P. **Adoção Internacional: Procedimentos e obstáculos no processo**. 2020. Disponível em: <https://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2020/08/02->

[Ado%C3%A7%C3%A3o-Internacional-Procedimentos-e-obst%C3%A1culos-no-processo.pdf](#). Acesso em setembro de 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 de março de 2018. Acesso em setembro de 2021.

CÁINO, D. C. B. **Adoção intuito personae** (Monografia de Especialização não-publicada). Programa de Pós-Graduação em Interesses Difusos e Coletivos, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

CAMPOS, N. M. V.; COSTA, L. F. **A avaliação psicossocial no contexto da adoção: vivências das famílias adotantes.** Psicologia: Teoria e Pesquisa, 19(3),221-230, 2009.

CAPEMISA, S. **Adoção: 37% dos casais só querem crianças brancas.** 2011. Disponível em: <http://www.capemisasocial.org.br/capemisasocial/blog/Lists/Postagens/Post.aspx?ID=50>. Acesso em setembro de 2021.

CÁPUA, V. A. **Adoção Internacional: Procedimentos Legais – Conforme a Nova Lei de Adoção Lei 12.010/09.** Curitiba: Juruá, 2009.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias.** 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

FERREIRA, V.S. **Aspectos da adoção internacional no sistema jurídico brasileira: Uma breve análise acerca dos aspectos mais importantes da adoção no Brasil, com enfoque na adoção internacional.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10639/Aspectos-da-adocao-internacional-no-sistema-juridico-brasileiro>. Acesso em setembro de 2021.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro.** Volume 6: Direito de Família. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRANATO, E. F. R. **Adoção, doutrina e prática: com comentários à nova lei da adoção, Lei 12.010/09.** Curitiba: Juruá, 2010.

LABOISSIERE, P. **Brasil tem 8,7 mil crianças à espera de uma família, diz CNJ.**

EBC: 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-05/brasil-tem-87-mil-criancas-espera-de-uma-familia-diz-cnj>. Acesso em setembro de 2021.

MACEDO, F. História da Adoção Internacional de Crianças: um perfil franco-brasileiro(1990-2006). **In Anais do XXVI Simpósio Nacional de História**, 2011.

MADALENO, R. **Direito de Família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARQUES, K.F.P. **Adoção internacional: vista pelo sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1695/Ado%C3%A7%C3%A3o+internacional%3A+vista+pel+o+sistema+jur%C3%ADdico+brasileiro+-+International+adoption%3A+viewed+by+the+brazilian+legal+system>. Acesso em setembro de 2021.

MANSUR, R. **Adoção de criança esbarra no perfil de interesse dos 'pais'**. O tempo: 2018. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/adocao-decrianca-esbarra-no-perfil-de-interesse-dos-pais-1.1836721>. Acesso em setembro de 2021.

MEDEIROS, A. S. C. Breves considerações sobre a nova lei da adoção. **Revista IOB de Direito de Família**, 11(57),7-11, 2010.

MERÇON-VARGAS, E. A.; ROSA, E. M.; DELL'AGLIO, D. D. Adoção nacional e internacional: Significados, motivações e processos de habilitação. **Revista da SPAGESP**, 15(2), 12-26, 2014.

OLIVEIRA, D. S. Os aspectos emocionais envolvidos no processo de adoção. In Fundação Escola Superior do Ministério Público. **Revista da Faculdade de Direito da FMP** (Vol. 1, pp.166-179), 2007.

OLIVEIRA, E.G. **Adoção: Uma porta para a vida**. 1ª. Ed. São Paulo: Servanda Editora, 2010.

OLIVEIRA, H. F. **Adoção: aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. 2ª edição. São Paulo: Mundo Jurídico, 2017.

PEREIRA, M.V.T.; FREITAS, D.A.; CHAGAS, M.S.C. **Perspectivas de adoções internacionais no Brasil**. vol. 02, n°. 55, Curitiba, 2019. pp. 133 – 156.

REIS, T. **Número de adoções Internacionais é o menor dos últimos 20 anos no Brasil**. G1: 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/03/30/numero-de-adocoes-internacionais-eo-menor-dos-ultimos-20-anos-no-brasil.ghtml>. Acesso em setembro de 2021.

ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E. Comentários à lei nacional da adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

ROSSATO, L.A.; LÉPORE, P.E.; CUNHA, R.S. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8069/90 comentado artigo por artigo**. 7ª. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, O.J. **Adoção**. 4ªEd. São Paulo: Syslook Editora, 2011.

SIQUEIRA, A. C.; DELL'AGLIO, D. D. O impacto da institucionalização na infância e na adolescência: uma revisão de literatura. *Psicologia & Sociedade*, 18(1),71-80, 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJRGS). **Estatísticas**. 2011. Disponível em: http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/jij_site.www.main.main?p_cornerid=856&p_currcornerid=1&p_language=ptb&p_edit=0&p_full=1&p_cornertype=item&p_iscornerlink=1. Acesso em setembro de 2021.

TRANSMISSÕES DE HERANÇAS COM RELAÇÃO A CRIPTOATIVOS

DANIEL RAMOS CANDIDO ROSA:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: O atual artigo tem como finalidade demonstrar a situação atual dos criptoativos, representadas principalmente pelo Bitcoin quanto pelas *altcoins*, tanto por sua qualidade jurídica, quanto no sentido de transmissão destas criptomoedas dentro da herança no direito pátrio. Primeiramente o trabalho conceituará as criptomoedas, fazendo breve análise técnica, bem como das implicações e possível problemas jurídicos que vem surgindo com essa nova tecnologia. Logo após, será realizado uma revisão do direito sucessório. Também será demonstrada a situação encontrada de regulação de Criptomoedas no Brasil e também nos principais países que estão tomando providências para suprir a lacuna presente em relação ao aspecto sucessório como entre outros, realizar-se-á um panorama das principais formas de transmissão de herança que envolvam criptomoedas. A metodologia utilizada foi dedutiva, com pesquisa teórica e qualitativa, baseada em material bibliográfico e base legal nacional e internacional.

Palavras-chave: Criptomoedas. Moedas virtuais. Transmissão de Herança. Bitcoin. Direito Digital. NFTs. Criptoativos.

ABSTRACT: The current article aims to demonstrate the current situation of crypto-assets, represented mainly by Bitcoin and altcoins, both for their legal quality and in the sense of transmission of these cryptocurrencies within the inheritance in the country's law. First, the work will conceptualize cryptocurrencies, making a brief technical analysis, as well as the implications and possible legal problems that have arisen with this new technology. Soon after, a review of inheritance law will be carried out. It will also be demonstrated the situation found in the regulation of Cryptocurrencies in Brazil and also in the main countries that are taking measures to fill the present gap in relation to the succession aspect, as among others, an overview of the main forms of inheritance transmission that involve cryptocurrencies. The methodology used was deductive, with theoretical and qualitative research, based on bibliographic material and national and international legal basis.

Keywords: Cryptocurrencies, virtuals coins, inheritages successions. Bitcoin. Digital Law. Criptoactives.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo discute a popularização da utilização de criptomoedas e sua influência no Direito de Família e Sucessões, procurando responder em que medida a Justiça e poder legislativo brasileiro pode monitorar as partes possuidoras de criptomoedas em processos nas varas de Família e Sucessões para a prevenção de fraudes. Este estudo objetiva examinar por meio de uma reflexão crítica a eficiência das medidas preventivas utilizadas pelo Poder Judiciário contra as fraudes envolvendo a ocultação de bens e valores em criptomoedas nos processos de Família e Sucessões em um momento delicado para o setor público e sociedade. Em relação a Metodologia, é uma pesquisa básica, objetivando explicar qualitativamente o tema, analisando bibliografias que explicam a relação das criptomoedas com o Direito de Família e Sucessões, ressaltando as obras e citações dos autores: Gonçalves, Hironaka, Dias, Brasil, Rizzardo. Além do mais, é desenvolvido um panorama a respeito do mundo virtual e o direito, especialmente propondo soluções possíveis com base na explicação em como as criptomoedas funcionam, sua utilidade, e a influência que exercem na vida da população litigante nas varas de Família e Sucessões de todo o país, também se descorrerá sobre os principais países em foco com legislações pertinentes e valores jurídicos sobre o presente o assunto, como por exemplo, Ucrânia, El Salvador, Estados Unidos da América.

2 CRIPTOATIVOS E CRIPTOMOEDAS

Segundo a CVM (comissão de valores imobiliários) criptoativos são entendidos como ativos virtuais, que possuem proteção através de uma rede de computadores em registros digitais, sendo que dentro dos criptoativos os mais populares são as criptomoedas com destaque no Bitcoin. Cada um deles funcionam por um conjunto de regras próprias que são determinantes pela programação feita pelos seus desenvolvedores, como por exemplo no caso do Bitcoin, Ethereum e NFTs a tecnologia usadas por elas é conhecida por *blockchain*

2.1 FUNCIONAMENTO DA BLOCKCHAIN

Segundo a Binance Academy, a blockchain é um tipo especial de banco de dados, que possuem regras de como os dados devem ser adicionados, de modo que, uma vez armazenados, é praticamente impossível modificá-los ou excluí-los. Assim os dados são adicionado em estruturas chamados de Blocos, inclusive na tradução literal de blockchain poderia ser entendido com cadeia de blocos ou blocos acorrentados, e realmente o nome faz sentido visto que cada bloco que é criado nessa rede contém uma série de dados que será passado para os blocos futuros, de modo que se alguém tentar alterar algum dado de algum bloco anterior seria impossível visto que iria mudar o cálculo para os blocos posteriores de modo que seria fácil perceber a possível tentativa de alteração.

3 VALOR JURÍDICO DOS CRIPTOATIVOS

No Brasil, de acordo com art. 21, VI, e 164 da CF/88 (constituição federal de 1988) a emissão de moedas físicas é de competência exclusiva da União que é feita através do Banco Central e que a Lei nº 12.865/13 preceitua a existência de moeda eletrônica. Entretanto a definição de moeda eletrônica seria um título equivalente a um valor da moeda brasileira, que no caso seria o real, entretanto não se confunde moeda eletrônica com moeda virtual, pois a moeda virtual tem uma tecnologia própria, é descentralizada de modo a não ter um governo por trás imprimindo, de forma que qualquer pessoa possa ser um emitente de criptoativos bastando essa pessoa ter poder computacional para minerar os criptoativos. Pois bem. Inicialmente, pode-se afirmar que os criptoativos esbarram no princípio do curso forçado da moeda, instituída na legislação pátria pela Lei nº 8.880 de 27 de maio de 1994, que

implica no controle governamental e aplicações das políticas cambiais e tributárias,

uma vez que, conforme Neves e Cíceri (2018), apenas o Estado possui competência para emitir e definir o que é moeda, inexistindo, portanto, força legal para a classificação deste ativo como um tipo de moeda oficial (BRASIL, 1994).

Além do que, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Imobiliários comungam deste entendimento, vez que já afirmaram que os criptoativos não são moedas, nem mesmo as eletrônicas previstas na legislação brasileira, pois não são emitidas, tampouco garantidas por autoridades monetárias estatais. (NUNES, MONTEIRO e BRITO, 2021).

Entretanto no Brasil tendo a inexistência de uma definição exata da natureza jurídica de criptoativos entende-se segundo a CVM que deve ser classificado como um ativo ou investimento, de modo a ser declarada na ficha de bens e direitos do IR (imposto de renda), de modo a sujeitar-se a tributação na forma de ganho de capital. A partir do preceito a inexatidão de natureza jurídica o poder legislativo protocolaram 5 projetos de lei, sendo o primeiro o PL nº 2303/2015 de autoria do Deputado Áureo Ribeiro, que nas palavras de NUNES, MONTEIRO e BRITO, 2021.

Buscavam definir o seu caráter normativo e designar o arcabouço jurídico em que seria submetido, portanto com o fim de seu mandato em 2018, deu-se como perdido o relatório elaborado à época pelo relator, o Deputado Expedito Neto, em que orientava à proibição do ativo no Brasil. Ento deste contexto, buscou-se demonstrar que o mercado de criptoativos está em constante ascensão e tem ganhando força juntamente com a necessidade de encontrar soluções para os impasses oriundos das transações financeiras, vez que a evolução e a perspectiva deste mercado dialoga diretamente com a necessidade

de regulamentação e aperfeiçoamento dos regramentos existentes com vistas a garantir estabilidade e segurança jurídica nas relações advindas das negociações destes ativos.

De acordo com o Deputado Áureo Ribeiro, a aprovação de uma regulamentação dos criptoativos, pode colocar o Brasil em uma situação de avanço em relação aos outros países, de modo a coibir fraudes, golpes, lavagem de dinheiro, pirâmides financeiras e além de educar a população sobre o assunto, o deputado também afirma:

O Brasil precisa de transparência e agilidade para diminuir a burocracia, e a tecnologia blockchain sem dúvidas pode ajudar nos processos burocráticos. Queremos fazer parte no impacto digital, usar a tecnologia a nosso favor. Queremos que o Brasil possa investir parte das suas reservas em bitcoin, como outros países já estão dialogando. Da mesma forma que compramos dólar, euro, deveríamos poder comprar bitcoin, o que seria muito importante para nosso equilíbrio.

O deputado disse que era para o Brasil já ter uma regulamentação jurídica sobre os criptoativos, visto que já estava trabalhando no projeto de lei em 2018, e segundo ele o relator divergiu de opinião o que causou o atraso, porém afirmou que em 2021 o projeto seria levado a votação em plenário.

3.1 VALOR JURÍDICO DOS CRIPTOATIVOS NOS EUA

O primeiro posicionamento nos EUA aconteceu em 2013 quando houve uma publicação sobre uma orientação de como as moedas virtuais poderiam ser enquadradas no US Bank Secrecy Act (lei estadunidense que rege o funcionamento das instituições financeiras do país) que foi publicada pela FinCEN (Financial Crimes Enforcement Network ou Rede de Combate a Crimes Financeiros).

Neste documento o FinCEN declarou que as moedas virtuais seriam consideradas como cambio que pode ser usada em alguns ambientes ou como meio de troca porém não apresenta atributos exigidos para ser considerado como moeda. Porém a mesma não foge da legislação corresponde a prevenção a lavagem de dinheiro, visto que por se tratar de uma rede descentralizada favoreceria a lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo entre outras práticas ilícitas.

Mais tarde em 2014 a agência fiscal internal Revenue Service (IRS) declarou em nota oficial que as moedas virtuais nos EUA devem ser tratadas como propriedade individual, em relação a cobrança de tributos, de modo que ao invés de as criptomoedas serem cobradas como moeda estrangeira, será cobrada como propriedade individual.

Recentemente houve as duas maiores decisões sobre criptomoedas, que foram publicadas pela CFTC e da SEC. A CFTC (Commodity Futures Trading Commission) em português comissão de negociação de Futuros de Commodities, é a principal agência no país no que tange a regulação de transações em 2015 criptomoedas como bitcoin foram tratados como Commodities, sendo reguladas como bens e não como moeda.

Em 2017 a SEC (Securities and Exchange Commission ou Comissão de Títulos e Câmbio) é uma agência federal independente de regulamentação e controle dos mercados financeiros. Em tese, atua como um gendarme das bolsas de valores, com funções semelhantes às da CVM, no Brasil, ou da *European Security and Markets Authority, ESMA*, na União Europeia. A SEC publicou em um documento a definição legal que até nos dias atuais é a mais completa e aceita no país.

Moedas Digitais são "uma representação digital de valor que pode ser digitalmente transacionada e que funciona como: 1) um meio de troca; e/ou 2) uma unidade de conta; e/ou 3) uma reserva de valor, mas que não tem status de moeda corrente em nenhuma jurisdição. Não é emitida ou garantida por nenhuma jurisdição, e cumpre as funções acima somente por acordo entre a comunidade de usuários da moeda digital."

É interessante saber que todos esses conceitos firmados por essas entidades estatais dos EUA não possuem ainda carácter vinculativo ou obrigatório, de modo que a legislação norte-americana federal tem como intuito de guiar a legislação estadual. (GLASMEYER e PINHEIRO, 2021)

4.1 EVOLUÇÃO, HISTÓRICO E ATUALIDADE DO DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL

O Direito Sucessório em toda a sua evolução obteve diversas fases importantes. Em um primeiro instante, famílias as famílias tinham como meio de subsistência o meio agrário, de modo que o patrimônio tinha carácter coletivo, sendo a terra propriedade grupal. Posteriormente, com a difusão da propriedade de carácter individual, surge a propriedade individual, desta maneira a transmissão dessas terras passou a ser dos patriarcas aos descendentes. (RIZZARDO, 2008, p.3). Com a popularização da propriedade privada individual a sucessão hereditária passou a ganhar espaço.

No antigo império romano, o detentor do patrimônio familiar era conhecido como *pater familiae*. E a transmissão do patrimônio de um *pater familiae* falecido, para o *opater familiae* que o sucederia, ocorria na regra por testamento, sendo que essa transmissão possuía carácter religioso e não patrimonial como temos nos dias atuais,

aliás na época, tinham a crença que se o patrimônio fosse deixado sem cérebro traria a infelicidade aos mortos e também tinham a concepção que o herdeiro continuava com a personalidade do defunto, e deste, herdava também a força e coragem (DIAS, 2011, p.27; RIZZARDO, 2008, p.3).

Hironaka (2014, p.119), apresenta uma exposição diferente da real motivação desse culto aos antepassados dos romanos:

Na verdade, era uma adoração dos familiares, e não dos mortos, tratava-se, antes, de uma adoração da personalidade que os antepassados tiveram em vida, aspecto que constituía e constitui, na imaginação dos romanos, o seu caráter, o seu engenho. Isso muda tudo: não faz sentido para os romanos a adoração dos mortos, porque estes nada possuem de real. Nesse culto familiar, tem-se, na verdade, uma adoração de si mesmo, da identidade que reconhece um vínculo, a qual pode ser dada pelo sangue, ou pela adoção, ou pela agregação. (2014, p.118).

O Direito sucessório em um ponto de vista histórico operava de um modo patriarcal, sendo que as mulheres eram exclusas da linha sucessória, sendo a justificativa que a família não poderia dar seguimento ao culto da sua família, pois ao casar teria que adotar a religião do marido. Além disso havia distinção entre filhos, sendo o filho mais velho a receber toda a herança em detrimento dos outros. (RIZZARDO, 2008, p.3).

Os romanos também foram responsáveis pela criação do testamento, com finalidade de suprir uma demanda que passou a surgir conforme o individualismo foi tomando grandes proporções, de modo a garantir um ato de última vontade, aonde o indivíduo se afirmava perante a família. (DIAS, 2011, p.27).

Também era salientado que perante inexistência de testamento os bens seriam repassados primeiramente aos filhos sobre pátrio poder, além da mulher com filhos e demais parentes sujeitos ao pátrio poder. E por fim, as pessoas que pertenciam à mesma estirpe. O sistema passou por diversas reformas, como a inclusão de parentes de até sexto grau, e o marido e esposa sem filhos, até chegar ao período de Justiniano, ao qual prevaleceu o parentesco natural como causa para herdar, num sistema que funciona de forma semelhante ao atual. (RIZZARDO, 2008, p.4).

Venosa (2013, p. 3) afirma que o interesse na transmissão patrimonial do falecido, possuía caráter estritamente patrimonial, afim de atender o interesse dos credores do falecido: “[...] na herança, já havia o interesse dos credores do defunto, que tinham na

pessoa do herdeiro, alguém para cobrar os créditos devidos, visto que o patrimônio do herdeiro, unia-se ao patrimônio do falecido.”

Nas sociedades medievais, com o exemplo do direito francês que estabelecia vários regimes para cada classe social, como no exemplo seguinte, os nobres e plebeus. Já a Inglaterra apresentava mais de cem modalidades de sucessão, que perduraram até 1925. Era comum também muitos casos de deserdação, com propósito de fortalecer o patriarcalismo. (MONTEIRO, 2003, p. 3).

No que tange a direito posterior a idade média temos um grande ponto de desenvolvimento do Direito Sucessório, que foi a França no século XIII, no qual fixou em seu ordenamento jurídico o chamado *Le droit de saisine*, no qual tinha o princípio de *saisine* que estabelecia que após o falecimento do patriarca, passava-se imediatamente aos herdeiros. (RIZZARDO, 2008, p.5). Este princípio veio como oposição ao regime anterior, que se tratava do feudalismo, na qual após o falecimento do hereditando o patrimônio era passado ao senhor feudal e só depois seria devolvido

aos herdeiros com desconto de tributos estabelecidos. (DIAS, 2011, p.28). Com advento da chegada do iluminismo e revolução francesa, aboliu a herança que era passado ao filho homem e mais velho, agora os herdeiros eram tratados com equidade. Também é necessário citar a inclusão dentro do ordenamento jurídico francês, através da promulgação do Código Napoleão, da distinção entre herdeiros e sucessíveis, ou seja, a unidade sucessória continuava mantida bem como a igualdade de herdeiros do mesmo grau. (GONÇALVES, 2011, p. 23).

Inicialmente no Brasil tratando-se de sucessões adotou as disposições do Direito Português nas Ordenações Filipinas de 1603, posteriormente positivadas na consolidação das Leis Civis de Teixeira Freitas em 1857. Em suma, era estabelecida uma ordem de vocação hereditária, ao qual, vinham primeiramente os descendentes, posteriormente os ascendentes, os colaterais até o 10º grau, o cônjuge e por fim o Fisco. (NETO, 2008, p. 25). Foi também a consolidação das Leis Civis, em seu art. 978, e posteriormente consolidado, no art. 1572 do Código Civil de 1916, que trouxe para o ordenamento pátrio, o princípio de Saisine, que já se encontrava presente no Código Civil português de 1867. O art. 1572 dispunha: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. (GONÇALVES, 2011, p.23).

A família era constituída apenas através do casamento, que era indissolúvel, sendo que os filhos concebidos fora do casamento eram considerados ilegítimos e, portanto, não possuíam direitos sucessórios. Ainda pondera sobre essa nomenclatura: “Talvez seja essa a origem da expressão “herdeiros legítimos”, que de forma

injustificável ainda permanece na lei, como se existissem herdeiros ilegítimos”.

Basicamente, no começo do século XX o matrimônio e os laços de sangue, eram levados como princípios basilares do direito sucessório, enquanto relações extraconjugais e filhos nascidos fora do matrimônio não gozavam de proteção jurídica nesse sentido. (HIRONAKA, 2014, p. 336).

Com o decorrer dos anos, mais especificamente em 1942, com a chegada do decreto-lei nº 4737/1942, possibilitou o reconhecimento dos filhos fora do casamento, após desquite do progenitor. Em 1949 com a lei 833, houve a expansão de entendimento em ser Art. 1º, o qual permitia o reconhecimento do filho, caso ocorre-se a dissolução do casamento, em todos os casos de dissolução conjugal.

Mais adiante a lei 6515/1977 introduziu o art. 2º que passou a reconhecer direito de herança, em igualdade de condições, independente de natureza de filiação. Inclusive o parágrafo único, dispunha que era possível o reconhecimento do filho havido fora do casamento, via testamento cerrado, antes ou depois do nascimento do filho, sendo que possuía caráter irrevogável. (LUCCHESE, 2013, p. 235).

Podemos pontuar as maiores mudanças ocorridas no direito sucessório no ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, sendo que uma das principais trata dos casais em situação de concubinato, reconhecendo união estável para esses, assegurando proteção especial, vide art. 226 §3º. No entanto, só seis anos foi estabelecido expressamente na lei 8.971/94 a proteção ao parceiro sobrevivente. (DIAS, 2011).

A Constituição também trouxe inovações referentes aos descendentes, visto que antes de sua promulgação filhos fora do casamento eram tratados com disparidade, entretanto com o advento da CF/88 agora todos filhos são tratados com igualdade legal. Outra mudança interessante a pontuar trata-se dos filhos adotados em situação de maioridade, visto que antes da carta magna só seria transmitido a herança a esses se por acaso o adotado não tivesse filhos biológicos, e no caso de ter filhos biológicos, o adotado passava a ter direito a metade do quinhão ao qual o sucessor legítimo teria direito. No entanto, com a chegada Constituição, essa hipótese trata-se de inconstitucionalidade, de modo a garantir direitos sucessórios a todos os filhos, independente da forma de filiação, mesmo que a abertura da sucessão tenha ocorrido antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. (DIAS, 2011, p. 28)

O requisito era que a união tivesse sido estabelecida com uma pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, bem como prova de efetiva união marital pelo prazo de 5 anos, ou qualquer tempo se houvesse prole. Com a chegada da lei 9.278/96

houve mudança em relação ao teor dos requisitos necessários, sendo que bastaria prova do estabelecimento de sociedade conjugal de fato, com a formação do patrimônio. Caso uma pessoa vivesse com cônjuge e companheiro, separavam-se as meações conforme o patrimônio adquirido durante cada união. (GONÇALVES, 2011, p. 188). Gonçalves discorre sobre essas duas leis:

As referidas leis foram alvo de muitas críticas, passando a tramitar no Congresso Nacional, projeto de lei elaborado pela Presidência da República, com o objetivo de melhor regulamentar o aludido dispositivo constitucional e de revogar as mencionadas leis. A promulgação da Lei 9278/96 e a manutenção de dispositivos da Lei n. 9.278/96 que não conflitassem com aquela, acabaram por conferir mais direitos a companheira do que á esposa. Esta poderia ter o usufruto vidual ou o direito real a habitação, dependendo do regime de bens adotado no casamento, enquanto aquela poderia desfrutar de ambos os benefícios. (2011, p.188).

Ainda sobre leis esparsas temos a lei 10.050/2000 que acrescentou ao art. 1.611 do pretérito Código Civil, garantindo ao filho deficiente portador de doença ou deficiência incapacitante ao trabalho o direito real de habitação sobre o imóvel familiar do falecido. (GONÇALVES, 2011, p.22).

Depois dessa breve análise sobre a história do direito sucessório até a CF/88, abordaremos Código Civil de 2002, o qual trouxe mudanças pontuais para o direito sucessório, sendo assim se faz necessário a abordagem de divergências doutrinárias, com que o Gonçalves pontua, acredita que o diploma civil sofreu diversas modificações, supressões e assim como novas inserções que resgaram seu papel no ambiente geral do direito civil, mantendo seu escopo fundamental de direito de mortalidade. Ademais, recebeu as alterações que se impunham, em decorrência da mudança dos padrões culturais, de posturas éticas e das escalas de valores que norteiam a nova sociedade brasileira. (GONÇALVES. 2011, p. 24)

Conforme foi descrito, é clara a divergência de ideias sobre mudanças do CC/2002 tratando-se sobre direito sucessório.

Também é possível perceber outro ponto suscitado dentro do CC/2002 que se trata sobre a diferenciação entre união estável e o casamento, mesmo que na CF/88 temos um artigo discorrendo sobre o fato da união estável ser uma entidade familiar, temos no diploma civil a diferenciação no que tange a vocação hereditária, em que o cônjuge figura em terceiro lugar na linha sucessória, enquanto o companheiro está em último lugar. No

mais, com a instituição da concorrência sucessória para o cônjuge, passou este a ter privilégios de maior extensão em relação aos companheiros. (DIAS, 2011, p. 28).

Dias, afirma que, no geral o código cível restringe o direito do companheiro aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável; faz distinção entre a concorrência do companheiro com os filhos comuns, ou só do falecido; prevê também o direito apenas a metade do que couber aos que descenderem somente do autor do autor da herança e estabelece um terço na concorrência com herdeiros de outras classes que não os descendentes do falecido, não beneficia o companheiro com o quinhão mínimo na concorrência com os demais herdeiros, nem inclui no rol de herdeiros necessários; concorre com os colaterais e só é chamado para recolher a totalidade da herança na falta desses. O cônjuge, porém, prefere aos parentes de linha transversa, com exclusividade. (GONÇALVES, 2011, p. 190).

Em 1994 e 1996, surgiram duas leis que vieram para ampliar os direitos dos companheiros, entretanto, foram revogadas tacitamente. De modo que não há nenhum dispositivo que garanta direito real de habitação e usufruto do companheiro, visto que o companheiro concorre na herança, com os parentes do *de cujus*. (GONÇALVES, 2011, p. 188-189).

Acerca do não reconhecimento por parte do legislador, do direito real de habitação aos companheiros, discorre Gonçalves:

O não reconhecimento do direito de habitação ao companheiro sobrevivente tem sido alvo de críticas, por sujeitá-lo a uma eventual desocupação compulsória do imóvel onde vivia com o finado parceiro, na hipótese de não ter adquirido bens durante a convivência, ou de tê-lo adquirido só a título gratuito. Nesses casos carece o companheiro do direito de meação e tampouco concorre na herança, que poderá ser atribuída a herdeiros que nem sempre aceitarão repartir com ele o uso do imóvel residencial (2011, p.189).

Apesar de notar o desprovimento do direito de habitação em relação ao companheiro, há uma corrente doutrinária que o art.7º da lei 9.278/96, continua em pleno vigor, no que diz respeito ao garantir o Direito Real de habitação relativo ao imóvel destinado ao abrigo da família.

Outro ponto extremamente criticado no Código Civil foi a abstenção de atualização em determinados pontos, como por exemplo, os artigos que tratam a deserdação e indignidade. Em suma, a evolução histórica do Direito Sucessório foi pautada em seguir o modelo familiar no que tange a costumes e culturas que havia em sua vigência. A evolução

do direito sucessório, passou pela igualdade entre os filhos, com o fim de benefícios ao primogênito, bem como, pelo movimento pelo fim da discriminação da mulher dentro do processo de herança, até acabando com os excessos de abusos cometidos na época do feudalismo, que fora explicado anteriormente, agora é passado imediatamente aos herdeiros.

X.X SUCESSÃO DE CRIPTOATIVOS

Nos dias atuais, como discorria o sociólogo polonês, Zygmunt Bauman, vivemos em uma sociedade líquida, aonde ocorre constantes alterações em questão de minutos, seja elas na área científica, tecnologia e política. Com a chegada da tecnologia, o meio-ambiente digital expande-se e cada vez mais pessoas se unem da Rede Mundial de Compartilhamento de Dados, mais conhecida como internet. E com essas mudanças os estudiosos do Direito em todo o mundo buscam debater de como se procederá à regulamentação de criptoativos.

Conforme visto nos tópicos anteriores o Poder Legislativo brasileiro buscou realizar mudanças normativas em relação a natureza jurídica dos *bitcoins* e a possibilidade de sucessão de contas de arquivos digitais. Nesse sentido, na Câmara dos Deputados, tramitava o PL nº2.303 de 2015 que foi proposto por Áureo Ribeira, para colocar moedas virtuais como arranjo de forma de pagamento. Ademais o PL esclarecia que o BACEN e também o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e os órgãos de proteção ao consumidor já poderiam observar e fiscalizar o comércio dos criptoativos. Entretanto o PL fora arquivado em 31 de janeiro de 2019, por Expedito Netto, o relator da comissão especial que discutia o PL, entretanto após intensos debates, defendeu a proibição de emissão e circulação de moedas criptografadas no Brasil. Segundo o mesmo, somente pessoas físicas poderiam fazer a circulação dessas moedas, enquanto a prática empresarial poderiam responder por práticas criminosas, já que ele afirma que o uso de criptomonedas colabora com a prática de crimes e controvérsias econômicas. Contudo, de acordo com um comunicado enviado ao presidente da Câmara dos Deputados, a justificativa para o arquivamento do PL foi a complexidade exigida para a análise do tema.

Também arquivado, o PL nº 4.099 de 2012 proposto pelo Deputado Jorginho Mello, tinha o intuito de acrescentar o parágrafo único ao art. 1.788 do diploma civil, que positivaria "Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade ao autor da herança" (BRASIL, 2012).

Dentro do escopo de PLs referentes a bens imateriais temos a PL nº 4.847 de 2012, proposto pelo Deputado Marçal Filho, que tinha por objetivo consolidar a herança digital como patrimônio intangível do falecido, de modo que os descendentes tivessem acesso a senhas, redes sociais, contas diversas na internet, ademais a PL dispõe que se o falecido,

tendo capacidade para fazer testamento, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

4.A TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS DOS BITCOINS

Criptoativos como vimos ao decorrer da presente pesquisa tem uma carência de regulamentações, visto que é um assunto relativamente novo, principalmente em âmbito governamental, no direito de família e sucessões não seria diferente. E como não temos regulamentação com leis específicas, para verificarmos a existência de possibilidade em sucessão *causa mortis* será utilizada a classificação jurídica do Código Civil de 2002.

Diferente do que acontece com bens e propriedades, bitcoins por gozar de status de moeda virtual, é um bem intangível, descentralizado, de modo que se ele não for utilizado por meio de uma Exchange (Corretora), ou seja, transferido de usuário para usuário (peer to peer) nenhum órgão governamental conseguirá fiscalizar transações dos criptoativos, já que podem ser armazenados em qualquer lugar do planeta. Basicamente se determinada pessoa compra uma quantidade de bitcoins ou qualquer outra moeda virtual alternativa, chamadas altcoins, na Mongólia e vem para o Brasil, ela pode simplesmente armazenar esses criptoativos numa carteira física (Hardwallet) ou em uma carteira virtual, e tudo o que ela precisará é o código fornecido pela carteira, que ela conseguirá ter acesso as suas moedas, diferente de qualquer outra moeda aonde essa pessoa teria que gastar com taxas absurdas de transferência. Em síntese, é possível armazenar seus criptoativos em quase qualquer dispositivo eletrônico.

O grande problema enfrentado pelo direito familiar e de sucessões surge em questão do caráter descentralizado desses criptoativos, de modo ser impossível até então determinar e mensurar a quantia de moedas que o *de cuius* tinha, exceto pelo fato de o próprio falecido ter deixado dados que possam possibilitar o processo de partilha, como por exemplo, deixar as palavras chaves com alguém de confiança.

Um caso emblemático no mundo das criptomoedas que aconteceu em 2018, aconteceu com Gerald Gotten, fundador da corretora de criptomoedas canadense QuadrigaCX, que faleceu em dezembro de 2018, sendo que o homem tinha aproximadamente, R\$ 700 milhões em criptomoedas, o qual não deixou senha para ninguém próximo, o documento do processo menciona que, armazenado no notebook há realmente uma fortuna em criptomoedas, compostas de 26.488,59834 Bitcoins; 11.378,79082 Bitcoins Cash; 11.149,74262 Bitcoins Cash SV; 35.230,42779 Bitcoins Gold; 199.888,408 Litecoins e 429.966,0131 Ethereum. Além do mais a QuadrigaCX obteve difíceis problemas em gerar liquidez para mais de 115 mil clientes que não tem conseguido movimentar suas moedas, já que muita das moedas estavam armazenadas em Cold Wallets.

Em 2013, Matthew Moody, um jovem estadunidense de 26, veio a óbito em um acidente aéreo, seu pai, Michael Moody, sabia que o filho mineirava bitcoins, entretanto, infelizmente com a natureza descentralizada e criptografada Michael não obteve êxito ao tentar acessar as hardwallets do filho.

Conforme brevemente decorrido, vemos que atualmente é impossível transferir bitcoins, e outros criptoativos para seus herdeiros sem que o detentor dos criptoativos deixa informações elucidativas a respeito de locais ou senha para o acesso.

Entretanto, em um contexto aonde é possível ter o acesso desses criptoativos, a transferência *causa mortis* dos criptoativos se dariam de forma equiparada as moedas tradicionais, visto que as criptomoedas podem ser divididas em partes iguais, sem nenhuma controvérsia.

No que tange ao direito tributário, é certo que deve ter atenção ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD). Trata-se de imposto de natureza estadual, que incidirá sobre bens e direitos, que por analogia incidiria aos criptoativos, que apesar não ter natureza expressamente definida apresenta valor no mercado financeiro, por este motivo se enquadraria no conceito de bem.

Pelos motivos expostos, o ideal para quem tem interesse em deixar criptoativos a herdeiros seria fazer um testamento secreto, visto que um testamento público seria possível ao público terem acesso a essas moedas e por conseguinte transferirem para outras carteiras, o que impossibilitaria tanto o dono das criptomoedas tanto como os herdeiros de obterem acesso. Desta forma ao realizar o testamento, o testador deveria indicar uma pessoa de confiança que garanta apresentação do testamento ao juízo e garanta a execução apropriada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a presente pesquisa científica possibilitou ter noção sobre diversos aspectos desse universo descentralizado e criptografado dos criptoativos, no que tange o funcionamento, o porquê e como usar, assim como a abordagem da natureza jurídica das criptomoedas em algumas nações e também no Brasil e de como se dá a sua sucessão.

Na presente abordagem tem se demonstrado a controversa relação na regulamentação no território Brasileiro, deste modo no Brasil apenas se tutela o direito virtual em algumas legislações esparsas. Vimos que o poder Legislativo tentou obter êxito com a regulamentação proposto pelo PL nº 2.303/2015, que discutia a inclusão das moedas

virtuais como forma de arranjo de pagamento. Todavia, o projeto de lei foi arquivado por sua complexidade.

Além disso, o STJ por meio do processo CC nº 161123/SP fizeram a melhor classificação até o momento com relação a natureza jurídica das criptomoedas tratando por unanimidade, que os *bitcoins* não seriam moedas propriamente ditas, visto que não são emitidas por ente governamental e nem valores mobiliários. Entretanto, podem ser comparados a bens digitais móveis, visto que se tem a possibilidade de transferência virtual sem a destruição, perda de valor ou quantidade.

E em decorrência dessa carência de regulamentação, e por conta de seu caráter descentralizado e criptografado o Poder Judiciário fica engessado em relação a partilha desses bens, de modo que a melhor opção atualmente, é o testamento cerrado, afim de manter como fundamental a última vontade do testador em sigilo.

Desse modo, após a regulamentação do processo que confirme o testamento, o Juiz deverá fazer a partilha respeitando as normas sucessórias previstas no Diploma Civil e leis específicas, afim de se concretizar a transmissão dos direitos em tela após o falecimento do *de cujus*, devendo transferir os valores correspondentes aos herdeiros ou legatários.

Em conclusão, o Poder Legislativo não poderá permanecer silente sobre este tema por muito tempo, visto que o Judiciário necessita de amparo legal para solucionar de maneira uniforme os conflitos que vêm surgindo. Para isso, é preciso a elaboração de Proposta de Lei completa, isto é, que conceitue herança digital, determine a distinção entre os bens digitais de valor econômico e meramente afetivos, possibilite a transmissão do conteúdo personalíssimo mediante testamento ou outro documento que comprove a vontade do *de cujus* e os possíveis atos a serem realizados pelos sucessores quanto ao acervo digital herdado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.303, de 08 de julho de 2015. Propõe a alteração à lei 12.865, de 2013 e a Lei 9.613, de 1998. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>>. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.099, de 20 de junho de 2012. Propõe a alteração do art. 1.788 da Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Disponível em:

<www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Institui a Proteção da Propriedade Intelectual de Programa de Computador. Diário Oficial da União, Brasília, 20 fev. 1998. Disponível em: . Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 20 fev. 1998. Disponível em: . Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.847, de 12 de dezembro de 2012. Propõe a criação do Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo CC nº 161123-SP. EMENTA: Conflito negativo de competência. Inquérito policial. Justiça Estadual e Justiça Federal. Investigado que atuava como trader de criptomoeda (bitcoin), oferecendo rentabilidade fixa aos investidores. [...] A operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Brasília, 28 de nov. de 2018. Diário de Justiça da União, Brasília, 5 de dez. 2018. 3ª SEÇÃO. Disponível em: . Acesso em: 2 de jan. de 2019.

BRASIL. Receita Federal. Imposto sobre a renda da Pessoa Física Perguntas e Respostas. 2017b. Disponível em: <<https://idg.receita.fazenda.gov.br//interface/cidadao/irpf/2017/perguntao//pir-pf2017perguntas-e-respostas-versao-1-1-03032017.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código de Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: . Acesso em: 8 set. 2018.

CHOLTEEVA, Yoana. Bitcoin and Renewables: is cryptocurrency mining problematic ? **POWER TECHNOLOGY**, disponível em: <https://www.power-technology.com/features/bitcoin-and-renewables-is-cryptocurrency-mining-problematic/> . Acesso em 23/09/2021.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GLASMEYER, Rodrigo; PINHEIRO, Tiago, Regulação das criptomoedas. **BLConsultoria**. Disponível em <https://blconsultoriadigital.com.br/regulacao-das-criptomoedas/>

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro – Direito das sucessões. v.7 São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 447 p

LUCCHESI, Mafalda. Filhos: **Evolução Até a Plena Igualdade Jurídica**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Volume I. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

MARTINS FARIAS NUNES, Flávia; RODRIGUES LOBO MONTEIRO, Matheus e HENRIQUE DUARTE MEDEIROS DE BRITO, Pedro . Aspectos tributários dos criptoativos no Brasil. Termo *In*, dois pontos, **JusBrasil**. Disponível em: www.jus.com.br . Acesso em: <https://jus.com.br/artigos/89117/aspectos-tributarios-dos-criptoativos-no-brasil>.

MENDES DA SILVA, Tiago. A Transmissão de Herança das Moedas Virtuais com Ênfase no Bitcoin, Críciúma, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil – Parte Geral. V.6. São Paulo Saraiva, 2003.

MCCLANDLES, Christopher. Citação da Epígrafe em seu livro pós-morte "Happiness is only real when shared", 1992

NETO, Inácio Carvalho. **Introdução ao direito das sucessões**. In: Cassetari, Christiano; Menin, Márcia Maria (Coords.). Hironaka, Giselda M. Novaes (Org). Direito das Sucessões. v. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Barbara das; CÍCERI, Pedro Bitor Botan. A Tributação dos Criptoativos No Brasil: Desafios das Tecnologias Disruptivas e o Tratamento Tributário Brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da Oab-Pr**, Paraná, v. 3, n. 3, p. 125-163, dez. 2018. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>. Acesso em: 15 set. 2020.

RUBINSTEIN, Gabriel. Queremos o Brasil na vanguarda, alocando reservas em bitcoin', diz deputado. Termo *In*, dois pontos, **Exame**. Disponível em: <https://exame.com/future-of->

[money/regulacao/queremos-o-brasil-na-vanguarda-allocando-reservas-em-bitcoin-diz-deputado/](https://www.conteudojuridico.com.br/money/regulacao/queremos-o-brasil-na-vanguarda-allocando-reservas-em-bitcoin-diz-deputado/)

RUBINSTEINN, Gabriel. Ação contra Lei Bitcoin é apontada como manobra do governo em El Salvador. **Exame**, disponível em: <https://exame.com/future-of-money/regulacao/acao-contra-lei-bitcoin-e-apontada-como-manobra-do-governo-em-el-salvador/>, último acesso em 16/09/2021

SANTINO, Renato. Dono de corretora de Bitcoin morre e leva R\$ 700 milhões dos clientes consigo. **Olhar Digital**. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2019/02/04/noticias/dono-de-corretora-de-bitcoin-morre-e-leva-r-700-milhoes-dos-clientes-consigo/> Acesso em 30/11/2021

SOUZA, Cleber. Como fica a economia de El Salvador após adoção do bitcoin como moeda oficial. **CNN Brasil**, disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/como-fica-a-economia-de-el-salvador-apos-adocao-do-bitcoin-como-moeda-oficial/>. Acesso em: 19/09/2021.

Superior Tribunal Federal. Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. 2017. Disponível em: . Acesso em: 30 out. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. . Direito das sucessões: Lei nº10.406, de 10.01.2002. 4. ed. rev. e atual Rio de Janeiro: Forense, 2008. 811

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral. V. 1**, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

O IMPACTO DA QUARENTENA NO AUMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

JÉSSICA PERMEGIANI FARIA:
Bacharelada em Direito pela
Universidade Brasil - Campus:
Fernandópolis/SP.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar o impacto que a pandemia de COVID-19 teve no aumento da violência contra a mulher. Observa-se que, além dos prejuízos causados pela doença, a quarentena, período em que as pessoas tiveram que permanecer em suas casas por conta da COVID 19, também contribuiu para que as mulheres sofressem mais com a violência doméstica por estarem em contato permanente com os seus agressores. Sendo assim, este trabalho, ao realizar a análise deste cenário, pretende contribuir com o esclarecimento das leis que protegem a mulher e apresentar propostas de intervenções sociais e governamentais.

Palavras-chave: Pandemia. Mulheres. Violência. Traumas. Leis. Direitos.

ABSTRACT: This article aims to analyze the impact that the COVID-19 pandemic has had on the increase in violence against women. It is observed that, in addition to the damage caused by the disease, quarantine, a period in which people had to stay in their homes because of COVID 19, also contributed to women suffering more from domestic violence because they were in permanent contact with their aggressors. Therefore, this work, by analyzing this scenario, intends to contribute to the clarification of the laws that protect women and to present proposals for social and governmental interventions.

Keywords: Pandemic. Womem. Violence. Traums. Laws Right.

INTRODUÇÃO

No Brasil, estima-se que cinco mulheres são espancadas a cada 2 minutos; o parceiro (marido, namorado ou ex) é o responsável por mais de 80% dos casos reportados, segundo a pesquisa Mulheres Brasileiras nos Espaços Público e Privado (FPA/Sesc, 2010). A violência contra a mulher é todo ato lesivo que resulta em dano físico, psicológico, sexual, patrimonial, que tenha por motivação principal o gênero, ou seja, é praticado contra mulheres expressamente pelo fato de serem mulheres.

A violência contra a mulher pode ser praticada no âmbito da vida privada em ações individuais, exemplos disso são: assédio, violência doméstica, estupro, feminicídio, assédio psicológico, assédio moral, perseguição, chantagem, ciúmes, etc.

No entanto, a violência contra a mulher também pode ser praticada como ação coletiva, é o caso, por exemplo, de políticas estatais de mutilação genital feminina ainda hoje praticada em alguns lugares. A ação coletiva de violência também pode ser praticada por organizações criminosas, como a rede de tráfico de mulheres para prostituição forçada.

Este tema é visto com olhos de dor e tristeza por muitas mulheres que já sofreram, já viveu a violência, mas é de alerta as outras que ainda não tem conhecimento, ou que não passou por violência, mas já passou por algumas situações parecidas. É nítido o quanto este assunto é atual, e precisa ser reforçado antes que aconteçam mais tragédias com as mulheres. É necessário ser exposto as leis criadas por conta destas violências, e as campanhas realizadas para mulheres com traumas e ajuda psicológica, para que essas que passam violência e tem medo de denunciar, saber que ela não está sozinha.

LEI MARIA DA PENHA

Maria da Penha é uma farmacêutica brasileira, natural do Ceará, que sofreu constantes agressões por parte do marido.

Em 1983, seu esposo tentou matá-la com um tiro de espingarda. Apesar de ter escapado da morte, ele a deixou paraplégica. Quando, finalmente, voltou à casa, sofreu nova tentativa de assassinato, pois o marido tentou eletrocutá-la. Quando criou coragem para denunciar seu agressor, Maria da Penha se deparou com uma situação que muitas mulheres enfrentavam neste caso: incredulidade por parte da Justiça brasileira.

Por sua parte, a defesa do agressor sempre alegava irregularidades no processo e o suspeito aguardava o julgamento em liberdade. Em 1994, Maria da Penha lança o livro "*Sobrevivi...posso contar*" onde narra as violências sofridas por ela e pelas três filhas.

Da mesma forma, resolve acionar o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

Estes organismos encaminham seu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização [HYPERLINK "https://www.todamateria.com.br/oea-organizacao-dos-estados-americanos/"](https://www.todamateria.com.br/oea-organizacao-dos-estados-americanos/) dos Estados Americanos (OEA), em 1998.

O caso de Maria da Penha só foi solucionado em 2002 quando o Estado brasileiro foi condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desta maneira, o Brasil teve que se comprometer em reformular suas leis e políticas em relação à violência doméstica.

Anos depois de ter entrado em vigor, a lei Maria da Penha pode ser considerada um sucesso. Apenas 2% dos brasileiros nunca ouviram falar desta lei e houve um aumento de 86% de denúncias de violência familiar e doméstica após sua criação. Para ajudar as vítimas de violência, o governo disponibilizou o número 180 no qual a pessoa que se sente vítima de violência pode denunciar seu agressor. Igualmente, instituiu as Casa da Mulher Brasileira com o objetivo específico de acolher a mulher que não tem para onde ir.

VIOLÊNCIA DA MULHER ANTES DA PANDEMIA

Na Antiguidade Clássica existia uma sociedade marcada pela desigualdade e exercício despótico da autoridade pelo “pater família”, senhor absoluto e incontestável, que detinha poder de vida e morte sobre sua mulher e filhos, e sobre quaisquer outras pessoas que vivessem sob seus domínios. Em resumo, sua vontade era lei soberana e incontestável. O homem como papel de senhor absoluto de seus domínios perdurou através dos tempos e, ainda no Brasil – colônia, era permitido àquele que surpreendesse sua mulher em adultério, matar o casal de amantes, previsto na legislação portuguesa (DIAS, 2007, p. 21).

Em 1830, o primeiro Código Penal Brasileiro, suprimiu tal permissão, mas como mudar, de forma tão rápida como a vigência das leis exige, a cultura de um povo que durante anos suas gerações cresceram, viveram e presenciaram tal comportamento como se correto fosse? Pois ainda se acreditava que a infidelidade da mulher feria os direitos do marido, onde sua honra manchada só se lavava com sangue da adúltera (CUNHA, 2007, p. 82).

A violência contra a mulher traz em seu seio, relação com as categorias de gênero, classe e etnia e sua relação de poder. Tais relações estão retratadas numa ordem patriarcal proeminente da sociedade brasileira, a qual atribuiu aos homens o direito de dominar e controlar suas mulheres, podendo em certos casos, atingir os limites da violência, gerando a morte da vítima.

Nos anos 70, os movimentos feministas tinham uma força muito grande e eram muito atuantes, e um deles na época, o SOS Mulher catalogou 722 crimes impunes de homens contra mulheres cometidos por ciúmes. Diante dos dados coletados e do crime ocorrido em 1976, que abalou a sociedade brasileira, o caso Ângela Diniz que foi morta pelo seu companheiro com quatro tiros, houve uma comoção nacional. Como resultado, a mobilização da ala feminista e da sociedade, o agressor foi condenado e se tornou um marco na história da luta das mulheres, demonstrando que elas não estavam mais dispostas a aceitar passivos os desmandos de uma sociedade patriarcal, em que o homem é dono de sua vida e dela pode dispor (DIAS, 2007, p. 21).

Constata-se então que a violência contra a mulher tem raízes profundas que estão situadas ao longo da história, sendo, portanto de difícil desconstrução. A passos lentos, somente em 1988 foi que a Constituição Federal igualou os direitos entre homens e mulheres, retirando do nosso ordenamento os inúmeros dispositivos que tratavam de forma discriminatória a mulher e deu a responsabilidade ao Estado de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (CF, art. 226, § 8º).

Aplicava-se aos casos de agressão cometidos no âmbito doméstico a Lei nº 9.099/95, que previa nesses casos penas como o pagamento de cestas básicas ou prestação de serviços comunitários. A falta de uma lei específica para tratar de tal violência de forma mais eficiente fez com que generalizasse a ideia da impunidade aos agressores, visto que a violência contra uma mulher era ridicularizada e renegada a um problema social, possuindo uma penalidade ínfima como o pagamento de cestas básicas.

Em 1983 outro crime chocou não só o país, mas a comunidade internacional também, que foi a violência ocorrida contra Maria da Penha, que ficou paraplégica após ter sido vítima de seu, a época, marido. Com sua luta e apoio de organizações de defesa dos Direitos Humanos conseguiu condenar seu agressor e mudar a legislação de seu país (CUNHA, 2007, p. 82).

Assim surgiu a Lei 11.340/06, esta específica para tratar da violência doméstica contra a mulher, onde a edição desse diploma legal se reveste de grande importância por tratar de tal crime sob vários aspectos: punitivos, preventivos, protetivos e de integração e esforço em conjunto do Poder Público.

Contudo há de ser ressaltar que a criação dessa legislação não foi algo pacífico e sim de muita luta, pois apesar do Brasil ter assinado tratados de proteção e contra a violência da mulher, o sistema penal brasileiro era negligente com relação ao tema, conforme será tratado na próxima seção.

COVID 19 / ISOLAMENTO SOCIAL

A doença provocada pelo novo Corona vírus é oficialmente conhecida como COVID -19, vírus que causa doença respiratória. Com casos inicialmente registrados na China e hoje espalhados por todo o mundo. Quadro pode variar de leve a moderado, semelhante a uma gripe. O isolamento social, corresponde a uma medida em que o paciente doente é isolado de indivíduos não doentes afim de se evitar a disseminação da doença.

O Distanciamento social, nesse caso, para evitar a disseminação do vírus, o governo decreta que as pessoas evitem aglomerações, suspende a realização de grandes

eventos, e pede que fiquem em casa o máximo possível, mantendo-se uma distância segura umas das outras.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES.

Primitivamente a mulher exercia uma função social igual à do homem, enquanto este ia caçar e pescar a mulher desempenhava as atividades agrícolas e as tarefas domésticas, sendo as comunidades primitivas desprovidas de matérias jurídicas, prevalecendo o direito repressivo (Tabosa, 2005). Com a evolução da sociedade e sua complexidade, o direito como efeito das mudanças também evoluiu, porém em relação a mulher o desenvolvimento se dá muito lentamente, visto que com o aumento da riqueza individual do homem, a monopolização política e a queda do direito materno ocorreram uma enorme desigualdade jurídico-social, entre homens e mulheres.

No Brasil - Colônia permaneceu a diferenciação quanto a educação feminina, em que a igreja agora dominante deu início a educação não incluindo as mulheres, tendo as mesmas dois motivos para viver, quais sejam, o lar e a igreja, submissas ao pai, ao marido e a religião. Esta submissão se dava ao fato do desejo de mantê-las alienadas quanto aos conhecimentos que lhes permitissem pensar em igualdade de direitos, não permitindo a elas, estudar e aprender. Ao homem não era imputado pena quanto a aplicação de castigos corporais à mulher e aos filhos, o pátrio poder era de exclusividade do marido, não podendo a mulher, praticar quase nenhum ato sem autorização do mesmo, sendo este o período das Ordenações Filipinas que vigeu por mais de trezentos anos, até o ano de 1916. Com a implantação do regime republicano brasileiro, foi mantido o poder patriarcal, porém de forma mais branda, tendo sido retirado do marido o direito de impor castigos corporais a mulher e aos filhos.

A partir do momento que a mulher passou a produzir riquezas, em um mundo hoje capitalista, passou a auferir espaço no mercado de trabalho com sua contribuição econômica, selando, portanto, sua independência, surgindo o equilíbrio entre os direitos e obrigações dos homens e das mulheres, principalmente a partir da Lei 4.121/62.

VIOLÊNCIA NO ÂMBITO FAMILIAR

Sabemos que nenhuma família é perfeita, todas têm seus altos e baixos, e a violência contra as mulheres geralmente mãe de família, traz aspectos que devem ser analisados e perceptivos durante a atualidade. Companheiros e ex-companheiros, familiares, amigos, conhecidos ou vizinhos foram os responsáveis por 68% dos casos de violência física, 65% da violência psicológica e 38% da violência sexual sofrida por mulheres no estado do Rio de Janeiro em 2016. É o que aponta a 12ª edição do Dossiê Mulher, lançada hoje (7) pelo Instituto de Segurança Pública (ISP) do estado.

Pais, padrastos, parentes, conhecidos, amigos e vizinhos também foram acusados de 37% dos estupros de vulneráveis no período. No total, 2.226 meninas de até 14 anos foram vítimas de estupro, o que corresponde a 55,5% dos registros deste crime. Mais de 60% dos estupros e dos crimes de lesão corporal dolosa e 40% das tentativas de homicídio contra as mulheres ocorreram dentro de casa.

Como fica as crianças diante de uma situação como essa? As crianças tendem a ficar com medo e raiva do pai agressor. Birras, choros e agressividade são comportamentos que demonstram o sofrimento de quem presencia o abuso doméstico. Outra atitude comum é querer chamar atenção, com o intuito de encerrar uma briga. Na escola, os mesmos comportamentos podem aparecer, além do déficit de atenção, que não necessariamente será um diagnóstico de uma vida toda, mas sim daquele momento.

Caso a mãe não se retire do relacionamento abusivo, e as agressões tornem-se contínuas e progressivas, como é a tendência, aí, sim, o déficit de atenção pode se tornar um diagnóstico. Essas circunstâncias podem desencadear na criança ou adolescente um excesso de tensão com a chegada do pai em casa, seguido de uma constância de taquicardia, por ser um estresse muito além do que ela deveria suportar.

O jovem também pode se tornar maduro antes da hora, com um senso de responsabilidade grande sobre a família. E, quando adulto, pode chegar a um esgotamento emocional seguido de síndrome do pânico e depressão. Outras possibilidades são a compulsão alimentar (com ou sem obesidade) e a dependência química, ambos iniciados como uma necessidade de fuga da realidade.

FEMINICÍDIO

O feminicídio é o homicídio praticado contra a mulher em decorrência do fato de ela ser mulher (misoginia e menosprezo pela condição feminina ou discriminação de gênero, fatores que também podem envolver violência sexual) ou em decorrência de violência doméstica. A lei 13.104/15, mais conhecida como Lei do Feminicídio, alterou o Código Penal brasileiro, incluindo como qualificadora do crime de homicídio o feminicídio.

A Lei do Feminicídio não enquadra, indiscriminadamente, qualquer assassinato de mulheres como um ato de feminicídio. O desconhecimento do conteúdo da lei levou diversos setores, principalmente os mais conservadores, a questionarem a necessidade de sua implementação. Devemos ter em mente que a lei somente aplica-se nos casos descritos a seguir:

Violência doméstica ou familiar: quando o crime resulta da violência doméstica ou é praticado junto a ela, ou seja, quando o homicida é um familiar da vítima ou já manteve algum tipo de laço afetivo com ela. Esse tipo de feminicídio é o mais comum no Brasil, ao contrário de outros países da América Latina, em que a violência contra a mulher é praticada, comumente, por desconhecidos, geralmente com a presença de violência sexual.

Menosprezo ou discriminação contra a condição da mulher: quando o crime resulta da discriminação de gênero, manifestada pela misoginia e pela objetificação da mulher.

Quando o assassinato de uma mulher é decorrente, por exemplo, de latrocínio (roubo seguido de morte) ou de uma briga simples entre desconhecidos ou é praticado por outra mulher, não há a configuração de feminicídio. O feminicídio somente qualificará um homicídio nos casos descritos nos tópicos acima.

Lei 13.104/15, mais conhecida como Lei do feminicídio, introduz um qualificador na categoria de crimes contra a vida e altera a categoria dos chamados crimes hediondos, acrescentando nessa categoria o feminicídio. Confira a lei:

Feminicídio (incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:

Pena – reclusão de doze a trinta anos.

§ 2º-A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena.

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou ascendente da vítima. (NR)

Art. 2º - O art 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI);

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Brasília, 9 de março de 2015, 194º da Independência e 127º da República.

Também houve alteração da seção dos crimes hediondos (lei nº 8.072/90) por meio da lei 13.104/15, que colocou o feminicídio na mesma categoria desses crimes, o que resultou na necessidade de se formar um Tribunal do Júri, ou o conhecido júri popular, para julgar os réus de feminicídio.

CONCLUSÃO

O impacto da quarentena na vida das pessoas é grande, além da desigualdade, fome, desemprego e muito mais, a violência que já era um número exorbitante passou a aumentar cada vez mais, além de traumas e tragédias acontecendo por conta desta doença, mulheres sendo vítimas a cada segundo, do seu ex marido ou namorado, seu companheiro, vizinho, padrasto e etc.

A violência doméstica contra a mulher constitui um grave problema que carece de ser reconhecido e enfrentado, tanto pela sociedade como pelos órgãos governamentais, através da criação de políticas públicas que contemplem sua prevenção e combate, assim como o fortalecimento da rede de apoio à vítima. É imperioso que este fenômeno não seja compreendido em nível individual e privado, mas sim como uma questão de direitos humanos, pois, além de afrontar a dignidade da pessoa humana, impede o desenvolvimento pleno da cidadania da mulher.

O primeiro passo no enfrentamento é entender que o problema é complexo e precisa de diferentes atores – inclusive da sociedade – envolvidos na solução. Para quebrar o ciclo de violência a mulher precisa, além da divulgação de canais de denúncia, de suporte e contato de parentes, amigos e pessoas próximas.

Focar em soluções de curto prazo é recomendado nesse período. As principais soluções giram em torno de:

- 180 " Disque-denúncia do governo federal.

Investimento na ampliação e divulgação de serviços de denúncia e fiscalização

Integração de serviços essenciais (como farmácias e supermercados) na solução

Fornecimento de abrigos (como hotéis) para mulheres em risco

Fornecimento de auxílio e psicóloga

Divulgação nas redes de comunicação, TV, internet, tudo.

Apoio da sociedade

Além dessas soluções, questionar a violência e o machismo estrutural também é papel de cada um de nós. Como em outros aspectos dessa pandemia, a nossa capacidade de apoiar quem precisa está sendo posta à prova. A solidariedade nunca foi tão importante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artigos na internet:

Aumento de violência contra mulher em tempos de quarentena, disponível em <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=408023>. Acesso em: 10 out. 2021

Violência doméstica dispara na quarentena, como reconhecer, proteger e denunciar, disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-servico/violencia-domestica-dispara-na-quarentena-como-reconhecer-protger-de> [HYPERLINK "https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-servico/violencia-domestica-dispara-na-quarentena-como-reconhecer-protger-denunciar-24405355"](https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-servico/violencia-domestica-dispara-na-quarentena-como-reconhecer-protger-denunciar-24405355) [HYPERLINK "https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-servico/violencia-domestica-dispara-na-quarentena-como-reconhecer-protger-denunciar-24405355"](https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-servico/violencia-domestica-dispara-na-quarentena-como-reconhecer-protger-denunciar-24405355) [HYPERLINK "https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-servico/violencia-domestica-dispara-](https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-servico/violencia-domestica-dispara-na-quarentena-como-reconhecer-protger-denunciar-24405355)

[na-quarentena-como-reconhecer-protoger-denunciar-24405355"nunciar-24405355.](#)
Acesso em :10 out. 2021.

Denunciar e buscar ajuda a vítimas de violência contra mulheres (Ligue 180), disponível em [http HYPERLINK "https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-e-buscar-ajuda-a-vitimas-de-violencia-contra-mulheres"](https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-e-buscar-ajuda-a-vitimas-de-violencia-contra-mulheres) HYPERLINK "https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-e-buscar-ajuda-a-vitimas-de-violencia-contra-mulheres" HYPERLINK "https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-e-buscar-ajuda-a-vitimas-de-violencia-contra-mulheres"s://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-e-buscar-ajuda-a-vitimas-de-violencia-contra-mulheres. Acesso em :11 out. 2021.

Lei Federal 11.340/2006, disponível em <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/resumo-da-lei-maria-da-penha.html>. Acesso em :11 out. 2021.

Feminicídio: o que é, lei, casos no Brasil e tipos – Brasil Escola, disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/feminicidio.htm#:~:text=O%20feminic%C3%ADdio%20%C3%A9%20o%20homic%C3%ADdio,em%20decorr%C3%Aancia%20de%20viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica>. Acesso em :11 out. 2021.

O IMPACTO DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NA PERSECUÇÃO PENAL E A DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

GUILHERME DE JESUS AQUINO:

Discente do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Amazonas

FERNANDO FIGUEIREDO SEREJO MESTRINHO

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo avaliar a implementação dos avanços tecnológicos na persecução criminal e as respectivas modificações empregadas pelos novos meios. Assim como, faz-se necessária a análise da proteção aos direitos e garantias fundamentais, considerando os impactos envolvendo os avanços digitais no âmbito judicial. Sendo assim, para alcançar os devidos fins da pesquisa, será utilizada a metodologia qualitativa e fundamentação bibliográfica, de modo a trazer os principais aspectos doutrinários, jurisprudências e legislativos quanto à eficácia dos meios tecnológicos na persecução penal em prol da efetivação do devido processo legal.

Palavras chaves: avanços tecnológicos, persecução criminal, processo penal, direitos e garantias.

ABSTRACT: This article aims to evaluate the implementation of technological advances in criminal prosecution and the respective modifications employed by the new media. As well, it is necessary to analyze the protection of fundamental rights and guarantees, considering the impacts involving digital advances in the judicial sphere. Therefore, in order to achieve the proper purposes of the research, a qualitative methodology and bibliographic reasoning will be used, in order to bring the main doctrinal, jurisprudence and legislative aspects regarding the effectiveness of technological means in criminal prosecution for the effectiveness of due process.

Keywords: technological advances, criminal prosecution, criminal procedure, rights and guarantees.

Sumário 1. introdução, 2. Desenvolvimento, 2.1. Direitos e Garantias Fundamentais, 2.2. Os Avanços Tecnológicos como meio de aprimoramento da persecução penal, 2.3. O impacto da tecnologia na produção probatória, 2.4. Avanços na legislação atrelada às tecnologias e abordagem jurisprudencial, 3. Conclusão, 4. Referências

1.INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico nos últimos 50 anos tem sido marcado por um intenso avanço tecnológico, transformando as sociedades de modo geral, inclusive abrindo uma plataforma nunca vista de transmissão de informações, dados e bens em uma velocidade inimaginável (Pinto, 2016).

O desenvolvimento tecnológico reflete também no ordenamento jurídico, vez que, as normas que integram o Estado de Direito tendem a acompanhar a evolução tecnológica nos séculos XX e XXI (Brito, 2017).

Na esfera do Direito Penal e Processual Penal, as mudanças não são diferentes, tais ramos do Direito, enfrentam limitações na implementação de mecanismos de prevenção e repressão capazes de combater de forma eficaz os novos fenômenos de criminalidade, tendencialmente mais rápidos e menos visíveis, preservando os bens jurídicos mais relevantes na sociedade e resguardando os direitos protetivos individuais e sociais resguardados no texto constitucional (Brito, 2017).

Conforme aborda Siqueira (2020), diversos atos processuais podem ser facilitados através do uso de recursos tecnológicos, porém, mesmo diante da inegável importância dada aos recursos tecnológicos frente ao desempenho do atual sistema processual penal, é necessário garantir que essa inserção tecnológica respeite os limites da administração da justiça e de todo o rito judicial exigido pelo processo criminal, a fim de não exacerbar dos limites estatais impostos pelo próprio *jus puniendi*, conferindo plena obediência às normas expressas na Carta Magna.

A figura do *jus puniendi* se "otimizar", deve conciliar a eficácia da efetivação do uso de novas tecnologias e garantia no âmbito da proteção dos direitos fundamentais, no que se refere às legalidades e os direitos atreladas ao indiciado ou réu em um processo criminal em trâmite.

Nesta senda, a implementação de tecnologias tais quais a interceptação telefônica e a obtenção de dados digitais ou telemáticos, possui imensurável proveito no âmbito da obtenção probatória no processo penal, em vista de que os elementos informativos derivados de tais meios, apesar da ausência do contraditório, possuem a capacidade de assumir valor probatório no processo penal a favor da acusação, no que se refere à prova irrepetíveis (Barbosa, 2019).

No entanto, se as provas processo (procedimento) preparatório, em que existe formação de prova, obtidas através de referida cautelar forem eivadas de ilicitude, quanto à violação ao direito material, referente aos direitos e garantias constitucionais dispostas na Constituição Federal, de nada contribuirão para a efetivação de um processo penal legal.

A presente pesquisa se justifica através da pertinência que os recursos tecnológicos dispõem na atualidade, em meio a um Direito Processual Penal em constante adaptação, transcorrendo a transmissão das problemáticas abordadas anteriormente, a fim de que os pontos citados tenham sua devida atenção e eficiência quanto a sua resolução.

Ao analisar o tema originou-se o objetivo geral: “Avaliar como implementação dos avanços tecnológicos vem modificando e evoluindo na persecução criminal, analisando a ocorrência da defesa dos direitos e garantias fundamentais em faces dos impactos envolvendo os avanços tecnológicos no da persecução penal”.

Para responder o objetivo geral, dividiu-se em objetivos específicos: (i) verificar em pesquisas científicas, a como a utilização da tecnologia vem auxiliando à repressão delituosa e (ii) analisar como a legislação e a jurisprudência brasileira vem se modificando a fim de acompanhar os avanços tecnológicos e assegurando a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Levanta-se a seguinte hipótese, de que as implementações das tecnologias na esfera criminal vêm trazendo modificações no processo penal, porém, podem implicar na violação de direitos e garantias fundamentais.

A pesquisa quanto sua abordagem será uma pesquisa qualitativa e com fundamentação bibliográfica, partindo-se de levantamentos legislativos, presentes em respectivamente obras historiográficas e documentos jurídicos, a fim de adquirir informações de embasamentos.

Quanto aos objetivos, a pesquisa será descritiva pois, a pesquisa descritiva tem como principal objetivo descrever características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis. Em relação aos procedimentos utilizados, a pesquisa classifica-se como bibliográfica e documental. Beuren (2012).

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Direitos e Garantias Fundamentais

Segundo Sarmento (2016), os direitos fundamentais de defesa caracterizam-se como deveres de abstenção e não interferência do Estado no quanto à autodeterminação do indivíduo, limitando a ação do Estado, mas também contra as violações das liberdades por parte dos particulares, sendo passível de reparação às lesões ocasionadas.

A proteção aos direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano foi plantada no seio das diversas sociedades ocidentais, gradativamente através dos tempos, objetivando a proteção contra os abusos do Estado, por meio de seus agentes, instituições

e mecanismos. A referida proteção encontra-se positivada nos mais diversos ordenamentos legais (Dos Santos, 2012).

Os direitos fundamentais de defesa, normas de competência negativa dos Estados e centrada em vedar a intervenção do Estado, encontra-se disposta no art. 5º da Constituição Federal, por exemplo, o direito à privacidade da correspondência, o direito à inviolabilidade do domicílio, o direito ao devido processo legal. Os direitos fundamentais prestacionais, caracterizados como um dever prestacional do Estado e focado em uma ação positiva do ente estatal, está expressa no art. 6º da Carta Magna brasileira, representando os direitos de natureza social (Sarmiento, 2016).

Ao abordar sobre aspecto da segurança pública, a Constituição Federal de 1988, introduziu em seu artigo 144, as competências que lhe são inerentes:

“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 (...)”. (BRASIL, 1988)

Através do referido pressuposto, é possível delimitar que as atividades preventivas e repressivas aos delitos de natureza penal, observando os devidos princípios inerentes ao Direito Penal, devem ser pautadas pela observância das premissas do respeito, da dignidade da pessoa humana e da privacidade ao ser humano, observando, além disso, as normas positivadas dos direitos e garantias fundamentais (Dos Santos, 2012).

Assim, a busca da verdade e a realização da “*justiça*” possui limites impostos pela Lei Maior, não havendo a possibilidade de que a Constituição preveja a possibilidade de restrição e que haja dois ou mais direitos ou interesses constitucionalmente protegidos em conflito (SILVEIRA, 2017).

No entanto, importa ressaltar que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, podendo ser infringidos caso seja necessário proteger os objetivos primários do Estado, uma vez que, as normas constitucionais possuem um mesmo grau de hierarquia, formando um conjunto harmônico entre si. Dessa forma, a fim de apaziguar um conflito de direitos fundamentais o Poder Judiciário deve atentar-se aos pressupostos de adequação, necessidade e proporcionalidade (Silveira, 2017).

2.2 Os Avanços Tecnológicos como meio de aprimoramento da persecução penal

Na "*Era da Informação*" a necessidade de utilização de recursos avançados em busca do aperfeiçoamento das técnicas investigativas atuais representou uma necessidade na alçada da ação da autoridade policial. (Soares, 2014).

Nesta senda, o surgimento de uma nova sociedade emergente, denominada "*Sociedade Informacional*", despertou a prática de um novo fenômeno criminal, impulsionado pela sensação de anonimato e impunidade e pela potencialização dos danos aos bens jurídicos protegidos. Essa nova criminalidade, acompanha os avanços tecnológicos e utiliza os novos gadgets, novos meios eletrônicos e novos mecanismos que a rede mundial de computadores dispõe (Bueno, 2019).

Diante desse novo fenômeno delitivo, o Estado possui a ônus de incrementar os mecanismos repressivos e preventivos capazes de combater eficazmente o dito fenômeno, através de novas técnicas de percepção, detecção e enfrentamento (Bueno, 2019).

Conforme aponta Da Rosa (2021), no âmbito da investigação criminal apresenta quatro problemas primordiais, são eles:

"1) o procedimento misto, composto pela estrutura bifásica (investigação e processo); (2) a burocracia com escrituração de todos atos e lentidão na tramitação, inerente a um modelo jurisdicional de trâmite; (3) não reconhecimento pela autoridade judiciária de defeitos processuais decorrentes das nulidades do inquérito; e (4) abusos de autoridade." (Da Rosa, 2021)

Desta forma, a Autoridade Policial foi obrigada a dispor de meios de elucidação cada vez mais criativos e, auxiliado com os mais recentes recursos tecnológicos alcançáveis, tais quais interceptações, câmeras e escutas variadas, aparelhos de raio X, microfones direcionais, gravações, filmagens, Ground positioning System (GPS), monitoramento de dados informáticos, (IPs, programas espíões, comunidades virtuais), análises psicológicas, banco de dados e perfis genéticos, criminologia atuarial, entre outros (Soares, 2014).

Segundo Da Rosa (2021), a introdução de novas tecnologias possui o corolário de solucionar os reflexos do procedimento bifásico, pois permitem novas práticas e, conseqüentemente, podem refletir na efetivação das normas constitucionais.

Entre as inovações trazidas para o campo da investigação criminal pode ser citado a implementação da Interceptação Telefônica, regulamentado pela Lei nº 9296/96, a

referida legislação disciplina a interceptação telefônica como meio probatório tanto na fase preparatório como incidental do processo, mediante autorização judiciária para a quebra do sigilo telefônico (Antonialli, 2019).

Embora a implementação das interceptações já é utilizadas há décadas, o referido mecanismo jurídico está em constante evolução, sendo amplamente utilizado pela autoridade policial, principalmente na repressão dos crimes de drogas, envolvendo a atuação de organizações criminosas. Analisa Antonialli (2019), que a Interceptação Telefônica evoluiu para também abranger os meios digitais e os elementos colhidos através do acesso aos smartphones, como é o caso das comunicações feitas através da Redes Sociais *WhatsApp, MSN, Skype, Facebook* etc.

A interceptação telefônica representa uma exceção à inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, permitindo a quebra do sigilo de comunicações por ordem judicial.

A utilização das redes sociais citadas, caracteriza-se como direito probatório de terceira geração referente ao uso das provas invasivas de alta tecnologia, que permitem alcançar resultados que aqueles métodos tradicionais não permitiriam (Antonialli 2019).

Ressalta Lins (2001), que nos casos envolvendo crimes cibernéticos, a interceptação telefônica, quebra se sigilo telefônico e de dados e quebra do Sigilo Telemático, representam um dos principais métodos de investigação utilizados pela autoridade policial, desde que haja autorização judicial, como também, a polícia judiciária deve comprovar que outros meios de prova seriam ineficazes para esclarecimento dos fatos. Nessa perspectiva ressalta o autor que as referidas limitações representam amparo à proteção dos dados, nos moldes do artigo 5º, inciso XII, da CRFB⁴¹.

Outro exemplo de elemento de prova obtido através do direito probatório de terceira geração são as obtidas pelos exames de DNA nos bancos de dados de perfis genéticos para fins de investigação e identificação criminal como nova tecnologia a serviço do Direito Penal brasileiro. Antes utilizavam-se apenas a identificação datiloscópica e a fotográfica, de modo que agora a identificação pode se dar também pelo banco de dados, regulamentado na Lei nº 12.654/2012 (Hickmann 2014).

⁴¹ Dispõe o inciso XII, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"

A coleta de perfil genético para fins de identificação criminal encontra-se disposto na Lei nº 12.654/2012, ao qual permitiu a inclusão da coleta de materiais biológicos para a aquisição de perfil genéticos nos casos de identificação criminal e incluindo os dados genéticos em um banco de dados sigilosos (Macorin, 2018).

O banco de dados de perfis genéticos para identificação criminal compreende o armazenamento de informações de indivíduos e a sua comparação com os dados genéticos encontrados no caso específico a ser analisado para finalidade de genética forense. A análise ocorre através da coleta de material biológico humano, geralmente através do *swabs* (espécie de cotonete), caracterizado por um meio não-invasivo de coleta de material genético do indivíduo ou do local do crime (Ramos, 2014).

A partir da coleta do material genético, realiza-se a análise para a extração do perfil genético, que ficará armazenado em banco de dados de perfis genéticos forenses criminais. Os referidos bancos de dados podem servir tanto para a busca da autoria de um delito, quanto para inocentar algum suspeito, o que ocorre por meio da comparação dos perfis genéticos obtidos no local do crime ou de pessoas envolvidas com esse crime, com os perfis genéticos armazenados nas bases de dados dos bancos (Ramos, 2014).

Destaca Macorin (2018), que conforme relatório de maio de 2018, realizado pela RIBPG, existem 10.439 perfis genéticos coletados de indivíduos criminalmente designados e 2703 dados atrelados a pessoas desaparecidas. Nesse sentido, o autor realça que a partir dos perfis genéticos coletados, foram auxiliadas 561 investigações, onde houve 511 coincidências entre os dados genéticos coletados e o perfil dos investigados, portanto, resta evidente como a referida tecnologia auxiliou na elucidação de centenas de delitos.

Não obstante a eficiência que pode ter a partir da coleta de materiais genéticos e a disposição desse material em banco, porém, o referido aparato é dotado de controvérsia quanto sua constitucionalidade de aplicação no processo penal para fins de prova, haja vista que há uma submissão obrigatória à coleta do material genético de condenados de crimes hediondos e os crimes praticados dolosamente, mediante violência grave (Hickmann, 2014).

Outro importante mecanismo introduzido no âmbito das revoluções tecnológicas é o uso do GPS (Ground Positioning System) já implementada no âmbito da Justiça como meio de obtenção de prova (Henriques, 2016).

O GPS compreende um sistema de posicionamento de satélite, que permite determinar a posição de um receptor que se encontre na superfície da Terra, indicando sua posição em latitude, longitude e altitude. O GPS, utiliza um conjunto ou rede de 24 satélites

artificiais, colocados em órbita da Terra, a uma altitude de 20200 km (vinte mil e duzentos quilômetros de altura (Henriques, 2016).

O aparelho recetor localiza, pelo menos, três satélites (em princípio, localizará quatro). Os satélites emitem sinais que são recebidos pelos equipamentos recetores. O recetor, com base nos dados recolhidos, calcula a distância a que se encontra de cada um dos satélites. Conhecendo essas distâncias e aplicando o método da triangulação, o recetor de GPS determina a sua própria localização (Henriques, 2016).

O GPS pode ser usado como meio de obtenção de prova, uma vez que, pode servir para localizar quaisquer pessoas, para quaisquer fins, inclusive para as entidades públicas, nomeadamente as polícias, para fins de investigação criminal e vigilância de particulares (Henriques, 2016).

Merece destaque também *a priori*, que o legislativo vem acompanhando também os avanços na investigação criminal, conforme expõe Bueno (2019), a Lei nº 12.965/2014, também denominada Marco Civil da Internet, dispõe em seu art. 10º ⁴², sobre a possibilidade de fornecimento pelos provedores, mediante representação judicial pelo delegado de polícia ou Ministério Público, dos registros de conexão e de acesso a aplicações pessoais, mediante autorização judicial. Já em relação a dados cadastrais que informem qualificação pessoal, a requisição pode ser feita diretamente aos provedores, sem necessidade de ordem judicial, conforme art. 10º, §3º da Lei nº 12.965/2014⁴³.

Por fim, pode ser citado o uso de inteligência artificial de análise de banco de dados, como ferramenta repressiva e preventiva e de controle social. Cita De França (2020), a inteligência artificial representa um programa ou máquina autônoma, com capacidades de raciocínios semelhantes ao do ser humano, ou, inclusive, maior que de um ser humano, em termos de velocidade de facilidade, capazes sobrar com facilidade sua análise e processamento de dados.

Quanto à viabilidade da Inteligência Artificial na investigação criminal, explana Da Rosa (2021), que o uso da inteligência artificial na vigilância de espaços públicos por meio de câmeras com tecnologia de reconhecimento facial.

⁴² Dispõe o art. 10º da Lei nº 12.965/2014: "A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas."

⁴³ Dispõe o §3º do art. 10º da Lei nº 12.965/2014: "O disposto no **caput** não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição."

Nesse aspecto, destaca a autora, que a implementação desse sistema começou a se popularizar por força das promessas de redução das cifras de criminalidade, de facilitação da captura de foragidos e de identificação de autores de crimes, a fim de evitar nulidades na execução do procedimento de reconhecimento pessoal e, conseqüentemente, evitar a ilicitude da obtenção de prova sobre a autoria da infração penal, assim como reduzir o tempo de tramitação das investigações através do reconhecimento dos autores e captura dos foragidos (Da Rosa, 2021).

Conforme aborda, Da Rosa (2021), a implementação dessa nova tecnologia já vem sendo adotada na China, com mais de 200 milhões de câmeras integradas com algoritmos capazes de proceder com o reconhecimento facial. No Brasil, iniciou-se a implementação de um sistema integrado, formado por onze ferramentas que operam com inteligência artificial e "*big data*". Dessa forma, a introdução dessa inteligência artificial nas câmeras para reconhecimento facial no Brasil, é apenas questão de tempo.

2.3 O impacto da tecnologia na produção probatória

Conforme aponta Da Rosa (2021), a solução para os problemas tradicionais da investigação e instrução penal, mirou apenas na tentativa, sempre parcial, de aprimorar as faltas e insuficiências dos paradigmas estabelecidos, focando na aceleração da tramitação dos procedimentos processuais ao preço da violação das garantias constitucionais.

Não negligenciando a crescente importância da prevenção criminal, é essencial destacar também a danosidade social, expressa no sacrifício de bens jurídicos e direitos fundamentais que a utilização destas modalidades de tecnologia acarreta, podendo lesar gravemente os direitos fundamentais dos arguidos, como por exemplo os direitos a privacidade e ao da intimidade (Silveira, 2017).

Nesse sentido, a utilização de meios tecnológico cada vez mais avançados no direito processual penal implementa um enorme impacto na produção probatória tanto na instrução como na investigação preliminar. Logo, as tecnologias citadas anteriormente, possuem o condão de, indubitavelmente, oferecer vantagem na obtenção da carga probatória capaz de indicar a materialidade e a autoria delitiva, ampliando a eficiência da autoridade investigativa.

Todavia, a exemplo da interceptação telefônica, uso do GPS e afastamentos de sigilos, definidos pela invasão dos espaços de privacidade, são classificados como meios ocultos de obtenção probatória.

Primeiramente, é indispensável esclarecer sobre o que seria os meios de obtenção de prova.

Segundo Lopes Jr, (2018, p, 352) os meios de obtenção de prova são “instrumentos que permitem chegar a elementos ou fontes de provas, aptos a convencer o julgador”⁴⁴.

Após a explanação supra, Alves (2020), esclarece que, os meios ocultos de obtenção de prova, compreendem provas de caráter invasivo impostas contra os particulares, caracterizados por serem ocultados, escondidos, encobertos ou encapotados, sendo particularmente determinados apenas com prévia autorização judiciária, uma vez que, estão eivados de “Cláusula de Reserva de Jurisdição”, em função da qualidade de direitos garantidos constitucionalmente.

Muitas vezes a adoção dos referidos meios ocultos carece de previsão legal exaustiva sobre o procedimento que a produção deve obedecer, abrindo a possibilidade de violação de direitos e garantias fundamentais, além de possibilitar a ocorrência da manipulação de conteúdo probatório, possibilitando a supressão e alteração por parte do investigador ou acusador. Ademais, a seleção prévia e a apresentação de provas obtidas, sem observância do contraditório e ampla defesa, de boa ou má-fé, provoca a licitude da prova e a contaminação das provas dela decorrentes (De Souza 2020).

Diante da inexistência de um regime jurídico aplicável ao meio de produção probatória, o Processo Penal Brasileiro caracteriza esses meios como atípicos. Neste diapasão, o uso de meios atípicos no processo penal não foi vedado, uma vez que, as provas obtidas a partir dele são de extrema relevância para a persecução penal e o nosso regime jurídico não veda a produção, nem utilização de meios de obtenção de provas atípicas. (Patriota, 2022).

2.4 Avanços na legislação atrelada às tecnologias e abordagem jurisprudencial

Conforme aponta Pinto (2016), está ocorrendo no Brasil um fenômeno de banalização da invasão dos ambientes de privacidade dos indivíduos, cujo âmbito de atuação é presenciado na rotina das instruções preliminares no país, onde os órgãos policiais tendem a priorizar a coleta de indícios através da violação do espaço privado de comunicação e armazenamento de dados individuais.

Nesse contexto, é evidente a dicotomia que existe em otimizar a eficácia da utilização das novas tecnologias no âmbito do processo penal, às custas da violação das garantias constitucionais, em prol da obtenção de elementos informativos no processo, resultando na transgressão às regulamentações dispostas na Lei Maior, como por exemplo os direitos fundamentais à inviolabilidade do domicílio, da intimidade, da vida privada e do

⁴⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Saraiva Educação SA, 15ª edição. p. 352, São Paulo, 2018, p. 352

sigilo de dados, comunicações e correspondências, aos quais somente comportam restrição por determinação judicial, nos limites previstos no art. 5º, incisos X, XI, e XII, da Constituição Federal⁴⁵.

Destarte, a ausência de um regime jurídico próprio e a implementação de meios ocultos de obtenção probatória utilizando-se os avanços tecnológicos contemporâneos, sem a observação dos direitos e garantias fundamentais, enseja uma verdadeira insegurança jurídica para com o Estado, detentor do jus puniendi, em assegurar a proteção aos direitos e garantias constitucionais.

Em meio à essa situação de violação de direitos constitucionais, a jurisprudência pátria já se manifestou no sentido de impor limitações à execução de métodos invasivos de obtenção de prova, característicos à restrição de direitos fundamentais, como da intimidade, vida privada, sigilo de dados, comunicações e correspondências, somente pode ocorrer dentro da estrita legalidade, com atendimento a todos os requisitos legais. (Patriota, 2022)

Conforme expõe Pitombo (2005):

“[...] Sob o enfoque constitucional e no curso da persecução penal, só pode ocorrer a restrição a direitos fundamentais dentro da estrita legalidade. A hipótese de restrição há que estar prevista em lei ordinária; ter fins legítimos, evidenciar interesse social concreto, prevalecendo sobre o individual; ser proporcional ao fim almejado; ajustar-se, em sua concretude à finalidade perquirida. Devem ser considerados, também, os concretos meios, colocados à disposição da Justiça Pública, para se atingir o fim desejado sem restringir direito assegurado na Lei Maior. É inaceitável, portanto, redução de direitos fundamentais, sem que se mostrem presentes todos os requisitos, acima enumerados. Faltante, apenas, um deles, arbitrária torna-se a limitação. [...] A aferição dos aludidos requisitos compete, exclusivamente, ao Poder Judiciário.”

⁴⁵ Dispõe os incisos X e XI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: “X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”

Nessa toada, segundo precedente jurisprudencial dado pelo Supremo Tribunal Federal, referindo-se à imposição de restrições a determinados direitos, a Corte Maior indagou sobre a admissibilidade constitucional sobre as restrições estabelecidas pelos métodos invasivos de obtenção de prova, baseando-se com o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, o STF observou o princípio da necessidade para fins de utilização das medidas restritivas, baseando-se na seguinte fórmula: *“o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa”*.

Segue entendimento jurisprudencial retro:

Como já afirmei noutro caso, em que se impugnava ato da mesma Comissão (MS nº 25.812, DJ de 232/02/06), quatro são os requisitos que devem estar presentes, de forma concomitante, para que se autorize a medida excepcional, quais sejam: (a) motivação do ato impugnado; (b) pertinência temática com o que se investiga; (c) necessidade absoluta da medida, no sentido de que o resultado por apurar não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova, e (d) limitação temporal do objeto da medida. (MS 25.966 - MC, Min. CEZAR PELUSO, DJ 22.05.2006,)

A primeira é que se exigem, ao lado dos requisitos da motivação (a) e da pertinência temática com o que se investiga (b), outros de não menor peso. Um deles é a necessidade absoluta da medida (c), no sentido de que o resultado por apurar não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova. Esta exigência é de justificação meridiana, suscetível de ser entendida por toda a gente, pela razão óbvia de que não se pode sacrificar direito fundamental tutelado pela Constituição - o direito à intimidade mediante uso da medida drástica e extrema da quebra de sigilos, quando a existência do fato ou fatos sob investigação pode ser lograda com recurso aos meios ordinários de prova. Restrições absolutas a direito constitucional só se justificam em situações de absoluta excepcionalidade. (BRASIL, 2006)

Importante ressalva é dada ao entendimento jurisprudencial dado pelo STJ ao decidir quanto à ilicitude da interceptação de *WhatsApp Web* após apreensão de aparelho celular, aplicativo de enorme relevância no âmbito das comunicações no ambiente digital.

Argumenta que as conversas constantes do celular, em especial mensagem de texto *SMS* e via aplicativos do tipo *VOIP*, em especial o *Whastapp*, revelam-se verdadeiras formas

de comunicação escrita e imediata entre os interlocutores, o que se caracteriza como efetiva interceptação telefônica não autorizada (Patriota, 2022).

Nesse sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos ("WhatsApp"), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel. (BRASIL, 2018)

Outrossim, merece destaque a decisão recente quanto ao uso de dados no âmbito do uso da Geolocalização, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso em Mandado de Segurança n 68.119-RJ, julgado em 15/03/2022, decidiu quanto à impossibilidade de acesso amplo e irrestrito através da quebra de sigilo de dados pessoais e de registros de geolocalização nos casos em que ocorrer a "possibilidade de violação da intimidade e vida privada de pessoas não diretamente relacionadas à investigação criminal".

No julgado em voga, o STJ rechaçou a ordem judicial de quebra de sigilo pela ausência de previsão legal atribuída pelos artigos 22 e 23 da Lei nº 12.965/2014⁴⁶, Marco Civil da Internet, no que se refere à decisão judicial que determina o acesso amplo e irrestrito de dados pessoais a um número indeterminado de pessoas.

Abaixo teor do julgado:

"Na hipótese vertente, discute-se a possibilidade de decretação de determinação judicial de quebra de sigilo de dados estáticos antes coletados (registros de geolocalização), relacionados à identificação de usuários que operaram em área delimitada e por intervalo de tempo indicado, estando devidamente fundamentada, após pedido

⁴⁶ Dispõe o caput dos artigos 22 e 23 da Lei nº 12.965/2014: "Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registros"

expresso da autoridade competente, no seio de investigação formal, tendo, como referência, fatos relacionados ao suposto cometimento de crime grave.

Extrapolam os limites do entendimento firmado por esta Corte Superior, se a decisão judicial determinar o acesso amplo e irrestrito aos seguintes dados, verbis: 1) que seja dado acesso amplo e irrestrito dos e-mails vinculados aos aparelhos identificados. 2) Que seja fornecido o conteúdo do G. 3) Que seja fornecido o conteúdo do G fotos (incluindo os respectivos metadados – geomarcacão). 4) Que seja fornecido o conteúdo do G D. 5) Que seja fornecida a lista de contatos. 6) Que seja fornecido o histórico de localização, incluindo os trajetos pesquisados no g m, w ou outros que importem a função GPS. 7) Que sejam fornecidas as consultas (pesquisas) realizados pelo usuário (s) do dispositivo. 8) Por fim, que sejam relacionadas as contas do G P, incluindo APPs baixados (downloads) ou comprados, lista de desejos, pessoas e informações das eventuais contas, como ocorreu no caso analisado.

Importante, contudo, sedimentar que a ordem dirigida a provedor cuja relação é regida pelo Marco Civil da Internet não prevê, dentre os requisitos que estabelece para a quebra de sigilo, que a decisão judicial especifique previamente as pessoas objeto da investigação ou que a prova da infração (ou da autoria) possa ser realizada facilmente por outros meios (arts. 22 e 23 da Lei n. 12.965/2014).

Entretanto, o referido fundamento não subsiste nos casos em que haja a possibilidade de violação da intimidade e vida privada de pessoas não comprovadamente relacionadas à investigação criminal.” (BRASIL, 2022)

No âmbito da legislação em vigor a Lei nº 11.419/2006 estabeleceu critérios para informatização aos processos judiciais dispondo quanto a documentos e provas digitais, aos quais já eram aceitos como documentos com base na legislação já implementada, tais

quais o Código Civil em seu artigo 225⁴⁷ e Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 369⁴⁸ (MPU, 2020).

No entanto, a maior inovação no âmbito das tecnologias adveio com a promulgação da Lei nº 12.965/2014, Marco Civil da Internet, o referido dispositivo prevê princípios, garantias, direitos e deveres quanto à quebra de sigilo de dados e quanto ao uso da Internet no Brasil, em seu bojo regulamentou as questões processuais criminais quanto à preservação e obtenção das provas digitais e ao acesso à estas (Pinto, 2016).

Conforme aponta Pinto (2021) a Lei 12.965/2014, prevê que, a fim de viabilizar o fornecimento de dados pelos provedores de internet através da quebra de sigilo de dados e do provedor de internet é necessário que as referidas cautelares passem pelo crivo do controle jurisdicional e ao procedimento de requisição judicial.

Nesse sentido, o Marco Civil da Internet sedimenta em seus artigos 22 e 23 a garantia constitucional expressa do art. 5º, XII, da CRFB, impondo à autoridade judiciária a qualidade de guardião dos direitos de privacidade do indivíduo, em meio a uma sociedade altamente virtualizada (Pinto, 2016).

Outrossim, no artigo 10º, §§ 1º e 2º da referida lei, especifica a preocupação à preservação à intimidade, vida privada, da honra e da imagem dos indivíduos, vejamos o disposto nos artigos:

“Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1o O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal,

⁴⁷ Dispõe o artigo 225 do Código Civil: Art. 225. “As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

⁴⁸ Dispõe o artigo 369 do Código de Processo Civil: Art. 369. “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º” (BRASIL, 2014)

Desta forma, resta evidente a importância dada pelo Marco Civil da Internet quanto ao controle da legalidade e conveniência da quebra de sigilo de dados no que se refere à investigação criminal, convencioneados pelo Estado.

Embora a Lei 12.965/2014 tenha se mostrado um enorme avanço à defesa de direitos e garantias individuais em meio ao mundo virtual, a legislação brasileira se mostra muito aquém à uma legislação que acompanhe a avanço tecnológico.

Segundo apontamentos de Pinto (2021), o estado brasileiro não inseriu eficientemente uma legislação capaz de acompanhar os avanços do mundo virtual e tecnológico, capaz de permitir um efetivo uso de tais mecanismos dentro do processo penal brasileiro, capaz permitir maior proteção jurídica aos direitos e garantias individuais passíveis de serem violados na persecução penal.

Ademais, o autor destaca as carências do Poder Judiciário de aceitar as provas advindas de meios tecnológicos, principalmente em face dos delitos aos quais os autores utilizam os mecanismos avançados à sua disposição. À vista disso, é de suma importância que os órgãos jurisdicionais aceitem as referidas provas, identificando a autoria e a concretização da materialidade do crime, desde que assegurada as garantias constitucionais atreladas ao indivíduo.

3.CONCLUSÃO

Após explorar as produções científicas, obtiveram-se informações de embasamentos confiáveis ao qual restou evidente que as tecnologias à disposição das entidades estatais, no âmbito da repressão e prevenção aos delitos, possuem a capacidade de tornarem-se extremamente eficazes na investigação criminal ou de instrução processual criminal, uma vez que, possuem denso valor probatório.

Conforme exposto, as tecnologias são capazes de melhor elucidar os fatos das condutas delituosas, em comparação à utilização de métodos convencionais. Dessa forma, os avanços tecnológicos possuem a capacidade responderem de forma eficaz à realidade

criminal cada vez mais imersa na esfera tecnológica, além de combater a impunidade trazendo novos mecanismos à disposição do Estado.

Porém, a legislação penal e processual penal brasileira carece de dispositivos legais capazes de alcançar o constante avanço tecnológico. Nesta senda, existe a ausência de regime jurídico próprio que estabeleça transgressões às normas defendidas na Constituição Federal.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se manifestado em muitos casos a favor dos direitos da intimidade, privacidade e ao devido processo legal, evidenciando a carência em aceitar as provas obtidas por meios não convencionais. Entretanto, em muitos casos há violação de direitos e garantias em prol da coleta de indícios advindos de equipamentos tecnológicos.

As consequências da referida banalização acabam poder desconstruir a efetividade do devido processo legal, uma vez que, mancha o potencial das tecnologias de proporcionar a busca por justiça. Assim, pode-se inferir que o uso da tecnologia pelas instituições pode violar às prerrogativas de proteção estabelecidas na Constituição Federal.

Noutro giro, os aspectos abordados em relação aos direitos e garantias fundamentais, seguido pelas repercussões dos avanços tecnológicos conferidos à persecução penal. Posteriormente, foi delimitado o impacto da tecnologia na produção probatória, versando sobre os meios ocultos de obtenção de prova, de modo a apresentar os avanços legislativos e o entendimento jurisprudencial.

A presente pesquisa cumpriu seu objetivo geral e objetivos específicos abordando os impactos da tecnologia e destacando os pontos mais relevantes, bem como, delimitando os potenciais violações que as tecnologias podem ocasionar no processo penal legal, quanto à necessidade de proteção constitucional dada aos indivíduos.

A hipótese de que a introdução das tecnologias na esfera criminal traz modificações no processo penal, porém, podem implicar na violação de direitos e garantias fundamentais, restou confirmada conforme dados introduzidos na pesquisa.

Portanto, futuras pesquisas poderão ser realizadas com o propósito de enriquecer ainda mais o tema proposto, assim como, melhor conciliar futuras mudanças referentes à novos implementos tecnológicos no âmbito penal e processual penal e novas implementação legislativas quanto ao tema abordado nesse estudo.

4. REFERÊNCIAS

ALENCAR, Roberth; BOSCARO, Nilton Cesar. **A Imprescindibilidade da Modernização do Inquérito Policial**. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-mar30/opiniaio-imprescindibilidade-modernizacao-inquerito-policial. Acesso em: 04 set. 2020.

ALVES, Josias Manué da Silva. **MEIOS OCULTOS DE OBTENÇÃO DE PROVA**. ACADEMIA, 2020

ANTONIALI, Dennys; FRAGOSO, Nathalie (eds.). **Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate**. Vol. II. São Paulo. InternetLab, 2019

BARBOSA, Ruchester Marreiros, **A prova na investigação criminal não é mera peça de informação**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/academia-policia-prova-investigacao-criminal-nao-mera-peca-informacao>

BEUREN, Ilse Maria. **Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988

BRASIL, **Marco Civil da Internet, Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**, Brasília, 23 de abril de 2014.

BRASIL, STF, **MS 25.812-MC**, Min. CEZAR PELUSO, DJE 23.02.2006, 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5479981/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-28398-df-stf>

BRASIL, STJ - **RECURSO ESPECIAL: Resp 1727266 SC 2018/0045933-8**, DJe: 15/06/2018, 2018, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595914873/recurso-especial-resp-1727266-sc-2018-0045933-8/relatorio-e-voto-595914894>

BRASIL, STJ, Superior Tribunal de Justiça STJ - **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA: AgRg no RMS 68119 RJ 2021/0404601-3**, 2022. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1466768834/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-68119-rj-2021-0404601-3>

BRITO, Maria Beatriz Seabra de. **Novas tecnologias e legalidade da prova em processo penal**. 2017. Tese de Doutorado.

BUENO, Gustavo; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Investigação criminal tecnológica e direitos fundamentais das vítimas de crimes**, 2019. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/791325737/investigacaocriminal-tecnologica-e-direitos-fundamentais-das-vitimas-decrimes#>

DA ROSA, Alexandre Moraes; CANI, Luiz Eduardo. **INVESTIGAÇÃO CRIMINAL 4.0: ENTRE SOLUÇÕES E PROBLEMAS**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 16, n. 1, 2021.

DE FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis; SANTOS, Bruno Cavalcante Leitão; DO NASCIMENTO, Felipe Costa Laurindo. **Aspectos críticos da expansão das possibilidades de recursos tecnológicos na investigação criminal: a inteligência artificial no âmbito do sistema de controle e de punição**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 6, n. 1, p. 211-246, 2020.

DE SOUZA, Lia Andrade; DE VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 65, n. 2, p. 31-48, 2020.

DOS SANTOS, Jorge Amaral; URRUTIGARAY, Patrícia Messa. **Direitos humanos e o uso progressivo da força: Novas tecnologias a serviço das forças de segurança pública como ferramentas para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana**. Revista Brasileira de Direito, v. 8, n. 2, p. 177-196, 2012.

GARCIA, Rafael de Deus. **O Uso da Tecnologia e a Atualização do Modelo Inquisitorial: gestão da prova e violação de direitos fundamentais na investigação policial na política de drogas**. TESE (Mestrado em Direito, Estado e Constituição), Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, p. 222, 2015.

Henriques, João Paulo Grencha Carreira Nunes. **A obtenção intrusiva da prova e as novas tecnologias: a obtenção de prova por meio de GPS**. Direito Tecnologia Prova, 2016.

HICKMANN, Maria Luisa. **O direito penal e as novas tecnologias: uma análise crítica dos bancos de dados de perfis genéticos para fins de investigação criminal**. Salão do Conhecimento, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Saraiva Educação SA, 15ª edição. p. 352, São Paulo, 2018

MACORIN, Priscila Santos Campelo. **A Utilização do Banco de Dados de Perfis Genéticos na Persecução Criminal: uma abordagem sobre os direitos de personalidade e o princípio da não autoincriminação**. Revista Brasileira de Ciências Policiais, v. 9, n. 1, p. 91-108, 2018.

MPU, Aula 3, **Os Crimes Cibernéticos Aula 3 – Marco Civil da Internet – provas digitais e cooperação jurídica internacional**, 2020

PATRIOTA, Cariel Bezerra. **Proposta de regramento para o acesso à conta de correio eletrônico (e-mail) como meio de obtenção de prova**, 2022

PINTO, Felipe Martins; GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. O direito à privacidade e o sigilo de dados na internet. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, 2016.

PINTO, Samara Silva. **Dos crimes virtuais, da obtenção das provas e as tendências jurídicas decorrentes da evolução tecnológica**. 2021.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. **A desfuncionalização da busca e da apreensão**. São Paulo: Boletim IBCCRIM. Ano 13. Nº 151. Junho - 2005.

QUINTIERE, Víctor Minervino. **QUESTÕES CONTROVERSAS ENVOLVENDO A TUTELA JURISDICIONAL PENAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) BRASILEIRA: DATAVEILLANCE**. REVISTA ESMAT, v. 11, n. 17, p. 175-188, 2019.

RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire; OLIVEIRA, Camila Martins de XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. **BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL: REFLEXÕES BIOÉTICAS E JURÍDICAS**. 2014.

SAAD, Marta. **Investigação criminal e novas tecnologias para obtenção de prova**. Revista Brasileira de Ciências Policiais, v. 12, n. 5, p. 11-16, 2021.

SARMENTO, George; DE ARAÚJO, Lean Antônio Ferreira. **A Vulnerabilidade do Direito à Intimidade no Espaço das Ferramentas Tecnológicas: Mandados Constitucionais de Proteção do Direito Fundamental à Intimidade por Intermediário do Direito Penal**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir. /UFRGS, v. 11, n. 2, 2016.

SILVEIRA, Maria Ana Barroso de Moura da. **Da problemática da investigação criminal em ambiente digital: em especial, sobre a possibilidade de utilização de malware como meio oculto de obtenção de prova**. 2017. Tese de Doutorado.

SIQUEIRA GOMIDES, LEONARDO ANDRADE. **A TECNOLOGIA E O DIREITO PENAL: os novos paradigmas da investigação criminal**. 2020.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **O Reforço dos Princípios Constitucionais na Obtenção de Prova no Mundo Digital**. Revista de Direito de Polícia Judiciária, v. 2, n. 3, p. 11-25, 2018.

O EMPREGADO E A SITUAÇÃO DO LIMBO PREVIDENCIÁRIO/TRABALHISTA

JESSICA BRAZ DA SILVA:
Graduada em Direito pela
Faculdade Interamericana de Porto
Velho-UNIRON.

ACSA LILIANE CARVALHO BRITO SOUZA
(orientadora)

RESUMO: O presente artigo teve como objetivo trazer quais são os direitos dos empregados que se encontram em um limbo jurídico-previdenciário, situação que o empregado fica em total instabilidade, visto o impasse entre INSS x empresa empregadora, em síntese ocorre com as divergências de laudos médicos que considera o empregado/beneficiário apto para o retorno das atividades profissionais e quando retorna ao emprego o médico do trabalho constata inaptidão, ficando o mesmo sem benefício e sem salário. Foi traçado ponderações de modo a garantir a todos os trabalhadores a efetividade dos princípios que os resguardam e norteiam a relação empregatícia.

Palavras-chave: Contrato de trabalho. Auxílio-doença. Limbo previdenciário/trabalhista. Trabalhador; Empregador; Suspensão; Interrupção.

ABSTRACT: The objective of this article is to present the rights of the employees who find themselves in a social security legal limbo, a situation in which the employee is in total instability, due to the impasse between INSS x the employing company. In synthesis, this occurs with the divergence of medical reports which consider the employee/beneficiary fit to return to professional activities and when he returns to work, the work physician finds that he is not fit, leaving him without benefit and without salary. Considerations were traced in order to guarantee to all workers the effectiveness of the principles that protect and guide the employment relationship.

Keywords: Employment contract. Sick pay. Social security/labor limbo. Worker; Employer; Suspension; Interruption.

SUMÁRIO: Introdução 2 Desenvolvimento 2.1. Dos Direitos Dos Trabalhadores 2.2 Do Contrato De Trabalho 2.3 Do Auxílio Doença 2.4 Da Suspensão E Interrupção Do Contrato De Trabalho 2.5 Do Conceito Limbo Jurídico Previdenciário 2.6 Da Análise De Julgamento-Responsabilidade Do Empregador 3. Conclusão Referências

INTRODUÇÃO

Este estudo abordará em primeiro plano em qual conjuntura surge o limbo previdenciário/trabalhista, verificando responsabilidades e riscos assumidos pela empresa e quais são os princípios que resguardam o empregado. A função social da empresa impõe a continuidade do salário mesmo sem a prestação de serviço? A princípio este assunto, um tanto benéfico para a sociedade, podem ter sérios efeitos sobre os empregadores, uma vez que, por obrigação legal, terão que absorver a força de trabalho cujo contrato foi suspenso devido à concessão do benefício. Esses efeitos são de várias ordens e valores, desde o custo da retirada dos beneficiários da seguridade social, à necessidade de criar políticas de vagas e reabilitação, até o confronto com o infame "limbo legal da segurança social / trabalhista"⁴⁹.

Para responder a estas questões o objetivo do trabalho será demonstrar a existência da responsabilidade do empregador face a alta previdenciária do trabalhador incapaz para o exercício de suas atividades laborais, bem como a ocorrência do limbo jurídico trabalhista-previdenciário, a análise de suas características, efeitos que decorrem do limbo jurídico previdenciário-trabalhista.

Serão demonstradas também soluções que podem ser adotadas diante dessa situação, haja vista que nem todas as altas previdenciárias ocorrem quando o segurado já se encontra recuperado; não muito raramente, empregados ao retornarem para a empresa, pós alta do INSS, têm a grande surpresa do impedimento de laborar, uma vez que o empregador, após encaminhar o trabalhador ao médico da empresa, constata que o obreiro continua incapaz para o laborar.

Posteriormente, para uma melhor compreensão, o trabalho foi dividido em quatro seções, a saber: primeiramente buscou-se constatar a relação entre empregado e empregador ao firmarem contrato de trabalho, assim formando um fundamento jurídico para compor o embasamento fático do dano ao empregado; em seguida, procurou-se descrever o limbo jurídico existente na relação empregatícia e o benefício do auxílio-doença; ato contínuo pretendeu-se especificar princípios que podem resguardar o trabalhador, por fim, empreendeu-se examinar estudos jurisprudenciais, realizando a descrição de casos que se adequa ao presente trabalho.

Para tanto, neste trabalho científico, a metodologia aplicada é de caráter qualitativo bibliográfico, apoiando-se na contribuição de autores de livros, periódicos e artigos, além de pesquisas nas jurisprudências atuais.

⁴⁹ DE OLIVEIRA, Siliana Maiara Pôrto Maia; DA SILVA, Everaldo. **O limbo jurídico previdenciário e a responsabilização do empregador no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. Revista Húmus, v. 10, n. 28, 2020.

2 DESENVOLVIMENTO

A Segurança Social é dividida em objetiva e subjetiva. De acordo com este princípio, segurança social deve cobrir todos os riscos ou contingências sociais que moldam um estado de necessidade, derivadas quer da falta de saúde ou econômica ou significa tanto acrescentando obrigações de laços familiares, sob certas condições e circunstâncias previstas em lei.

Estima-se que a segurança social deve abranger todas as pessoas de risco ou contingências sociais que a lei determina, através de uma ação conjunta de todos os membros do sistema. Cobertura da Segurança Social, sem distinção de idade, raça, nacionalidade, atividade ou renda.

Todos os serviços; médicos, econômicos ou familiares - deve ser suficiente e oportuno para resolver a respectiva contingência social. Suficientes para garantir, em termos de desempenho econômico, a capacidade de consumo da afetado dignamente e com respeito a benefícios médicos, para dar assistência integral para permitir que o afetado recuperar ou manter a sua saúde. Esta disposição não prejudica a cuidados médicos devem ser pagos, quando assim regulado e exceções indigentes e deficientes contemplar retiradas. Apropriado, de modo que os benefícios econômicos e médicos sejam entregues no prazo de contingência a prevenir o sofrimento gerado pelo atraso desnecessário, novas consequências perniciosas ou agravar os já existentes.

No que diz respeito à suficiência dos benefícios econômicos, devem permitir que a pessoa a continuar a viver em condições relativamente similares aos que ele tinha quando ele gostava de sua capacidade de trabalho. Ou seja, manter a proporcionalidade entre a remuneração anterior e assegurando benefícios econômicos necessários para a subsistência. Ele evita dar benefícios econômicos remuneração igual valor, como um trabalhador incentivar o regresso à vida ativa. Esta premissa é baseada na justiça distributiva, porque embora a empresa é obrigada a assistir administrado como necessário, o custo que implica para a sociedade é alto. Também não é aconselhável para conceder pensões abaixo de um nível considerado mínimo porque o objetivo, é para cobrir um estado de necessidade. Portanto, na prática, proporcionalidade, está diminuindo, garantindo que os afetados recebem uma certa percentagem do salário que ele tinha enquanto ele estava ativo, em seguida, ir diminuindo de forma mais racional excede contingência. Paralelamente ao mínimo e para que o benefício econômico é de pensões adequado, os ajustes dos sistemas de pensões são aplicados para evitar que o produto de um processo inflacionário, o conselho perde seu poder de compra.

Isso implica o reconhecimento a obrigação de todos de cooperar em conformidade com os princípios e objetivos da Segurança Social todo homem que precisa dele. A

solidariedade vai existir enquanto a renda nacional, exteriorizada em um esforço de cada membro da comunidade de acordo com as suas capacidades e possibilidades para o bem comum é distribuído.

Solidariedade tem duas variantes; profissional ou grupo e nacional. Profissional ou grupo de solidariedade é uma característica do conceito clássico de seguros, em que dentro do mesmo grupo são cobertos os riscos a que estão expostos os seus membros. Solidariedade nacional, no entanto, é um esforço de toda a comunidade para o benefício de todos de acordo com suas capacidades econômicas. Os acidentes risco de seguro social e doenças profissionais, contidas na Lei 3213; afirma que os benefícios proporcionados pelo seguro são financiados exclusivamente com empregador ou contributo das empresas, tornando-as a cumprir seu dever para ajudar aqueles que têm menos. Ele está restrito a um grupo de pessoas de acordo com seu tipo de atividade, mas abraça a todos que realizam atividade de trabalho e são filiados ao seguro, obrigatória ou voluntária.

De acordo com este princípio, benefícios que a Segurança Social fornece indivíduos afetados pelo risco ou contingência, deve ser único caractere uniforme ou, isto é, o estado de necessidade deve ser coberto da mesma maneira em todos os membros da comunidade. Para alguns autores, o princípio da unidade corresponde amplamente para a unidade administrativa do Estado, onde o sistema de Segurança Social deve ser estruturado em um sentido unitário na regulação e supervisão, de acordo com seus propósitos fundamentais. Enquanto para outros, o princípio da unidade se manifesta em coordenação com os diferentes órgãos da administração, deve realizar o seu trabalho; ou seja, como um sistema de implementação de políticas conjuntamente pelo Estado para proteger toda a população envolvendo grupos de população homogênea, seja por terra ou ocupação. Portanto, este princípio também se manifesta na unidade de benefícios e contribuições. O Estado sob este princípio, tem duas obrigações, em primeiro lugar, permitir que indivíduos e grupos intermediários para enfrentar seus estados de necessidade; e, segundo, intervir se aqueles que não podem resolver as suas necessidades.

A redistribuição de renda, é proposta como um dos grandes objetivos da segurança social, pois permite que os setores com maiores rendimentos e também os próprios trabalhadores ativos, rompam recursos para aqueles que são passivos e têm sofrido um declínio na receita, como resultado contingências sociais, que recebem benefícios econômicos e médicos através do sistema.

A consolidação das leis trabalhistas surgiu como uma necessidade constitucional após a criação do Ministério do Trabalho em 1939, numa época em que o país estava imerso no processo de transformar sua economia da esfera agrária para a industrial. Em janeiro de 1942, o então presidente do país, Getúlio Vargas, e seu ministro do Trabalho,

André Marcondes Filho, trocaram as primeiras ideias sobre o assunto e inicialmente consideraram a preparação de uma "Consolidação das Leis Trabalhistas e Previdenciárias"⁵⁰. Criada uma comissão de especialistas para estudar o assunto, foi acordado que duas consolidações seriam preparadas, uma para o trabalho e outra para a seguridade social.

As principais fontes da Consolidação das Leis do Trabalho foram o 1º Congresso Brasileiro de Direito Social, realizado em maio de 1941; acordos internacionais de trabalho e a encíclica *Rerum Novarum*⁵¹.

A consolidação das leis trabalhistas consta do Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, que entrou em vigor em 10 de novembro de 1943. Desde então, seus artigos passaram por 500 modificações e 67 disposições da Constituição de 1988 afetou esse texto jurídico. As transformações sociais, econômicas e trabalhistas que ocorreram desde a sua promulgação destacaram a necessidade de uma profunda reforma da legislação trabalhista e sindical⁵². Para isso, foi criado o Fórum Nacional do Trabalho, um órgão tripartido, que reúne cerca de 600 representantes de trabalhadores, empregadores e Administração, sob a coordenação do Ministério das Relações do Trabalho, Ministério do Trabalho e Emprego.

2.1 DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

É o documento obrigatório para qualquer pessoa singular que presta algum tipo de serviço em nome de outra pessoa, na indústria, comércio, agricultura, atividades pecuárias e até de natureza doméstica. Neste documento, destaca-se a vida profissional do trabalhador, que lhe permite garantir o acesso aos principais direitos trabalhistas e previdenciários⁵³.

O salário-mínimo é revisado anualmente. Para alcançar um aumento em termos reais do salário-mínimo, o critério de revisão adotado pela Lei 12.382 / 2011, de 25 de fevereiro, que define a política de reajuste do salário-mínimo para o período 2012-2015, baseia-se em Dois índices: o Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC do ano imediatamente anterior e o índice de variação real do PIB de dois anos antes. Em outras

⁵⁰ COSTA FILHO, Armando Casimiro *et al.* *Consolidação das leis do trabalho*. LTr, 2018.

⁵¹ *Ibidem*, 2018.

⁵² *Ibidem*, 2018.

⁵³ *Ibidem*, 2018.

palavras, a revisão do salário-mínimo de 2020 será baseada no IPC de 2019 e na variação, em termos reais, do PIB de 2018⁵⁴.

Estabelecido pela Lei 7418, de 16 de dezembro de 1985, o vale transporte consiste no direito do trabalhador de receber da empresa um auxílio para financiar parcialmente os custos de transporte de sua residência para o local de trabalho e vice-versa; a empresa (pessoa física ou jurídica) adiantará ao trabalhador o valor dos custos de transporte de sua residência para o local de trabalho e vice-versa, que excede 6% do salário-base (sem levar em consideração horas extras, bônus etc.) do mesmo. Em outras palavras, o trabalhador pagará 6% de seu salário-base como despesas de transporte e a empresa pagará o valor restante até concluir o total de despesas de viagem⁵⁵.

A taxa integral, definida pela autoridade competente, sem nenhum desconto, aplicada pelas empresas concessionárias de transporte público de linhas urbanas, interurbanas e até interestaduais, será tomada como base para o cálculo do custo das passagens. O transporte seletivo ou especial é excluído. O bilhete de transporte não pode ser pago em dinheiro, mas os bilhetes correspondentes devem ser adquiridos das empresas concessionárias de transporte público⁵⁶.

O Programa de Integração Social (PIS) é um benefício pelo valor de um salário-mínimo anual ao quais os funcionários que recebem até dois salários-mínimos têm direito, cujos empregadores contribuem para o Programa de Integração Social ou o Programa de Treinamento em Patrimônio Público, estabelecido pela Constituição Federal. Para ter direito, o trabalhador deve atender aos seguintes requisitos⁵⁷:

- a) Ter recebido, em média, até dois salários-mínimos mensais no ano anterior;
- b) Estar inscrito no Programa de Integração Social (PIS) ou no Programa de Capacitação em Patrimônio Público, por pelo menos 5 anos;
- c) Ter trabalhado durante o ano anterior, com um contrato de trabalho, pelo menos 30 dias.

⁵⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, LAIS DURVAL; LEITE, LETICIA DURVAL. *A nova lei do Trabalho Doméstico (Comentários à Lei Complementar n. 150/2015)*. Editora Saraiva, 2017.

⁵⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, LAIS DURVAL; LEITE, LETICIA DURVAL. *A nova lei do Trabalho Doméstico (Comentários à Lei Complementar n. 150/2015)*. Editora Saraiva, 2017.

⁵⁶ *Ibidem*, 2017.

⁵⁷ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 127, 2017.

d) Fundo de Garantia de Tempo de Serviço⁵⁸.

Criado pela Lei 5.107 / 66, de 13 de setembro, é atualmente regulamentado pela Lei 8036/90, de 11 de maio. Obrigatório, desde 05/10/88 (até essa data, era opcional) para todos os trabalhadores sujeitos à Consolidação das Leis do Trabalho e para trabalhadores rurais, temporários e atletas profissionais. É regido pelas regras e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Curador, um órgão tripartido composto por representantes da Administração, trabalhadores e empregadores.

Os empregadores devem pagar 8% da remuneração monetária (salário, horas extras, bônus de insalubridade, remuneração extraordinária etc.) de cada funcionário em uma conta mensal aberta em nome do mesmo para este fim na Caixa Econômica Federal. Os recursos do Fundo são utilizados para financiar programas populares de construção de moradias, saneamento básico e infraestrutura urbana.

O trabalhador poderá dispor dos recursos depositados em sua conta apenas em determinados casos, detalhados no art. 20 da Lei 8036/90, de 11 de maio, dentre as quais se destacam: extinção total da empresa, destituição sem justa causa, aposentadoria, aos 70 anos de idade, óbito (herdeiros), certos tipos de doenças, aquisição de residência habitual etc.⁵⁹.

13º salário: A Lei 4.090 / 62, de 13 de julho, estabeleceu o chamado 13º salário. Seu valor é obtido dividindo o salário integral do trabalhador (incluindo horas extras, mais noite, insalubridade etc.) por doze e esse resultado é multiplicado pelos meses trabalhados. A Lei 4.090 / 62, de 13 de julho, estabelece que o pagamento será realizado em 2 parcelas. O primeiro será pago entre 1 de fevereiro e 30 de novembro e o segundo de 1 a 20 de dezembro⁶⁰.

Feriados: a Seção XVII do artigo 7 da atual constituição brasileira estabelece que o trabalhador terá direito ao pagamento de 1/3 do seu salário integral devido aos feriados. Essa assinatura deve ser paga pela empresa até 2 dias antes do início do feriado. O salário correspondente ao mês de férias também deve ser pago dentro desse período. Os feriados compreendem o mínimo de 30 dias corridos por ano. A jornada semanal de trabalho deverá corresponder ao máximo de 8 de 8 horas diárias ou 44 semanais⁶¹.

⁵⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. Editora Saraiva, 2017.

⁵⁹ Ibidem, 2020.

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. Editora Saraiva, 2017.

⁶¹ Ibidem, 2017.

Paras as mulheres há licença maternidade e para os homens também há a licença paternidade, só que por um período mais curto; nos contratos de trabalho por tempo indeterminado, quando uma das partes decide encerrar o relacionamento contratual, sem justa causa, deve notificar a outra com antecedência. O adiantamento será de no mínimo 30 dias para contratos com validade de até 1 ano. Esse período será aumentado em 3 dias para cada ano completo do contrato. O aviso prévio pode ser:

- a) Trabalhado: quando a parte comunica que a prestação do serviço continuará por um período de 30 dias ou mais, de acordo com a validade do contrato de trabalho, sendo o caso mais genérico.
- b) Indenizado: quando a parte não comunica antecipadamente a rescisão do contrato de trabalho, deixando claro que não haverá prestação de serviços no período exigido por lei⁶².

A ausência de aviso prévio da empresa confere ao trabalhador o direito de receber os emolumentos correspondentes ao período de aviso prévio a que teve direito. No caso de rescisão do contrato de trabalho por iniciativa da empresa, o dia útil do trabalhador será reduzido em 2 horas por dia, ou 7 dias corridos, pela duração do aviso prévio, sem prejuízo de seus emolumentos⁶³.

O seguro-desemprego foi previsto na Constituição de 1946, mas foi estabelecido apenas em 1986, pelo Decreto-Lei nº 2.284 / 86, de 10 de março e regulamentado pelo Decreto nº 92.608 / 86, de 30 de abril. Está incluído no artigo 7 da Constituição atual (1988) e é definido como um benefício previdenciário cujo objetivo, além de fornecer assistência financeira temporária ao trabalhador demitido sem justa causa, é auxiliá-lo na busca de um novo emprego, promovendo ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional⁶⁴.

Atualmente, o seguro-desemprego é regulado principalmente pela Lei 7.998/90, de 11 de janeiro, alterada pela Lei 8.900/94, de 30 de junho. O benefício financeiro é concedido para um máximo de cinco pagamentos, contínua ou alternativamente, por cada período de dezesseis meses trabalhados, como segue:

⁶² Ibidem, 2017.

⁶³ Ibidem, 2017.

⁶⁴ Ibidem, 2017.

- a) Três pagamentos, se o trabalhador estiver empregado por um período mínimo de seis meses e máximo de onze meses, nos últimos trinta e seis meses;
- b) Quatro pagamentos, se o trabalhador estiver empregado por um período mínimo de doze meses e máximo de vinte e três meses, nos últimos trinta e seis meses;
- c) Cinco pagamentos se o trabalhador estiver empregado por um período mínimo de 24 meses.

As causas para a suspensão da percepção do benefício: a admissão do trabalhador em um novo emprego; o início do recebimento de um benefício contínuo da Seguridade Social, exceto o auxílio devido a um acidente ou a pensão por morte. As causas da rescisão do benefício são: a rejeição, pelo trabalhador desempregado, de um emprego igual ao de sua qualificação e remuneração anteriores; por ter comprovado falsidades na acreditação dos requisitos; devido à fraude que resultou na cobrança indevida de seguro-desemprego.

A Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) é um documento padronizado para o reconhecimento, nomeação e codificação dos títulos e conteúdo das ocupações no mercado de trabalho brasileiro. Sua primeira edição data de 1982 e a última foi feita em 2002. Essa classificação é ordenada pelas diferentes categorias ocupacionais, levando em consideração a analogia do conteúdo do trabalho e as condições necessárias para seu desempenho.

A Categoria Ocupacional é um conceito genérico, aplicável a todos os grupos classificados de realidades trabalhistas; ocupação são o agrupamento de tarefas, operações e outras manifestações que constituem as obrigações atribuídas a um trabalhador e que resultam da produção de bens e serviços. As Categorias Ocupacionais que compõem a estrutura da Classificação Brasileira de Ocupações são: Grupos Grandes, Subgrupos, Grupos Base e Ocupações.

É de grande importância para a integração das políticas públicas do Ministério do Trabalho e Emprego, principalmente em relação aos programas de formação profissional e intermediação trabalhista, bem como para analisar seus resultados.

2.2 DO CONTRATO DE TRABALHO

Inicialmente ao consolidarem uma relação de empregado as partes envolvidas vinculam-se a um contrato de trabalhista de forma que ambos assumem direitos e

obrigações.

A relação de emprego inicia-se com contrato de trabalho, sendo regulamentado na legislação trabalhista, uma vez que o legislador se fazia preocupado com a “possibilidade dos abusos dos poderes econômicos do empregador no momento de contratar”. Por esta razão, “o contrato de trabalho tem suas regras mínimas impostas em lei, uma vez que os contratantes não possuem igualdade econômica”.

Conforme Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 443: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”.

Além disso, a instituição empregadora não poderá ser vista apenas como uma organização com objetivos meramente econômicos. Devendo atentar-se à sua função social na sociedade democrática de forma que os conflitos trabalhistas que ocorrem devem ter na empresa o seu primeiro degrau de solução, o que traz a conveniência de um espírito conciliatório em moldes capazes de reduzir a litigiosidade trabalhista.

O ordenamento jurídico prevê e não restam dúvidas que a responsabilidade do empregador é zelar pela saúde de seus empregados, de forma a sempre a inviabilizar os danos ao obreiro. Diante deste cenário, o contratante deverá ser o primeiro apoio do empregado e não o sujeito em colocá-lo em situação socioeconômica desfavorável, descumprindo como comitente de suas obrigações, na celeridade de torna-se adversário de seu próprio empregado.

A obrigação prevista na Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para estabelecer uma Segurança Interna e Saúde no Trabalho e divulgar os trabalhadores, os empregadores têm um peso significativo na prevenção e diligência da concessão de benefícios médicos e econômicos dos acidentes de trabalho ou doenças profissionais.

Conseqüentemente, é obrigatória para as empresas a fornecer um ambiente de trabalho saudável, sem risco, para o qual deve, entre outras coisas, implementar medidas preventivas organizadas pelo respectivo Departamento de Prevenção de Riscos e / ou o Comitê, a saúde comum e segurança, administrador da agência e os serviços de saúde, sem prejuízo da possibilidade de recurso de tais disposições para a Inspeção do Trabalho. Por outro lado, os empregadores têm a obrigação de comunicar acidentes e doenças profissionais dentro de 24 horas da ocorrência ou detecção, como causa para organismo competente. O elemento importante da tarefa de prevenção de acidentes de trabalho, é a faculdade de administração de instituições de seguro para aplicar variando contribuição adicional para as entidades empregadoras, por causa do risco da taxa de acidentes e / ou doenças profissionais devem pagar a sobretaxa de contribuição adicional ou não

conformes com as medidas preventivas exigidas por lei ou o corpo administração. A variação da taxa é um incentivo importante para as empresas a implementar e fazer cumprir as normas adequadas de prevenção de riscos, como menos acidentes na empresa, refletida em uma redução na taxa de contribuição.

Administradores de seguros também devem levar permanentemente as atividades nas empresas aderentes, como dar instruções para a prevenção de riscos profissionais, inspecionar locais de trabalho e processos de produção, fornecer formação e aconselhamento sobre empresas de segurança, departamentos prevenção e comitês de paridade e investigar as causas dos acidentes e doenças ocupacionais.

Além disso, em mútuas de prevenção devem aconselhar as empresas em encontrar melhores sistemas para eliminar as causas dos acidentes e prevenção de doenças ocupacionais. Em relação a doenças profissionais, organismos administradores devem tomar periodicamente sangue e urina dos trabalhadores expostos aos poluentes.

Os trabalhadores, por sua vez, correspondem em conformidade com as disposições das regras de higiene e segurança implementados pela empresa. Enquanto aos trabalhadores envolvidos na comissão mista e os Departamentos de Prevenção de Riscos é necessário aumentar o seu nível de participação em assuntos que afetam sua segurança, uma vez que eles que conhecem e estão expostas a riscos no trabalho.

O Estado participa nas ações de prevenção dos riscos profissionais através de verificar o cumprimento das regras de prevenção, promoção dos direitos e obrigações dos trabalhadores e empregadores e incentivar o desenvolvimento contínuo do sistema.

A percentagem de acidentes de trabalho ainda é substancial, uma vez que há uma alta porcentagem de acidentes causados por insuficiência ou simplesmente, por não serem cumpridas pelos empregadores ou por trabalhadores. Só em 2002, 345 trabalhadores morreram de acidentes de trabalho.

Os mais propensos a sofrer um acidente ou doença trabalhadores são aqueles que trabalham em empresas com menos de 25 empregados, porque essas empresas não são obrigadas a constituir uma comissão mista para garantir a segurança no emprego. Esta situação experimentou uma melhoria em empresas com 25 a 100 trabalhadores, que estão se necessário para constituir uma Comissão Mista. Por outro lado, as empresas com mais de 100 trabalhadores, que devem ser um Departamento de Prevenção de Riscos, por meio de cuja ação, como uma experiência de regra uma queda na taxa de acidentes.

O custo anual de acidentes de trabalho representa um grande desfalque na previdência, cerca de 5,2 bilhões ao ano, o que nos leva a repensar sobre a atual situação

em que se encontra a previdência, o país, os cidadãos . Antes de tratar a causa deve-se priorizar a prevenção, ou seja, ao invés de custear os acidentes, deveria haver mais investimentos na prevenção e na valorização da vida humana. Isso evitaria gastos colossais dos cofres públicos e a valorização dos trabalhadores evitariam fraudes intermináveis na previdência, anulando por muitas vezes a concessão de benefícios aos que realmente precisam.

2.3. DA SUSPENSÃO E INTERRUPTÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Para fins do presente artigo faz-se necessário a compreensão de ambos os conceitos supracitados. Em decorrência das características em comum dos institutos, ambos abordam uma situação na qual o trabalhador estará temporariamente fora da disposição do seu empregador sendo mantida, no entanto, a relação jurídica de emprego.

Na Consolidação das Leis do Trabalho os institutos da suspensão do contrato trabalhista e de sua interrupção são tratados de forma conjunta no Capítulo IV do Título IV, entre os artigos 471 e 476-A, o primeiro aborda que o empregado afastado do emprego, é assegurado, nas ocasiões de sua volta, todas as vantagens que, durante sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a pertenciam na empresa. E o artigo 476-A, relata que o contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para que o empregado possa participar de curso ou programa de qualificação profissional oferecido pela empresa, com duração equivalente à suspensão do contrato, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, conforme artigo 471 da CLT.

E da mesma forma a doutrina elucida: Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

“No curso do contrato de trabalho, este pode sofrer certos eventos que signifiquem a ausência de prestação de serviços, mas sem acarretar a cessação do vínculo de emprego. São as hipóteses de suspensão e interrupção do contrato de trabalho, conforme terminologia indicada no Capítulo IV, do Título IV, da Consolidação das Leis do Trabalho. Embora os referidos termos possam receber certas críticas por parte de alguns autores na doutrina, encontram-se adotados em nosso sistema de direito positivo. Na realidade, o que fica suspenso não é o contrato de emprego em si (que permanece em vigor), mas sim os seus efeitos principais, especialmente quanto à prestação do trabalho”.

Enquanto a interrupção é considerada uma suspensão parcial, por suspender apenas

a prestação do serviço sendo mantidas as demais obrigações por parte do empregador. Segundo Natália Augusta Sampaio Silva "Desta forma pode-se inferir que, durante a interrupção contratual, não há trabalho, mas há salário, e o tempo de afastamento do trabalhador é considerado como de serviço para os efeitos legais".

Em resumo, na suspensão contratual decorre do período que o empregado deixa a prestação de serviços ao empregador, ficando suspensos os efeitos contratuais, sendo conhecida doutrinariamente como suspensão total, pois paralisa temporariamente além da prestação dos serviços, as obrigações patronais e qualquer outro efeito do contrato enquanto perdurar a paralisação dos serviços. Diante disso, o trabalhador não recebe a contraprestação por parte do empregador.

2.4. DO AUXÍLIO-DOENÇA

Ocorre quando o trabalhador está incapaz, sem condições de exercer a sua profissão por motivo de enfermidade. Após constatação médica, poderá receber o benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez perante a previdência social.

O auxílio-doença é um benefício devido ao segurado que se encontra na condição de incapacitado para o labor ou para as atividades habituais. Previsto na legislação brasileira nos artigos 476 da CLT, que relata que em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo do benefício.

É possível observar também para maior entendimento na lei 8.213/91 em seu art. 59, caput apresenta que o auxílio-doença será devido ao segurado, quando cumprir, se for o caso, o período de carência, exigido por essa lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos.

Tendo como análise o artigo supracitado, até o décimo quinto dia de afastamento em caso de enfermidade os pagamentos dos vencimentos do empregado serão pagos integralmente pelo empregador, é o chamado "interrupção" contratual. Como prevê o artigo nº 60, da lei 8.213/91.

Sendo assim, o contrato trabalhista será suspenso. O empregado estará apto para receber o auxílio-doença propriamente dito e será realizado pelo INSS, desobrigando assim o empregador deste ônus. Outrossim, o auxílio-doença é um benefício temporário, estando o sujeito à avaliação médico-pericial, a cargo do INSS. Eis o teor do art. 78 § 1º e

2º, do decreto 3.048/99⁶⁵.

Ao retornar a empresa o empregado deverá ser submetido a realização de um exame médico, previsto na norma regulamentadora NR 7, item 7.4.3.3, aduz que no exame médico de retorno ao trabalho deverá ser realizado de forma obrigatória no primeiro dia do retorno ao trabalho de trabalhador ausente por período igual ou superior a 30 dias por motivo de doença ou acidente, seja de natureza ocupacional ou não. O laudo do médico do trabalho é chamado de ASU (ATESTADO DE SAÚDE OCUPACIONAL). Neste exame é constatado a aptidão ou inaptidão do empregado.

Vale ressaltar um artigo de suma importância: artigo nº 482, da CLT que constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, caso não seja feita a realização do exame de retorno de forma não justificada e ainda sobre esse assunto também prevê a Súmula nº 32 do TST.

Portanto, ao ser cessado o benefício previdenciário de auxílio-doença, após conclusão da avaliação médico pericial, o empregado deverá se apresentar imediatamente à empresa, sob pena de justa causa que será caracterizado o abandono de emprego após 30 dias.

2.5. DO CONCEITO LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO

Usualmente o termo "limbo" compreende um significado de estar incerto ou indefinido. Ocorre quando o empregado, após alta do auxílio-doença ao realizar o exame de retorno no empregador, constata que o obreiro está incapaz. Em síntese ocorre uma ausência de trabalho, como também de salário e benefício previdenciário.

Por tais razões é o termo utilizado para a denominação, as quais então têm uma problemática que é ignorada, tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial.

Desta forma, como destaca Juliano de Angelis, apresenta-se uma situação que o médico patronal entende estar incorretamente cessado o benefício previdenciário, não concedendo parecer favorável ao retorno às atividades laborais, ficando "a parte mais sensível da relação desguarnecida".

O cerne da questão gira em torno de saber de quem seria a responsabilidade de arcar com o pagamento dos salários, bem como das demais verbas trabalhistas referentes ao obreiro. São esclarecedoras, neste sentido, as palavras de Treviso⁶⁶:

⁶⁵ Ibidem, 2018.

⁶⁶ TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. *O limbo jurídico*: o trabalhador que é considerado apto pelo INSS e

“É muito comum o Poder Judiciário Trabalhista ser chamado a enfrentar a seguinte situação: determinado empregado encontra-se afastado de suas atividades, por força de um benefício acidentário (auxílio-doença comum ou acidentário), até o momento em que esta prestação é cancelada, pelo fato de que o INSS o considerou apto ao trabalho; o trabalhador, neste contexto, dirige-se à sede da empregadora para retomar as suas atividades profissionais, quando é comunicado pelo médico da empresa que, na verdade, ainda encontra-se inapto para o labor (p. 80)”.

Diante desta situação inicia-se “um martírio na vida da pessoa”, uma vez que, a partir da alta previdenciária o trabalhador passa a não receber os valores a título de benefício e, ao mesmo tempo, diante da avaliação do médico da empresa, é considerado inapto para retomar suas atividades, também, não recebendo salários.

2.6. DA ANÁLISE DE JULGAMENTO

Para a solução da problemática, nos dias que correm existem dois caminhos prováveis: pedir na justiça federal a concessão do benefício previdenciário ou pedir na Justiça do trabalho o pagamento do salário pelo empregador. Porém existem divergências nas demandas citadas, ocorrendo em resultados contraditórias, pois cada processo decorre em perícias médicas diversas.

Seguem os julgados dos Tribunais de anos distintos e uma pequena análise de um lapso temporal referente aos anos 2013, 2017 e 2020:

“LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELOS SALÁRIOS E DEMAIS VANTAGENS DECORRENTES DO VÍNCULO DE EMPREGO”. Após a alta médica do INSS, a suspensão do pacto laboral deixa de existir, voltando o contrato em tela a produzir todos os seus efeitos. Se o empregador impede o retorno ao labor, deve tal situação ser vista como se o empregado estivesse à disposição da empresa esperando ordens, onde o tempo de trabalho deve ser contado e os salários e demais vantagens decorrentes o vínculo de emprego quitado pelo empregador, nos termos do art. 4º da CLT, salvo se constatada recusa deliberada e injustificada pelo empregado em assumir os serviços. (TRT-2 - RO: 00007152120125020461 SP 00007152120125020461 A28, Relator: MAURILIO DE PAIVA DIAS Data de Julgamento:

inapto pelo empregador. Uma solução hermenêutica em prol da justiça do trabalho. São Paulo: LTr, 2015.

17/09/2013, 5ª TURMA, Data de Publicação: 24/09/2013).⁶⁷

LIMBO JURÍDICO. Não se pode admitir que o empregado permaneça sem o recebimento dos salários e sem a percepção de auxílio-doença, sob pena de permanecer em um verdadeiro limbo jurídico.

(TRT-4 - RO: 00209825620155040007, Data de Julgamento: 30/08/2017, 3ª Turma).⁶⁸

"LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO". DANO MORAL. A empregadora pratica ato ilegal, ao negar-se a recolocar o empregado em atividade, em função compatível com suas condições de saúde, depois da alta previdenciária, simplesmente deixando de pagar seus salários. Comete assim atos desproporcionais e até mesmo atentatórios à dignidade humana, sendo manifesta a ocorrência de dano moral.

(TRT-2 10014271520175020074 SP, Relator: MARIA DE LOURDES ANTONIO, 17ª Turma - Cadeira 2, Data de Publicação: 12/03/2020)".⁶⁹

Como foi possível observar as jurisprudências estão se consolidando e entende-se que, no caso de divergências entre a perícia médica do INSS e o exame a cargo da empresa o laudo do INSS se sobrepõe ao laudo do médico do trabalho. Será cabível o empregador reintegrar o empregado e lhe pagar os salários, devendo ser respeitado pelo particular uma justificativa sobretudo ante a presunção de legalidade, legitimidade e auto-exequibilidade.

Portanto, é de suma importância e não restam dúvidas que o retorno econômico do trabalhador deverá ser respeitado e ser cumprido os princípios do valor social do trabalho e da livre iniciativa que resguardam pessoas nessa situação. Quando for constatado casos de omissões ao retorno do trabalhador por parte da empregadora justificando declaração

⁶⁷ TRT-2 - RO: 00007152120125020461 SP 00007152120125020461 A28, Relator: MAURILIO DE PAIVA DIAS Data de Julgamento: 17/09/2013, 5ª TURMA, Data de Publicação: 24/09/2013. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202274107/recurso-ordinario-ro-18981120135020261-sp-00018981120135020261-a28>> Acesso em: 17 de jan. de 2020.

⁶⁸ TRT-4 - RO: 00209825620155040007, Data de Julgamento: 30/08/2017, 3ª Turma. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494315530/recurso-ordinario-ro-209825620155040007?ref=serp>> Acesso em: 14 de jan. de 2020.

⁶⁹ TRT-2 10014271520175020074 SP, Relator: MARIA DE LOURDES ANTONIO, 17ª Turma - Cadeira 2, Data de Publicação: 12/03/2020. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825601431/10014271520175020074-sp?ref=serp>> Acesso em: 16 de mar. De 2020.

de inaptidão e não dá a devida assistência para seu empregado como um encaminhamento para um pedido de reavaliação da convenção do benefício do auxílio-doença ou readaptá-lo na empresa.

O grau de responsabilidade desse empregador será analisado como parâmetro indenizatório realizado por meio de cálculos a partir do momento em que a previdência concedeu ao trabalhador a carta de aptidão laborativa, tendo como base o período que os efeitos contratuais deveriam ser retornados.

Sobre o tema, leciona Diniz⁷⁰ que:

“O uso de um direito, poder ou coisa, além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal ou ilícito, esconde-se a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade socioeconômica para qual o direito foi estabelecido. O empregador não poderá apenas “empurrar” a responsabilidade para o INSS, se eximindo de sua obrigação, podendo considerar-se abuso de poder”.

Pelo direito, o dano à terceiro deverá ser indenizado na proporção do prejuízo causado. Nenhuma pessoa deverá ser lesada pelo uma ação alheia e ficar sem a devida reparação, mesmo que o ato não seja culposos. Medidas harmônicas podem ser tomadas, como a reabilitação para uma nova função dentro dela, seria possível conciliar todos os direitos envolvidos sendo eles do trabalhador e do empregador.

Já em casos de empresas em que não seja possível ser realizada a readaptação, devido a seu porte e a falta de vagas adequadas em tais situações, o empresário terá que fornecer meios de assistência para que o empregado consiga o benefício previdenciário. Além de ficar em disposição remunerada, até que seja resolvida a situação, poderá ser mediante recurso administrativo ou decisão judicial.

Vale destacar que, uma esperança nasce ao ter acesso a PL (Projeto de Lei) 6526/2019⁷¹, que vem tramitando na câmara dos deputados, no qual altera a Consolidação das leis trabalhistas (CLT) e dispõe sobre a responsabilidade do empregador em casos de ocorrência do limbo previdenciário trabalhista. Com esta medida não há dúvida que haverá

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 20 ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

⁷¹BRASIL. Congresso. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2234661>> Acesso em: 10 de mar. de 2020.

uma melhoria significativa na segurança jurídica referente há tantos casos frequentes.

3. CONCLUSÃO

O propósito da presente pesquisa foi trazer a situação que o empregado fica no limbo jurídico previdenciário trabalhista. Com o objetivo de trazer eventuais soluções para o caso.

Após análise de doutrinas e jurisprudências como base de estudo, foi possível identificar que quando a empresa se omite para resolver a problemática, não há dúvidas que essa deverá ser responsabilizada, surgindo à responsabilidade de reparação dos danos causados ao trabalhador, haja vista que ele não poderá ficar em situação de abandono.

Ficando claro que é um problema que já ocorre há muitos anos e que infelizmente com muitos trabalhadores, a ausência de norma específica para a solução possivelmente é o grande motivo que resulta na problemática. Ainda que o limbo previdenciário/trabalhista se resolva por mera análise dos dispositivos legais, não é plausível deixar que o empregado arque com os desconfortos provenientes da ausência da norma.

Diante do exposto conclui-se, que ordenamento jurídico não pode compactuar com essa situação, devendo ser estabelecido resoluções para que o trabalhador receba recursos suficientes para a sua subsistência de sua família, durante instabilidade. Uma saída para solucionar este caso seria recolocar o trabalhador em outra função condizente com a doença que o acomete promovendo sua reabilitação.

REFERÊNCIAS

ANGELIS, Juliano De. **Suspensão e interrupção do contrato de trabalho**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?Artigos&ver=2.50497&seo=1>>.

BRASIL. Congresso. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2234661>>.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Esta Consolidação estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho, nela previstas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

COSTA FILHO, Armando Casimiro et al. **Consolidação das leis do trabalho**. LTr, 2018.

DE OLIVEIRA, Siliana Maiara Pôrto Maia; DA SILVA, Everaldo. **O limbo jurídico previdenciário e a responsabilização do empregador no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. Revista Húmus, v. 10, n. 28, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, Lais Durval; LEITE, Letícia Durval. **A nova lei do Trabalho Doméstico (Comentários à Lei Complementar n. 150/2015)**. Editora Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. Editora Saraiva, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**. São Paulo: LTr, p. 127, 2017.

Jurisprudências:

Processo: RO - 0000793-95.2013.5.06.0193, Redator: Eduardo Pugliesi, Data de julgamento: 15/09/2016, Primeira Turma, Data da assinatura: 26/09/2016. (TRT-6 - RO: 00007939520135060193, Data de Julgamento: 15/09/2016, Primeira Turma).

TRT-2 - RO: 00007152120125020461 SP 00007152120125020461 A28, Relator: MAURILIO DE PAIVA DIAS Data de Julgamento: 17/09/2013, 5ª TURMA, Data de Publicação: 24/09/2013. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202274107/recurso-ordinario-ro-18981120135020261-sp-00018981120135020261-a28> .

TRT-4 - RO: 00209825620155040007, Data de Julgamento: 30/08/2017, 3ª Turma. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494315530/recurso-ordinario-ro-209825620155040007?ref=serp> .

TRT-2 10014271520175020074 SP, Relator: MARIA DE LOURDES ANTONIO, 17ª Turma - Cadeira 2, Data de Publicação: 12/03/2020. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825601431/10014271520175020074-sp?ref=serp> .

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: ASPECTOS JURÍDICOS NO BRASIL E O DIREITO DAS MULHERES A UM PARTO HUMANIZADO

JULIA SCATENA MACHADO:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

RESUMO: O exposto tema é caracterizado como todo procedimento, físico, verbal, psicológico, ou até mesmo sexual, explícitos ou ocultos, de caráter violento cometido contra a mulher, por profissionais em instituições de saúde, no momento do pré-natal, parto, pós-parto ou aborto. Adiante esse contexto, o objetivo desse artigo é investigar como a categoria da Violência obstétrica está sendo reconhecida e adotada pelo Direito, tanto no âmbito Legislativo quanto no jurisprudencial, a partir da construção teórica do conceito em outros Campos de conhecimento. Dessa maneira, a pesquisa examinou a pretensão em reconhecer a mulher grávida como um sujeito de Direitos, e, também a protagonista do seu parto e da sua história

Palavras-chave: Violência obstétrica. Proteção a mulher. Direitos

ABSTRACT: This theme is characterized as any procedure, physical, psychological, verbal or even sexual, explicit or hidden, of a violent nature committed against women, by professionals in health institutions, at the time of prenatal care, childbirth, post - childbirth or abortion. Given this context, the aim of this article is to investigate how the category of obstetric violence is being recognized and adopted by law, whether in the legislative and jurisprudential scope, from the theoretical construction of the concept in other fields of knowledge. Thus, the research examined the intention to recognize the pregnant woman as a subject of Rights, and also as the protagonist of her birth and her story

Keywords: Obstetric violence. Woman protection. Rights.

1. INTRODUÇÃO

A violência obstétrica ocasiona em séria lesão aos direitos da mulher, em momentos significativos, pela prática de condutas consideradas comuns pela maioria dos profissionais da saúde e até pelas próprias vítimas. As agressões são diretamente relacionadas à história do parto, sobretudo, após a inserção da prática obstétrica na medicina, que impulsionou a conversão do parto de um fato natural a um evento hospitalar denominado cesária ou parto induzido, dessa forma, após ter se tornado de domínio médico e institucionalizado dentro dos hospitais, passou-se a estranhar determinadas condutas. A título de exemplo, tem-se o alto número de morte materna, que, de acordo

com estudos nacionais, poderiam, em partes, ser evitadas com uma boa assistência durante o período gestacional, parto e o pós-parto.

Por meio de espaços públicos na internet, algumas mulheres relatam o parto hospitalar como uma experiência emocional traumática, além disso, detalham a ocorrência de uma série de intervenções desnecessárias. A partir desse processo de estranhamento, iniciou-se um movimento das mulheres em torno da chamada violência obstétrica, que tem sua matriz fundamentada, também, no gênero. O Brasil é omissivo em legislação, e a conduta sequer é tipificada pelo Código Penal brasileiro (CP). O enquadramento das práticas de tal violência pode garantir de forma indireta punição aos agressores. Esse estudo propõe um diálogo sobre a violência durante o parto, no contexto hospitalar, e como as práticas mais comuns se enquadram no direito penal brasileiro, e permite constar que os abusos, os maus-tratos, a negligência e o desrespeito durante o parto configuram violação aos direitos humanos fundamentais das mulheres contrariando as normas e princípios de direitos humanos adotados internacionalmente e preconizados na Constituição Federal e não podem permanecer sem tipificação clara e capaz de barrar a violência obstétrica com eficiência.

2. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A violência obstétrica é uma forma de violência contra a mulher, praticada pelos profissionais da saúde, que se define pelo desrespeito, abusos e maus-tratos durante o período da gestação e/ou no momento do parto, seja de forma psicológica ou física. Causa a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente a respeito de seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. Passa a ser o tratamento desumanizado conferido às mulheres no momento do parto.

Tal violência colabora para a manutenção dos altos índices de mortalidade materna e neonatal no País. Toda e qualquer mulher tem o direito de ser protagonista na hora do parto e ter autonomia total acerca de seu próprio corpo, tendo suas vontades e necessidades respeitadas.

Não existe uma definição fechada para a expressão, mas sim definições complementares apresentadas por diversos governos e organizações. É de grande importância notar que o termo “violência obstétrica” não se refere apenas ao trabalho de profissionais de saúde, mas também a falhas estruturais de clínicas, hospitais, e do sistema de saúde por completo.

A indagação pela definição do significado de Violência Obstétrica é importante para que seja encontrado um equilíbrio entre as expectativas da mãe, o serviço disponibilizado e a necessidade médica que possa aparecer. A utilização deste termo é de

importância para garantir que as mulheres possam colocar em prática seus direitos no momento em que buscam por serviços de maternidade, e a sua definição clara é importante para que não tenha nenhum impacto negativo na prática da medicina.

2.1 NO BRASIL

No Brasil não há na atualidade uma legislação federal específica contra a violência obstétrica, mas há iniciativas estaduais e municipais. Exemplos recentes disso são o caso de Alagoas, Rio Branco e Curitiba.

Em Alagoas, foi divulgado no dia 6 de agosto de 2019 o relatório final de uma audiência pública no âmbito da OAB que tratou sobre violência obstétrica. A prefeitura de Rio Branco, Socorro Neri, sancionou, no dia sete de agosto, uma lei que estabelece medidas para a erradicação da violência obstétrica.

No Paraná foi realizada uma audiência pública no dia 7 de agosto de 2019 para tratar sobre a “violência obstétrica e os direitos da gestante”. O estado já tinha aprovado, em 29 de outubro de 2018, um projeto de lei sobre violência obstétrica e os direitos da gestante e da parturiente.

Esta lei define como violência obstétrica:

Qualquer ação ou omissão que possa causar à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual e psicológico; a negligência na assistência em todo o período de gravidez e pós-parto; a realização de tratamentos excessivos ou inapropriados sem comprovação científica de sua eficácia; e a coação com a finalidade de inibir denúncias por descumprimento do que dispõe a lei.

No dia 17 de setembro de 2019 foi lançada no Diário Oficial da União a RESOLUÇÃO Nº 2.232, de autoria do Conselho Federal de Medicina (CFM). Essa resolução trata da “recusa terapêutica”, ou seja, o direito de um paciente recusar práticas sugeridas por seu médico.

A resolução estabelece que tal recusa terapêutica é “um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão” e desde que esse paciente seja “maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente”. Também prevê os momentos em que o médico pode negar a recusa, exercendo a prática mesmo contra a vontade do paciente. São esses:

- Casos de risco relevante à saúde: “Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente

menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros” (Art. 3º)

- Casos de abuso de direitos: trazidos pelo artigo 5º da resolução, esses seriam casos considerados como abusos do direito de “recusa terapêutica”. Assim, ela não deveria ser aceita quanto:

I– A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.

II– A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação. (Art. 5º)

- Caso mãe/feto: Em se § 2º, o artigo 5º também prevê que “a recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto”, ou seja, se percebido pelo médico que o ato de recusa da mãe pode prejudicar o feto, a recusa pode ser ignorada.

Outro fator é o da objeção de consciência, previsto pelos artigos 7º e 8º, que faculta ao médico dispensar do tratamento nos casos em que a recusa terapêutica seja contrária “aos ditames de sua consciência”.

O assunto é bastante polêmico e divide de opiniões. Em fala ao jornal The Intercept Brasil, Melania Amorim, pós-doutora em Saúde Reprodutiva pela OMS e representante da Rede Feminista de Ginecologistas e Obstetras, enxergou a resolução um “precedente perigoso” para práticas de violência obstétrica, ou, mais específico, “para que a medicina tutele os corpos das mulheres ‘em nome de uma suposta preocupação’ com o feto”.

O Conselho Federal de Medicina, por sua vez, em nota, por sua vez, enxergou a resolução como uma conquista no direito à dignidade da pessoa humana. Na visão de Mauro Ribeiro, 1º vice-presidente do CFM:

sta Resolução regulamenta relevante conquista da sociedade brasileira, materializada na Constituição Federal, nas leis gerais e no Código de Ética Médica. O Conselho Federal de Medicina, ao

aprová-la, cumpre, mais uma vez, o seu compromisso com o respeito à dignidade da pessoa humana, atendendo a uma antiga demanda de médicos e de pacientes.

2.2 NO BRASIL

Em maio de 2019, o Ministério da Saúde divulgou em um despacho um posicionamento oficial de que o termo “Violência Obstétrica” seria inadequado e que estratégias estariam sendo colocadas em prática para que o termo fosse extinto. Menciona-se neste documento que tal expressão tem conotação inadequada, não agrega valor e prejudica a busca do cuidado humanizado na continuidade gestação-parto-puerpério.

Em nota ao jornal O Globo, divulgada em seu meio de notícias digital G1, o Ministério da Saúde justifica o posicionamento de então como indo de acordo com orientações do Conselho Federal de Medicina (CFM). O CFM divulgou um parecer em que critica o uso do termo violência obstétrica, ressaltando que o mesmo ataca diretamente médicos obstetras e ginecologistas. O documento coloca que o termo possui caráter político ideológico e que não deveria ser utilizado.

O posicionamento do Ministério da Saúde enfrentou críticas de especialistas, um dos motivos sendo o fato deste ir contra as recomendações da Organização Mundial de Saúde. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (Anadef) e o Ministério Público Federal (MPF) se manifestaram contra o posicionamento do Ministério da Saúde. A OAB caracterizou o posicionamento como censura e que o despacho prejudica os direitos fundamentais das mulheres, além de prejudicar as políticas públicas que lidam com a violência contra a mulher. A Anadef julgou que a extinção do uso do termo seria preciosismo político e um retrocesso para os direitos das mulheres.

Em junho do mesmo ano, após a recomendação do Ministério Público Federal, o Ministério da Saúde mostrou maior flexibilidade quando divulgou um ofício pelo qual reconhece a legitimidade do uso do termo que melhor represente as experiências de cada mulher quando do parto e nascimento.

O documento divulgado pelo Ministério Público fala dos diversos casos de violência obstétrica registrados em um inquérito civil de 1952 páginas. Critica, ainda, a maneira como o Ministério da Saúde se utiliza da palavra violência, dizendo que há uma distorção do seu sentido como apresentado pela Organização Mundial da Saúde.

Embora demonstre reconhecimento pela liberdade das mulheres de utilizar o termo que julguem melhor expressar suas experiências em situação de maus tratos, o documento não se utiliza nenhuma vez da expressão violência obstétrica. Em seu texto são frisados os programas colocados em prática para garantir uma experiência benéfica para as futuras mães que buscam os serviços de saúde. O ofício complementa, ainda, “que a expressão utilizada nos documentos e ações oficiais é a definida pela OMS em 2014, “Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde”.

3.VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E MARCOS LEGAIS

Apesar de o termo “violência obstétrica” ser considerado novo, o sofrimento das mulheres durante a assistência ao parto já era relatado em meados do século do passado.

A Sagrada Escritura menciona que as dores durante o parto são punições que a mulher deve sentir por ter cometido o pecado original, interferindo em seus sentimentos e percepções próximo deste momento, substituindo o sentimento de prazer durante a concepção pelo castigo. A objeção desse pensamento no arcabouço histórico e cultural da sociedade leiga e de profissionais de saúde expõe a mulher à violência de gênero e, conseqüente, a obstétrica, ao naturalizar a dor como inerente à experiência da maternidade.

Nos Estados Unidos, em 1950, uma revista de donas de casa denominada Ladies Home Journal, já rompia o silêncio ao narrar relatos de violência durante o parto ao publicar a matéria “Crueldade nas Maternidades”. Nesse texto, descrevia-se a violência obstétrica como uma maneira de tortura dispensada durante o tratamento das parturientes ao serem submetidas ao sono vespertino por meio da combinação de escopolamina e morfina, que produzia sedação profunda, não raramente acompanhada de eventuais alucinações e agitação psicomotora. Até este momento, relatava que, os profissionais colocavam amarras e algemas na mão e nos pés das pacientes para que elas não caíssem do leito, e com frequência as mulheres no puerpério tinham hematomas pelo corpo e lesões nos pulsos, bem como lesões por consequência do esforço.

Na época de 1958, no Reino Unido, foi criada a Sociedade para Prevenção da Crueldade contra as Grávidas que na sua carta de fundação, posteriormente publicada no jornal Guardian, eram denunciadas violações de direitos das parturientes dentro de hospitais. A partir da década de 60, o movimento feminista, colaborou muito para que os direitos das mulheres fossem respeitados e as violações desses viessem à tona ao público.

No ano de 1998, o Centro Latino Americano dos Direitos das Mulheres publicou um relatório Silêncio y Complicidad: “Violencia contra la mujer em los servicios públicos de

salud no Peru”, com ampla documentação sobre violações dos direitos humanos da mulher, resultando as violações durante o parto algo de conhecimento público. Deste modo como em outros países da América Latina, no Brasil o tema era frequentemente abordado em trabalhos feministas, fora e dentro da academia.

No Brasil, desde 1980, com a publicação em Espelho de Vênus diversos estudos têm relatado vivências negativas de mulheres durante a concepção.

Nessa publicação, o Grupo Ceres fez uma etnografia da experiência feminina, descrevendo de forma explícita o parto institucionalizado como uma vivência violenta.

Tal violência já era tema também das políticas de saúde ao final da década de 1980: o Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM), a título de exemplo, reconhecia o tratamento impessoal e muitas vezes agressivo da atenção à saúde das mulheres. Todavia, o tema por muito tempo foi negligenciado por três grandes motivos: (a) pela resistência dos profissionais, (b) por ter pauta feminista e (c) pela falta de acesso das mulheres pobres a serviços essenciais. As denúncias eram tantas que o Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde e o Departamento de Medicina Preventiva da Universidade de São Paulo (USP), a partir de 1993, promoveram cursos de capacitação para o atendimento a mulheres vítimas de violência.

Foi, em 1993, com a carta de fundação da Rede pela Humanização do Parto e do Nascimento (REHUNA), que o termo violência obstétrica ganhou uma maior definição e repercussão no Brasil, uma vez que reconheceu circunstâncias da violência e do constrangimento durante a assistência à mulher parturiente. Todavia, tal organização, temendo uma reação hostil dos profissionais da saúde, foi decidido deliberadamente não falar abertamente sobre violência.

4. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA EM SUAS DIFERENTES FORMAS

A violência obstétrica é caracterizada como a apropriação do corpo e dos processos naturais relacionados a gestação, pré-parto, perda gestacional, parto e puerpério pelos(as) profissionais de saúde, por meio do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, que provoque a perda da capacidade e autonomia das mulheres de decidir livremente sobre seus próprios corpos e sua sexualidade, impactando negativamente na qualidade devida.

Por óbvio, nem toda intervenção médica constitui violação ao atendimento humanizado; refere-se apenas daquelas práticas das quais o benefício não é efetivamente comprovado, sendo realizadas de forma desnecessária, sem a devida comunicação com a

mulher, e que implicam em prejuízo ao processo natural de parto e em elevação do sofrimento psicológico e físico.

Mesmo que essas intervenções sejam necessárias ou desejadas pela parturiente, devem ser levados em consideração a autonomia da mulher e a sua dignidade em todo o procedimento clínico, de maneira que as decisões não se resultem em pressão psicológica ou outra forma de constrangimento por parte do profissional.

Assim sendo, a violência obstétrica pode se apresentar sob as seguintes formas: violência física; verbal e emocional; práticas sem consentimento; cerceamento à autodeterminação e à autonomia; discriminação a atributos específicos.

4.1 ABUSO FÍSICO

O abuso físico acontece quando não é respeitada a integridade corporal das mulheres ou até mesmo quando não são oferecidas melhores alternativas à saúde, de modo que os danos ocasionados à mulher acabam sendo mais significativos que os benefícios desejados. Uma maneira de violência comum é o uso rotineiro de ocitocina em internações precoces, com o intuito de acelerar os partos, o que pode levar à intensificação da dor e estar associada a riscos graves para as parturientes e seus bebês.

Outra forma de abuso físico é a prática da episiotomia, corte cirúrgico realizado na vagina para ampliar o canal no momento “expulsivo” do parto. Refere-se a um procedimento que pode causar diversas complicações, como problemas de cicatrização, infecções, e aumento de dor no pós-parto, principalmente quando se fala em relação sexual. De acordo com pesquisas realizadas no Brasil, mais da metade das mulheres que não aderem ao parto por cesárea são submetidas a esse procedimento, o qual ocorre muitas vezes sem a autorização prévia da gestante.

Os exames de toque vaginal, configuram abuso físico e de caráter sexual, se executados de maneira não cuidadosa ou mesmo agressiva, ou se realizados diversas vezes por diferentes profissionais porque não há uma devida comunicação dentro da equipe técnica. Outras maneiras de manifestação dessa violência se dão pela omissão dos profissionais que privam a paciente de água, alimentos e analgésicos quando indicados, ou pelo impedimento à livre movimentação da mulher durante o parto, prática recomendada para os casos em que não exista nenhuma restrição clínica.

A chamada “manobra de Kristeller”, que corresponde na pressão física realizada sobre o útero da mulher para tentar auxiliar a expulsão do bebê – e que pode causar sérios danos à mulher, como rupturas de costelas e hemorragias, e também ao filho -, é a única

prática oficialmente contraindicada pelo Ministério da Saúde, desde 2017. Contudo, sua prática não cessou por completo.

Por fim, a realização de cesáreas sem indicação configura outra forma de violência obstétrica. Apesar dessa intervenção não ser recomendada pela OMS, especialmente quando se trata de procedimento para aceleração do trabalho parto, é uma prática que vem crescendo no Brasil. As principais razões desse aumento são: (a) a falta de informação sobre seus riscos a curto e longo prazo, os quais devem ser de conhecimento da gestante e (b) o incentivo feito pelos próprios médicos para que a gestante opte pela cesariana.

4.2 VIOLÊNCIA VERBAL E EMOCIONAL

Na esfera jurídica, a violência verbal e emocional representa uma afronta ao princípio constitucional da dignidade humana, bem também como o desrespeito a diversas leis que resguardam o direito ao parto humanizado.

No plano concreto, tal tratamento pode gerar ameaça à integridade física e psicológica da parturiente. Isso ocorre porque condutas coercitivas e de constrangimento, visto que se sobrepõem à liberdade de escolha da mulher, evidenciam uma espécie de ferramenta de persuasão, capaz de legitimar algum tipo de abuso físico ou mesmo de propiciá-lo.

Presente em diversos relatos, um caso que retrata essa realidade é o exemplo do profissional que exerce pressão emocional sobre a puérpera, responsabilizando-a pela eventual complicação no nascimento do próprio filho, como forma de convencê-la sobre a necessidade de se realizar uma episiotomia.

4.3 DISCRIMINAÇÃO

A discriminação que ocorre durante o atendimento médico está associada aos aspectos físicos, de idade, classe, cor da pele e étnico-raciais. Essa forma de violência pode se revelar de diferentes maneiras, dentre elas: pela agressão verbal, a partir de xingamentos e palavras humilhantes; pelo descaso da equipe médica, ao ignorar as decisões, os desejos e eventual sofrimento da parturiente; ou também quando o profissional tenta enganar uma paciente pressupondo sua ignorância.

4.4 PRÁTICAS SEM CONSENTIMENTO A AUTODETERMINAÇÃO E A AUTOESTIMA

A falta de informação – ou até mesmo a desinformação, em muitos casos – sobre as práticas ligadas ao parto e ao pós-parto é o principal fator que leva muitas mulheres a abdicarem de sua autonomia nos momentos de escolha. A mulher deve ter absoluta

condição de se autodeterminar, ou seja, ter conhecimento suficiente sobre os riscos e benefícios atrelados a cada procedimento e conduta médica que está sujeita, para que então possa tomar uma decisão, cujos efeitos incidirão sobre seu próprio corpo e de seu filho.

Acontece que esse cerceamento à autonomia é resultado, não apenas da ausência de informações, mas igualmente da comunicação que se dá de forma inadequada por parte do profissional da saúde, o que indica, muitas vezes, a discriminação e o descaso durante o atendimento médico.

Perante isso, o dever de prestar informação qualificada foi inserido nas diretrizes do parto humanizado e hoje é assegurada, por exemplo, pela Lei nº 15.759/2015 do Estado de São Paulo, que prevê a elaboração do Plano Individual de Parto.

4.5 EM CASO DE ABORTAMENTO

Mulheres que sofreram um aborto também estão sujeitas a ser vítimas de violência obstétrica. Isso pode acontecer de diversas formas: negação ou demora no atendimento, questionamento e acusação da mulher sobre a causa do aborto, procedimentos invasivos sem uma explicação, consentimento ou anestesia, culpabilização e denúncia da mulher.

Todas essas formas de violência podem influenciar no desenvolvimento de uma depressão pós-parto, no não desejo de uma próxima gestação, no medo do próximo parto e, até mesmo, no exercício da vida sexual da mulher.

5. PARTO HUMANIZADO

O parto humanizado é um modelo de atenção, que tem a mulher como protagonista. E que é diferente de parto natural, que ocorre sem intervenção, mas, mesmo assim, pode haver violência obstétrica e não dá à mulher o protagonismo devido. São três pilares no parto humanizado: autonomia das mulheres, equipe multiprofissional e evidências científicas.

Muitas mulheres, quando pensam em parto humanizado, ainda têm a imagem de um parto que acontece num ambiente íntimo, na água ou com alguns tipos de simbolismos. Parto humanizado não é sobre parir em casa ou no hospital, na banheira ou fora dela. O termo humanização não se refere à via de parto (vaginal ou cesárea), mas ao tipo de assistência que a mulher recebe. Onde as decisões são compartilhadas e as escolhas da mulher são ouvidas e respeitadas.

Até mesmo um parto com cesárea pode ser humanizado, se essa decisão for tomada pela própria gestante como o melhor método de parto para si. Entretanto, para atingir essa autonomia, é necessário que a grávida busque se conhecer e saber sobre suas possibilidades de parto para que as próprias decisões sejam escolhas informadas e autônomas, não induzidas.

5.1 AUTONOMIA DA GESTANTE

Estar ciente das escolhas e de quais alternativas você quer e quais você não quer no seu parto só pode ser verdadeiramente alcançado se você tiver acesso à informação. Entender que a mulher, enquanto gestante, tem o poder de decisão nas mãos, é algo muito novo para muitas grávidas. Para assumir o protagonismo do parto, é necessário empoderar-se.

Desenhar o plano de parto mais adequado é uma experiência individual guiada pela descoberta. É “conhecimento e autoconhecimento”. O conhecimento informativo passa por buscas complexas, mas necessárias: saber os seus direitos e alternativas enquanto experiência de parto e adequá-las à sua realidade.

Autoconhecimento, tarefa individual e intransferível, é o complemento que dá segurança para as suas decisões. Saber como você está lidando com sua gestação, como você lida com o seu próprio corpo e como você lida com a maternidade e o seu bebê são fatores cruciais. Coloca-la [a gestante] em contato com as suas emoções, é muito importante. Eu procuro, como doula, dar uma visão geral, de tanto essa parte mais teórica, quanto essa questão mais emocional mesmo, de como ela vai lidar com isso tudo.

5.2 HUMANIZAÇÃO A CULTURA DO PARTO

Quando o assunto é gestação, existe um leque de recomendações dadas pela ciência ou até mesmo por pessoas próximas que já tiveram filhos. É dentro desse panorama que gestantes podem exercer a sua liberdade. Por direito, você, mulher, pode questionar seu obstetra sobre suas alternativas e deve aprofundar suas pesquisas para fazer as melhores escolhas para o seu parto – que devem ser respeitadas na prática. Isso diminui os riscos de você passar por uma situação violenta durante o parto ou a gestação, mas, infelizmente, não acaba com o problema, visto que a violência obstétrica não é um problema individual, mas sim coletivo. O silenciamento das gestantes, condutas e práticas abusivas e violentas a partir de enfermeiros e obstetras não são casos isolados. São heranças de uma cultura que normatiza a violência obstétrica.

O termo “violência obstétrica” e sua definição são recentes, mas suas práticas, não. Para Lara, a questão é complexa por ter raízes mais profundas: “Eu acho que a gente

tem uma questão de gênero bem forte. Não dá para discutir violência obstétrica dissociada de violência de gênero e o que é 'ser mulher' na sociedade", declara.

Ou seja, nessa perspectiva, a violência contra gestantes é um dos vários mecanismos de opressão, abusos e agressões que atingem as mulheres, justamente por elas serem mulheres.

Em uma sociedade com prática machistas, na qual o homem ocupa um lugar de "superioridade" e dominação frente às mulheres, essa desigualdade se manifesta de diversas formas: diferença salarial, feminicídios, estupros, silenciamento das mulheres, violência psicológica e outros dispositivos que oprimem o gênero feminino.

Outro desafio cheio de ramificações são as práticas que permeiam a culturado parto no Brasil e, conseqüentemente, a formação de profissionais de enfermagem e medicina. Práticas como a episiotomia, indicada em casos específicos, e a manobra de Kristeller, contraindicada há mais de 40 anos, são reclamações frequentes em relatos de violência obstétrica. Maria Lucia Oppermann, ouvidora do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS), explica que algumas recomendações realmente estão mudando com o passar dos anos: "Na década de 70 e 80, a [episiotomia] era considerada uma ótima prática. Não que ela seja maléfica, mas ela deve ser utilizada só quando há necessidade. Quando ela é desnecessária, utilizá-la é um malefício", constata. Sobre o direito ao acompanhante, a situação é semelhante: "Quando eu entrei na residência, o marido e a família ficavam esperando lá fora ea paciente ficava sozinha dentro da sala de parto. Hoje em dia, as pacientes sempre têm um acompanhante", compara.

Atualizar os profissionais e estudantes sobre as boas condutas para um parto humanizado é uma mudança gradual. O que se sabe, de fato, é que há um crescente movimento de discussão sobre a violência obstétrica institucional, seja dentro ou fora da universidade. Para Maria Lúcia, os estudantes de medicina estão mais críticos e questionadores e mais aptos a compreenderem que as decisões durante a gestação e o parto são compartilhadas: "Agora, existe uma decisão compartilhada. A paciente toma as decisões, ela tem absoluto direito de decidir o que ela quer ou não. O que compete ao médico é dizer os riscos desse ou daquele caminho, para decidirem juntos", expõe.

Por ser uma questão cultural, as situações no momento do parto e suas conseqüências vão além do ambiente hospitalar. Lara Werner avalia que o dever das instituições de ensino é formar profissionais sensíveis, com reflexões sobre a diversidade de experiências: "As pessoas não são bonecos, elas têm bagagens e, muitas vezes, lidar com a bagagem dessas pessoas é bastante difícil", argumenta. Ela reitera que a satisfação na experiência deve ser uma das bases da prática hospitalar: "Eu acredito muito que a gente precisa efetivamente mudar o modelo de atenção, quando você pensa um modelo menos

hospitalocêntrico, mais amigável com o usuário, que ouça seus desejos e entende que satisfação é um indicador de qualidade científica e que a subjetividade não é um fator a ser desconsiderado dentro da construção de parâmetros e diretrizes”, finaliza.

6. COMO DENUNCIAR A VIOLÊNCIA OBSTETRÍCA

Segue abaixo diversas maneiras de denúncias, as documentações necessárias e os meios de contatos.

6.1 COMO DENUNCIAR A VIOLÊNCIA OBSTETRÍCA

Independentemente do tipo de violência sofrida, para realizar uma denúncia, deve-se reunir todos os documentos:

- Prontuário médico (que deve ser fornecido pelo hospital ou unidade de saúde sem custo);
- Cartão da gestante;
- Plano de parto;
- Exames;
- Contratos e recibos (quando na rede privada).

Para agilizar o processo, os órgãos oficiais recomendam que a vítima redija um relato detalhando o que sofreu, como se sentiu ao sofrer isso e quais as consequências que esta violência trouxe.

6.2 ONDE REALIZAR A DENÚNCIA

O próximo passo agora é se dirigir até a Ouvidoria do hospital ou da unidade de saúde em que ocorreu a violência, levando os documentos e também o relato, para que seja protocolada a denúncia. Além disso, também é recomendado ir à Secretaria Estadual de Saúde ou à Secretaria Municipal de Saúde bem como realizar denúncia ao Ministério da Saúde e à Central de Atendimento à Mulher.

Somando-se a isso, se pode também as representações dos profissionais envolvidos, como o Conselho Regional de Medicina (CRM) e o Conselho Regional de Enfermagem (Coren). Porém, essas instituições só se responsabilizam por abrir processos administrativos contra profissionais das suas respectivas áreas, sendo menos abrangentes.

E, caso ainda facilite de certa forma, é possível abrir ações judiciais com o auxílio de advogados, ou gratuitamente através das Defensorias Públicas.

Se porventura a violência tenha acontecido na rede privada, utilizando plano de saúde, outra opção é prestar queixa à Agência Nacional de Saúde (ANS) ou diretamente a ouvidoria do plano contratado.

6.3 TELEFONES E ENDEREÇOS

- CENTRAL DE ATENDIMENTO A MULHER

Através do telefone 180

- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE

Através do endereço: ans.gov.br/aans/ouvidoria/fale-sobre-a-ans

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superação da violência obstétrica é um desafio que pode ser efetivado através do seu reconhecimento como uma violação de direitos humanos (e, por conseguinte, de direito das mulheres).

Acredita-se que a inclusão de direitos das mulheres e dos direitos sexuais e reprodutivos como disciplina de graduação em cursos da área da saúde colaborariam para que os profissionais desse ramo tivessem uma formação mais humanística e ética.

O simples fato de o acesso à informação ter se tornado mais fácil não desobriga o profissional de saúde a “esquecer” de fornecer informações sobre assistência ao parto durante o pré-natal, o parto e o pós-parto. Ainda, deve assegurar o direito à parturiente de ser acompanhada durante todo o processo, seja por um ente familiar ou por um profissional com conhecimento diverso do modelo hegemônico de assistência.

Destaca-se que a relação entre profissionais de saúde e pacientes de camadas socioeconômicas desfavorecidas é marcada pela desconfiança, pelo desrespeito, por conflitos mal resolvidos que geralmente terminam expressos em maus tratos às puérperas.

Em relação à prevenção, existe no Brasil algumas políticas e programas que contribuem com esse objetivo. Porém, em contraponto a todos esses avanços, em maio de 2019, o Ministério da Saúde publicou um ofício (Ofício nº 017/19 – JUR/SEC), julgando o termo violência obstétrica como inadequado e banindo a sua utilização em documentos

legais e em políticas públicas. Essa mudança de postura gerou uma revolta entre ativistas e entidades em defesa das mulheres que acreditam que negar o termo é negar a existência do problema. Logo após a polêmica, houve uma nota do Ministério da Saúde reconhecendo o direito legítimo das mulheres em usar o termo que melhor represente suas experiências vivenciadas em situações de atenção à saúde que configurem maus tratos, desrespeitos, abusos e uso de práticas não baseadas em evidências científicas.

Com o propósito de tentar minimizar algumas das questões levantadas, a pesquisa “Nascer no Brasil II”, o segundo inquérito nacional sobre parto e nascimento que irá à campo em 2020, tem propósito de coletar dados referentes à violência obstétrica no Brasil. Será utilizado o questionário proposto pela Organização Mundial da Saúde previamente adaptado para o uso no Brasil. Um dos principais objetivos da pesquisa será estimar a prevalência de Violência Obstétrica, seus fatores de risco, estudar as consequências na saúde da mulher e do recém-nascido, assim como oferecer dados epidemiológicos para subsidiar políticas públicas. Presume-se que essa pesquisa possa ser um grande passo para a construção de um modelo de atenção ao parto e abortamento de forma mais respeitosa e digna para as mulheres no Brasil.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, J.M., D’OLIVEIRA, A.F.P.L. **Violência Institucional em Maternidades Públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero.** Tese de Doutorado. Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

AGENDE. **Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento.** 10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Convenção de Belém do Pará. Brasília: AGENDE, 2004. Disponível em: <<https://goo.gl/ZybHsj>>. Acesso em: 20 ago. 2018

BARROS, A. J.; SANTOS, I. S.; MATIJASEVICH, A. Et al. **Patterns of deliveries in a Brazilian Birth cohort:** almost universal cesarean sections for the better-off. *Revista de Saúde Pública, São Paulo*, v. 45, p. 635-643, 2011.

DINIZ, C. S. G. **Humanização da assistência ao parto no Brasil:** os muitos sentidos de movimento. *Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro*, v. 10, p. 627-637, 2005.

KEMP, E.; KINGSWOOD, C. J.; KIBUKA, M. et al. **Position in the second stage of labour for Women with epidural anaesthesia.** *Cochrane Database System Review, Londres*, n. 1, CD008070, 2013.

RATTNER, D. **Humanização na atenção a nascimentos e partos**: ponderações sobre políticas públicas. Interface, Comunicação Saúde e Educação, Botucatu, v. 13, n. 1, p. 759-768, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Programa Humanização do Parto**: Humanização do Pré-Natal e Nascimento. Brasília, Ministério da Saúde, 2000.

LEI n 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF, 2005^a.

MINISTERIO DA SAÚDE. **Portaria nº. 1.067, de 4 de julho de 2005**. Instituição da Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal. Diário Oficial da União, 6 jul. 2005b. OMS. Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito maus-tratos durante o Parto em instituições de saúde (2014). Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=... Acesso em 1 Jun. 2019.

BRAZIL health M from. GM de 24 de junho de 2011. Institui, no âmbito do Sistema de Único de Saúde (SUS) a Rede Cegonha. **Portaria no 1.459 de 24 de junho de 2011**. Brasília: Diário Oficial da União; 2011

IMPACTO DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

PATRICIA **BETTIN** **CHAVES:**
Defensora Pública Federal.
Especialista em Direito
Previdenciário pela Faculdade
Meridional.

No tocante à aposentadoria por invalidez, que passou a ser denominada de “aposentadoria por incapacidade permanente”, a EC 103/201972 alterou de maneira

⁷² Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º A média a que se refere o **caput** será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social para os segurados desse regime e para o servidor que ingressou no serviço público em cargo efetivo após a implantação do regime de previdência complementar ou que tenha exercido a opção correspondente, nos termos do disposto nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal.

§ 2º O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no **caput** e no § 1º, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição nos casos:

I - do inciso II do § 6º do art. 4º, do § 4º do art. 15, do § 3º do art. 16 e do § 2º do art. 18;

II - do § 4º do art. 10, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º e no § 4º deste artigo;

III - de aposentadoria por incapacidade permanente aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º deste artigo; e

IV - do § 2º do art. 19 e do § 2º do art. 21, ressalvado o disposto no § 5º deste artigo.

§ 3º O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 100% (cem por cento) da média aritmética definida na forma prevista no **caput** e no § 1º:

I - no caso do inciso II do § 2º do art. 20;

II - no caso de aposentadoria por incapacidade permanente, quando decorrer de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho.

§ 4º O valor do benefício da aposentadoria de que trata o inciso III do § 1º do art. 10 corresponderá ao resultado do tempo de contribuição dividido por 20 (vinte) anos, limitado a um inteiro, multiplicado pelo valor apurado na forma do **caput** do § 2º deste artigo, ressalvado o caso de cumprimento de critérios de acesso para aposentadoria voluntária que resulte em situação mais favorável.

significativa a forma de cálculo da renda mensal inicial, a semelhança das demais aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social.

Oportuno esclarecer que antes da Reforma da Previdência o cálculo era feito com base na média aritmética simples, correspondente aos 80% maiores salários de contribuição da vida do trabalhador, desconsiderando os 20% menores.

Com a entrada em vigor da EC 103/2019 o cálculo das aposentadorias, incluindo a por invalidez, tem como base a média aritmética simples de todos os salários de contribuição e das remunerações, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% de todo o período contributivo.

Desta forma, o valor da aposentadoria por invalidez corresponderá a 60% da média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações (correspondente a 100% de todo o período contributivo), com acréscimo de 2% para cada ano que exceder o tempo de vinte anos de contribuição, para os homens ou 15 anos de contribuição, para as mulheres.

Segue quadro comparativo acerca das alterações legislativas:

ANTES DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA	APÓS A PROMULGAÇÃO DA EC 103/2019
<p>CONTITUIÇÃO FEDERAL</p> <p>Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)</p> <p>I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)</p>	<p>CONSTITUIÇÃO FEDERAL</p> <p>Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)</p> <p>I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)</p>

§ 5º O acréscimo a que se refere o **caput** do § 2º será aplicado para cada ano que exceder 15 (quinze) anos de tempo de contribuição para os segurados de que tratam a alínea "a" do inciso I do § 1º do art. 19 e o inciso I do art. 21 e para as mulheres filiadas ao Regime Geral de Previdência Social.

ANTES DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA	APÓS A PROMULGAÇÃO DA EC 103/2019
<p>LEI 8.213/91 Art. 29. O salário-de-benefício consiste: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)</p> <p>I - para os benefícios de que tratam as alíneas <i>b</i> e <i>c</i> do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)</p> <p>II - para os benefícios de que tratam as alíneas <i>a</i>, <i>d</i>, <i>e</i> e <i>h</i> do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)</p>	<p>EC 103/2019 Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. § 1º A média a que se refere o caput será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social para os segurados desse regime e para o servidor que ingressou no serviço público em cargo efetivo após a implantação do regime de previdência complementar ou que tenha exercido a opção correspondente, nos termos do disposto nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal.</p>
<p>LEI 8.213/91 Art. 29. O salário-de-benefício consiste: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)</p> <p>I - para os benefícios de que tratam as alíneas <i>b</i> e <i>c</i> do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)</p> <p>II - para os benefícios de que tratam as alíneas <i>a</i>, <i>d</i>, <i>e</i> e <i>h</i> do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)</p>	<p>EC 103/2019 Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. § 1º A média a que se refere o caput será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social para os segurados desse regime e para o servidor que ingressou no serviço público em cargo efetivo após a implantação do regime de previdência complementar ou que tenha exercido a opção correspondente, nos termos do disposto nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal.</p>

Assim, a mudança desta regra de cálculo afetou de forma considerável o valor da aposentadoria por invalidez, sendo que esta espécie de benefício não possui natureza programável.

Cumpra referir que o valor do benefício somente ficará maior se o trabalhador tiver mais de 20 anos de contribuição, no caso do segurado homem, ou 15 anos de contribuição, para o caso de segurada mulher. Somente desta forma, para cada ano que supere os períodos de contribuição mencionados, haverá acréscimo de 2% no benefício.

De acordo com as novas regras introduzidas pela EC 103/2019, para a obtenção do rendimento de aposentadoria em valor mais próximo da remuneração, o segurado deverá verter contribuições por um período mínimo de 40 anos, para o homem e 35 anos para a mulher.

Por outro lado, somente nos casos de acidente de trabalho, doenças profissionais e doenças do trabalho, a aposentadoria por invalidez será integral, ou seja, de 100% da média dos salários de contribuição e remunerações do segurado.

Ocorre que, em relação as prestações de benefícios por incapacidade de natureza previdenciária, isto é, não relacionadas ao trabalho, estes representam mais de 80% das concessões, enquanto o benefício de natureza acidentária responde por quase 16%, conforme dados do 1º Boletim Quadrimestral sobre Benefícios por Incapacidade 2017, elaborada pelo Ministério da Fazenda e Secretaria da Previdência.

Neste contexto observa-se franca afronta ao valor social do trabalho, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, bem como ao princípio da igualdade, na medida em que o valor do benefício da aposentadoria por invalidez leva em consideração a origem da incapacidade para o trabalho.

Conforme ensina o Juiz Federal Helder Teixeira de Oliveira⁷³:

(...)De todo o exposto, pode-se concluir que o princípio constitucional da igualdade se constitui em um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil. Idealizado inicialmente para obstar discriminações arbitrárias em razão da raça, do gênero, da religião, da origem social e geográfica, atualmente protege o cidadão contra toda e qualquer sorte de discriminação arbitrária. Para tanto, a Constituição Brasileira, além de vedar condutas discriminatórias desarrazoadas, determina que se adotem providências tendentes à redução e a eliminação das desigualdades históricas que assolam o país.

No âmbito do Direito Previdenciário, como em qualquer área que cuida das relações humanas, podem ocorrer discriminações não fundamentadas, fato que, se verificado, autoriza a correção da distorção pela via judicial, para fazer prevalecer o princípio em análise.

Nada obstante, por regra, a mera alteração posterior da legislação previdenciária para "melhor", sob a ótica do segurado da Previdência Social, não autoriza que se declare existir afronta à isonomia, caso não contemplados todos os segurados/beneficiários, notadamente os mais antigos. É da essência da legislação previdenciária mudar no decorrer do tempo, atendendo às necessidades do país. Da mesma forma, se a

⁷³ **OLIVEIRA, Helder Teixeira de.** Considerações acerca do princípio constitucional da isonomia e sua incidência no Direito Previdenciário. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 23, abr. 2008.

legislação posterior vier a mudar "para pior", sempre na visão do segurado, todos os anteriores beneficiários não serão atingidos, o mesmo já não se podendo dizer em relação aos futuros aposentados.

Aí reside a verdadeira isonomia previdenciária; cada geração vive conforme as contingências sociais e normas de seu tempo.

Parece óbvio, porém, que o discurso que ora se adota pode vir a servir de pretexto para toda sorte de discriminação arbitrária em sede previdenciária; discriminação calcada não nas necessidades do país e do próprio sistema previdenciário, mas em interesses políticos, econômicos e ideológicos escusos. Ou ainda, o que seria menos grave, mas também inconstitucional: apenas uma discriminação não fundamentada na Constituição.

Verificadas concretamente com pouca margem para dúvidas, a ocorrência das hipóteses supra-referidas, deve-se fazer prevalecer o princípio da igualdade, pela via judicial se necessário, seja estendendo-se os efeitos de uma lei a pessoas não inicialmente contempladas, seja declarando-se inconstitucional a lei discriminatória, conforme o caso concreto.

Enfim, o que se pretende afirmar é que, em se tratando de relação jurídica previdenciária, não se deve declarar afronta ao princípio da isonomia sem uma profunda análise de todos os fatos e as normas subjacentes ao longo do tempo, sem olvidar o caráter de acordo de gerações inerente à matéria. Cuida-se de questão deveras importante e que, por isso, não deve ser tratada de forma superficial.

Ademais, tal medida acarretará o aumento da situação de pobreza e vulnerabilidade dos segurados aposentados por invalidez permanente, que terão sua renda reduzida drasticamente, quando impossibilitados de reingressar no mercado de trabalho e especialmente na ocasião em que deveriam ter um maior amparo social.

Sendo o benefício não programável e substitutivo da renda, ocorrerá uma significativa redução da renda mensal familiar, em momento de fragilidade do segurado, em que necessita de maior acesso aos serviços públicos, aumentando os gastos extraordinários, em especial com medicamentos e tratamentos de saúde.

Outrossim, a regra que estabelece que a aposentadoria por invalidez, exceto se decorrente de acidente do trabalho e doenças profissionais e do trabalho, corresponderá somente a 60% da média aritmética, com acréscimo de 2% para cada ano de contribuição

que exceder o tempo de vinte nos de contribuição, está a reduzir, de forma substancial a verba alimentar da pessoa com deficiência, violando, de tal sorte, sem dúvida, o princípio da segurança jurídica e da confiança.

A violação ao núcleo essencial do direito à seguridade é manifesta, neste caso, e vai deixar mais fragilizado aquele que teve a sua capacidade laboral tolhida, restando desprezado, de tal sorte, o regramento do Artigo 28 da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, segundo o qual, os Estados reconhecem o direito das pessoas com deficiência, não só a um padrão de vida adequado para si e suas famílias, como também o reconhecem o direitos delas à “melhoria contínua de suas condições de vida”.

A redução do valor do benefício por incapacidade permanente, conforme estipulada pelo artigo 26 da EC 103/2019, fere o princípio da proporcionalidade, em **flagrante desconexão entre o risco protegido e a prestação previdenciária paga ao segurado.**

O princípio da proporcionalidade, por constituir um dos pilares do Estado Democrático, deve servir tanto para o controle voltado à proibição do excesso como para a proibição de proteção insuficiente em matéria de direitos fundamentais. Essa, aliás, é a razão para se estabelecer dimensões negativa e positiva do princípio da proporcionalidade⁷⁴.

Enquanto mandamento de otimização, o princípio da proporcionalidade pode ser concebido em duas dimensões, uma dimensão negativa, voltado ao controle da proibição do excesso que viole direitos fundamentais – neste caso, normalmente voltado para a proteção de algum direito fundamental de liberdade – e uma dimensão positiva, relacionado ao cumprimento de um dever de proteção adequado ou para a proibição de proteção insuficiente de algum direito fundamental – aqui entendido como um direito social, embora seja possível aplicar o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente também em casos de violação a direitos fundamentais de liberdade⁷⁵.

Por consequência, considerando que a alteração da renda mensal inicial da aposentadoria por incapacidade permanente foi efetivada através da alteração do texto constitucional, decorrente do Poder Constituinte derivado, é possível buscar a declaração de inconstitucionalidade da norma constitucional mencionada.

⁷⁴ SOARES JÚNIOR, Jair. Seguridade Social e Sustentabilidade. Curitiba:Alteridade. 2017, p.191.

⁷⁵ SOARES JÚNIOR, Jair. Seguridade Social e Sustentabilidade. Curitiba:Alteridade. 2017, p.192.

Segundo Andre Luiz Mouto Bittencourt em sua obra Manual dos Benefícios por Incapacidade Laboral e Deficiência⁷⁶:

(...) se mostra perfeitamente possível a declaração de inconstitucionalidade de norma advinda de Constituinte derivado. (...)

Sem nos aprofundar em aspectos históricos relativos à dignidade da pessoa humana, respeitando a característica do estudo, se faz necessário, desde logo, apresentar sua natureza jurídica, a forma pela qual nossa Constituição define a dignidade da pessoa humana, as consequências desse enquadramento, sua forma de interpretação, seus limites, sobretudo dentro das perspectivas sociais de proteção, e , mais especificamente, a proteção social voltada aos incapacitados. (...)

Nesta linha de entendimento, cumpre observar que em decisão no dia 11 de março de 2022, a **Turma Regional de Uniformização da 4ª Região** declarou que o cálculo da Renda Mensal Inicial da aposentadoria por incapacidade permanente **é inconstitucional**:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE. DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS COEFICIENTES DA ACIDENTÁRIA E DA NÃO ACIDENTÁRIA. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 26, § 2º, III, DA EC N.º 103/2019. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA, DA RAZOABILIDADE E DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. 1. A EC 103/2019 alterou a forma de cálculo dos benefícios previdenciários. Em relação a aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária, estabeleceu, até o advento de lei posterior, que o seu cálculo, corresponda a 60% (sessenta por cento) da média aritmética simples dos salários de contribuição contidos no período de apuração, com acréscimo de 2% (dois por cento) para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição para os homens ou 15 anos de contribuição para as mulheres. 2. O art. 194, parágrafo único, IV, da CF/88, garante a irredutibilidade do valor dos benefícios. Como a EC 103/19 não tratou do auxílio-doença (agora auxílio por incapacidade temporária) criou uma situação paradoxal. De fato, continua sendo aplicável o art. 61 da LBPS, cuja renda mensal inicial corresponde a 91% do salário de benefício. Desta forma, se um segurado estiver recebendo auxílio doença que for convertido em aposentadoria por

⁷⁶ BITTENCOURT, André Luiz Moro. Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência. 4.ed. Curitiba: Alteridade, 2021, p.239

incapacidade permanente, terá uma redução substancial, não fazendo sentido, do ponto de vista da proteção social, que um benefício por incapacidade temporária tenha um valor superior a um benefício por incapacidade permanente.

3. Ademais, não há motivo objetivo plausível para haver discriminação entre os coeficientes aplicáveis à aposentadoria por incapacidade permanente acidentária e não acidentária.

4. Em razão da inconstitucionalidade do inciso III do §2º do art. 26 da EC 103/2019, esta turma delibera por fixar a seguinte tese: "O valor da renda mensal inicial (RMI) da aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária continua sendo de 100% (cem por cento) da média aritmética simples dos salários de contribuição contidos no período básico de cálculo (PBC). Tratando-se de benefício com DIB posterior a EC 103/19, o período de apuração será de 100% do período contributivo desde a competência julho de 1994, ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. (grifo nosso)

Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (TRU), processo nº 5003241-81.2021.4.04.7122/RS, decisão em 11/03/2022, órgão julgador Turma Regional de Uniformização da 4ª Região

Referências bibliográficas:

BITTENCOURT, André Luiz Moro. Manual de Benefícios por Incapacidade Laboral e Deficiência. 4.ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2021.

OLIVEIRA, Helder Teixeira de. *Considerações acerca do princípio constitucional da isonomia e sua incidência no Direito Previdenciário.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 23, abr.2008. <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Helder_Oliveira.htm> Acesso em:14jul.2022.

SOARES JÚNIOR, Jair. Seguridade Social e Sustentabilidade. Curitiba:Alteridade. 2017

IMPORTÂNCIA DA LOGÍSTICA REVERSA NA PRODUÇÃO INDUSTRIAL COMO FORMA DE PRESERVAR O MEIO AMBIENTE

ANTÔNIA MÔNICA RIBEIRO NASCIMENTO:

Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito (Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA). Licenciada em Pedagogia (Faculdade de Educação Santa Teresinha – FEST). MBA em Gestão Estratégica Empresarial e MBA em Gestão de Operações e Logística (ambos pela UNISULMA).

THIAGO SOUSA SILVA

(orientador)⁷⁷

RESUMO: O artigo tem como objetivo analisar a importância da logística reversa na produção industrial como forma de preservar o meio ambiente. É evidente que a logística está entre os principais ramos da administração e torna-se fator decisivo para o bom andamento das atividades, principalmente em setores como produção, reciclagem, armazenamento, estoque e claro, a administração de materiais. Neste sentido, a logística reversa é uma prática que tem crescido nas empresas e tem contribuído em reaproveitar os recursos que seriam jogados fora, sendo agora, utilizados na produção industrial. O estudo demonstrou que a logística reversa é responsável por dar uma adequada destinação para vários produtos, como por exemplo, o óleo de cozinha que pode transformar-se em. Daí, a relevância da logística reversa que proporciona que substâncias retornem para serem reutilizadas ao invés de irem diretamente para o lixo e contaminar riachos, lagos, o lençol freático e o solo como um todo. É necessário melhorar a divulgação para que mais pessoas tomem conhecimento sobre o processo de reaproveitamento de substâncias químicas e estas sejam manipuladas e conseqüentemente, reaproveitadas.

Palavras-chaves: Importância. Logística reversa. Preservação. Meio ambiente.

ABSTRACT: The article aims to analyze the importance of reverse logistics in industrial production in order to preserve the environment. It is clear that logistics is one of the main branches of the administration and becomes a decisive factor for the smooth running of

⁷⁷ Professor Orientador, Thiago Sousa Silva, Administrador, Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional, MBA em Gerenciamento de Projetos

activities, especially without sectors such as production, recycling, storage, inventory, and of course, the materials management. In this sense, reverse logistics is a practice that has been growing in business and has contributed to re-use the funds that would be thrown away, now being used in industrial production. The study showed that the RL is responsible for proper allocation to give various products, for example cooking oil which can in turn. Hence, the importance of reverse logistics offering that substantiates return for reuse instead of going directly to waste and contaminate streams, lakes, groundwater and soil as a whole. It is necessary to improve the disclosure so that more people become aware about the reuse of process chemicals and these are handled and thus reused.

Keywords: Importance. Reverse logistic. Preservation. Environment.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Conceito de logística – 3. Conceito de logística reversa – 3.1 Importância da logística reversa para as empresas 4. Considerações finais - 5. Referências

1 INTRODUÇÃO

O mundo globalizado tem obrigado as pessoas a terem uma vida corrida e com pouco tempo para se alimentar, por isso muitos têm se rendido as comidas rápidas (fast-food). Sabe-se que esses alimentos são extremamente ricos em sódio e gordurosos, assim ingeridos em grande quantidade podem ser prejudiciais à saúde. Por esse motivo tem aumentado o consumo de óleo de soja usado diariamente em redes de lanchonetes e restaurantes no mundo inteiro. Por conta disso, não estão sendo tomadas as medidas necessárias para o adequado armazenamento do óleo, que é utilizado, sendo o mesmo, descartado de forma incorreta, como em ralos de pias, vasos sanitários e no fundo do quintal, assim sendo prejudicial ao meio ambiente.

O Brasil com a sua grande extensão e capacidade produtiva em alimentos é um dos maiores produtores mundiais de soja, como cita Rabelo *et al.*, (2008) e possui grandes perspectivas para a produção de outras sementes, tais como amendoim, girassol, babaçu, milho, canola, mamona e algodão, potenciais para a produção do óleo de cozinha. Que produzidos destas sementes trazem benefícios para a saúde das pessoas, porém, ainda produzido em baixa escala alteando assim o custo para o cliente final, fato que mudaria caso aumentasse a produção dessas sementes.

A logística reversa tem grande importância para a preservação dos recursos naturais e do meio ambiente como afirma Castro *et al* (2015) logística reversa quer pelo seu potencial econômico, quer pela sua importância na preservação de recursos e meio

ambiente, tem ocupado espaço significativo e despertado interesse das empresas. Por isso é de urgência que sejam viabilizados meios, para que a logística reversa esteja mais presente no dia a dia das empresas e para o esclarecimento da população das cidades a fim de que contribuído com o meio ambiente, gerando economia e diminuindo os custos de produção, justificando assim, este estudo.

Destaca-se o uso do método hipotético-dedutivo, isto é, “a pesquisa inicia-se com a descoberta de um problema e sua descrição clara e precisa para facilitar a obtenção de um modelo simplificado e a identificação de outros conhecimentos e instrumentos, relevantes ao problema, que auxiliarão o pesquisador em seu trabalho” (GIL, 2014, p.23).

Observa-se a pesquisa bibliográfica como principal fonte de informação e coleta de dados, visto que foram utilizados livros e artigos de autores renomados e especialistas na temática ora abordada. “A pesquisa bibliográfica é elaborada com base em material já publicado. Tradicionalmente, esta, modalidade de pesquisa inclui material impresso, como livros revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos” (GIL, 2014, p.29).

Sendo assim, considera-se pertinente e oportuno este trabalho que tem como objetivo analisar a importância da logística reversa na produção industrial como forma de preservar o meio ambiente.

2 CONCEITO DE LOGÍSTICA

Para conceituar o assunto segundo Ballou (2012) logística empresarial trata de todas atividades de movimentação e armazenagem, que facilitam o fluxo de produtos desde o ponto de aquisição da matéria-prima até o ponto de consumo final, assim como dos fluxos de informação que colocam os produtos em movimento, com o propósito de providenciar níveis de serviço adequados, contudo ela tem papel fundamental em todas as organizações por mais simplificado que seja sua atividade empresarial e seu sistema de gerenciamento.

A logística tem contribuído há bastante tempo com a vida do homem, só que seu conceito recente, ou seja, vem dos primórdios da II guerra mundial, onde sua atividade fim era abastecer os campos de guerras. Falando um pouco sobre a sua origem a palavra logística vem do verbo *loger* do francês que significa alugar ou alocar. Nos dias atuais nenhuma organização consegue viver sem a contribuição da logística.

Quando pensamos em logística, logo nos remete ser um processo em gerenciamento do fluxo de materiais que deve ter um processo eficiente, do seu ponto de

aquisição até o seu ponto de consumo. Porém para entendermos melhor o objetivo da logística Bowersox e Closs (2008), diz que o objetivo da logística é tornar disponíveis produtos e serviços no local onde são necessários, no momento em que são desejados. A logística muito antes de ter esse nome já contribuía para a sobrevivência do homem.

Diante do exposto, infere-se que a logística envolve uma integração das informações em que estão inclusas, sendo que devem estar em constante integração para sua eficiência, desde o estoque ao armazenamento durante o seu manuseio e embalagem, todos têm o papel de oferecer tarefas que sejam desafiantes e compensadoras durante a execução do processo.

Para complementar, Bowersox e Closs (2008) conceitua as partes envolvidas da logística como integração de informações, transporte, estoque, armazenamento, manuseio de materiais e embalagem. Em que todas essas áreas estão inseridas o trabalho logístico.

Complementando a afirmativa Buller (2012), diz que a logística empresarial é um campo relativamente novo do estudo da gestão integrada, das áreas tradicionais das finanças, marketing e produção, como esse processo já é praticado no mundo todo a séculos pela necessidade das relações comerciais, porém a pouco tempo vem sendo estudada no ramo empresarial para auxiliar na integração dos processos que envolve integra as áreas da empresa, para que assim tenha um processo eficiente e integrado.

Por sua vez Kotler (2012), complementando o conceito a logística de mercado envolve o planejamento da infraestrutura para atender à demanda e os subsequentes controle de fluxo físico e implementação de materiais e de produtos finais entre os pontos de origem e os pontos de uso com o objetivo de satisfazer as exigências dos clientes, então todas as atividades que tem envolvimento da logística é para que ao final o cliente saia satisfeito com o produto final ou com o resultado adquirido.

Segundo Kotler (1998) *apud* Carvalho (2009, p.139) a logística envolve planejamento, implementação e controle dos fluxos físicos de materiais e bens finais, dos produtos de origem aos pontos de uso para atender às exigências do consumidor a determinado lucro. Como afirma o autor a logística tem papel fundamental em atender as necessidades dos clientes para que seja levado do ponto de origem ao ponto final em que o consumidor final. Tudo com o objetivo da satisfação do cliente.

Porém, não é tão simples em razão que levar a quantidade de produtos certos ao lugar certo na hora certa não é um trabalho simples nem barato Carvalho (2009). Este

processo é outra dificuldade que a logística tem enfrentado para manter os mercados competitivos e disponibilizar os recursos mais rápidos aos clientes.

3 CONCEITO DE LOGÍSTICA REVERSA

O conceito de cadeia de suprimentos reversa ainda está em construção, com crescente interesse por parte de acadêmicos e gestores de empresas Zucatto *et al.*, (2013) como identificado conceito de logística reversa ainda encontra-se em construção, mais para Lavez *et al.*, (2011) *apud* Rogers, Tibben-Lembke (1999). Entende como logística reversa, o processo de planejamento, implantação e controle da eficiência, do custo efetivo do fluxo de matérias-primas, estoques em processo, produtos acabados e informações relacionadas ao ponto de consumo e ao ponto de origem, com objetivo de reagregar valor ou efetuar o descarte, sendo que este processo não ocorre como cita o referido conceito, apenas para alguns segmentos funciona corretamente como o caso das embalagens de agro tóxico.

Com o crescimento populacional, o aumento do consumo por produtos de bens de consumo, que em grande maioria suas embalagens são de materiais descartáveis, sendo que estes são descartados sem nenhuma destinação adequada em várias partes do globo. Houve então a necessidade da logística empresarial buscar soluções para resolver esse problema, gerado pelo seu processo produtivo.

Por isso eis o que Carta Magna já regulamenta desde o início da redemocratização do Brasil em 1988 sobre a sustentabilidade com o meio ambiente.

Como no artigo 225 da constituição brasileira de 1988 deixa claro que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

De acordo com o conceito de logística reversa sob a ótica da Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010, que institui a política nacional de resíduos sólido – PNRS, logística reversa é o instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos

resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento. Como bem afirmado a logística reversa é um meio de desenvolvimento social, sendo que este procedimento continua com o reaproveitamento dos materiais pelas industriais.

Conforme Leite (2009), A logística reversa como a área da logística empresarial que planeja, opera e controla o fluxo e as informações logísticas correspondentes, do retorno dos bens de pós-venda e de pós-consumo ao ciclo de negócios, com isso, as empresas devem dar uma destinação para os resíduos gerados pela sua própria atividade empresarial.

Já para Stock apud Leite, (2009), a logística reversa: em uma perspectiva de logística de negócios, o termo refere-se ao “papel da logística no retorno de produtos, redução na fonte, reciclagem, substituição de materiais, reuso de matérias-primas, e estas podendo reduzir o custo das matérias de produção, através do reuso de materiais utilizados na produção”.

Como percebe-se nos conceitos supracitados que a logística reversa tem como princípio norteador o retorno dos produtos, reuso dos materiais que podem ser reaproveitados e/ou providenciar uma destinação adequada para os resíduos gerados durante a produção de seus produtos.

Complementando a afirmativa acima citada à lei 12.305/2010,diz que a responsabilidade é compartilhada pelo ciclo do produto desde o fabricante até o consumido: é responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos.

Mais para que esse processo esteja melhor entendido vide figura 1 em que leite (2009), complementa a atuação e etapas reversas.

Logística reversa - área de atuação e etapas reversas

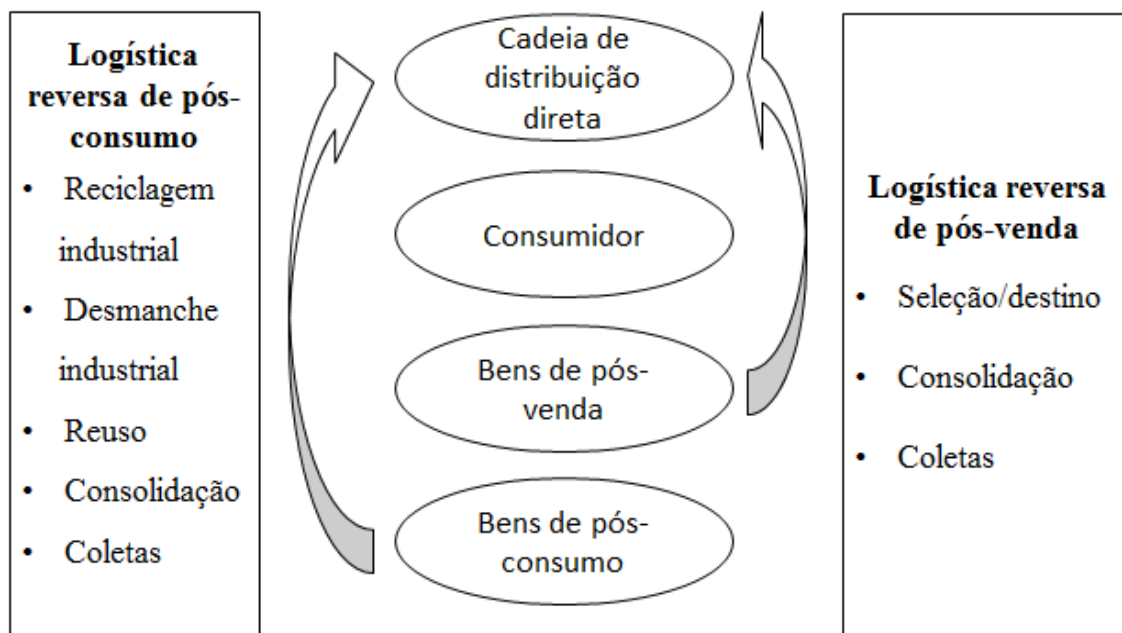


Figura 1: Logística reversa: área de atuação e etapas reversas.
Fonte: Adaptado de Leite (2009).

Já na visão do Lavez *et al.*, (2011), *apud Council of Logistics Management* (CLM, 1993). Define a logística reversa da seguinte maneira: “o processo de planejamento, implantação e controle da eficiência e custo efetivo do fluxo de matérias-primas, estoque em processo, produtos acabados e as informações correspondentes do ponto de consumo para o ponto de origem”.

3.1 Importância da logística reversa para as empresas

A logística reversa tem contribuído para a sociedade e principalmente para o meio ambiente, pois produtos que outrora eram descartados agora são incentivado a serem transformados em outros produtos, isso além de melhora a imagem corporativa traz também benefícios para acionistas e sócio como bem expõe Chaves Junior *et al*, (2014) a imagem corporativa construída a partir de uma política organizada de logística reversa traz retornos positivos para acionistas e sócios, uma vez que a empresa está envolvida com a preservação do meio ambiente, o que propicia uma atração dos consumidores para este tipo de prática.

Afirmado por Kotler (2012) as empresas também têm se esforçado para melhorar o impacto ambiental e a sustentabilidade de sua cadeia de suprimento, reduzindo suas

pegadas de carbono e utilizando embalagens recicláveis. Isso porque os clientes estão ficando cada vez mais exigentes e preocupados sobre a origem das matérias primas que para fabricar seus produtos. Isso porque empresas que antes não comungavam da ideia de sustentabilidade tiveram que reestruturar estratégias, pois hoje a logística reversa é vista como um fator diferencial de competitividade, pois os consumeristas estão mais exigentes em procurar por empresas “limpas”.

Por isso hoje as empresas que tem aderido à prática da logística reversa tem ganhado lugar de destaque no mercado, pois consumidores têm buscado empresas que possuem o chamado selo verde ou que buscam minimizar os impactos gerados durante o processo produção.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade não se pode descartar alguns materiais recicláveis sem saber primeiro as consequências que podem causar ao meio ambiente, e também à vida humana, bem como a conservação das águas que é um bem finito e em alguns lugares do planeta já encontram-se escasso.

Outra ação que também ocorre na sociedade brasileira que é passível de correções é a falta de formação adequada às pessoas que desenvolvem o processo da logística reversa, pois suas práticas são oriundas do senso comum, ou seja, utilizam práticas que foram passadas de outras gerações, sem a devida orientação técnica de um profissional especializado. Isso é visível em pequenas e médias empresas, mais especificamente, exemplifica-se os restaurantes e lanchonetes que não armazenam o óleo que poderia ser transformado em sabão.

As dificuldades encontradas para realizar a logística reversa parte da própria falta de conscientização das pessoas para que as mesmas recolham o óleo. A falta de apoio governamental para a produção mais formalizada e de maneira industrial, esse um dos motivos que a produção no Brasil ainda é tímida, contudo essa demanda sendo baixa até por conta da produção e disponibilidade dos membros associados.

Nesse sentido, o presente trabalho é de fundamental importância para mostra a sociedade e demais pessoas que a logística reversa pode e deve ajudar a preservar o meio ambiente como também preservando as águas e o solo.

É possível encontrar em pouca quantidade, associações de moradores ou mesmo escolas públicas (projetos científicos) que fazem o reaproveitamento do óleo de cozinha. Assim, ocorre a logística reversa na referida onde percebe-se algumas ações pertinentes à logística reversa que são passíveis de ações corretivas, bem como necessitam de mais incentivos e apoio do governo, para que essa ação ganhe força e mais adeptos na lutar pela conservação pela natureza.

Vale ressaltar que além das limitações dos recursos para a execução da produção em grande escala, não há também incentivos do governo para subsidiar as ações da referida associação. Ressalta-se que o estudo em pauta não se esgota por aqui e deve ser objeto para pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

BALLOU, Ronald H. **Logística empresarial**: transporte, administração de materiais e distribuição física - 1. ed. - 26 reimpr. - São Paulo: Atlas, 2012.

BOWERSOX, Donald J.; CLOSS, David J. **Logística empresarial**: o processo de integração da cadeia de suprimento. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL. **Lei nº 12.305** de 2 de agosto de 2010. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

BULLER, Luz Selen. **Logística empresarial**. Curitiba-PR: IESDE BRASIL, 2012.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Paulo Roberto. **Logística Reversa: meio ambiente e competitividade**. 2ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.

CARVALHO, Marcos Roberto. **Gestão dos canais de distribuição**. Curitiba: IESDE BRASIL S/A. 2009.

CASTRO, Eder Aparecido Bueno de; Pires, Ivanilza Paulino; Costa, Marcela Avelina Bataghin. **LEVANTAMENTO DA PRODUÇÃO CIENTÍFICA NACIONAL EM LOGÍSTICAREVERSA: ANÁLISE**

NO PERÍODO DE 2005 A 2013. Disponível em: [http://www.desafioonline.com.br/publicações.DesafioOnlineCampo Grande](http://www.desafioonline.com.br/publicações.DesafioOnlineCampoGrande), v. 3, n. 1, Jan./Abr. 2015. Acessado em agosto de 2015

CHAVES JÚNIOR, Lourival Ribeiro; ARAÚJO, Sandna Nolêto de; SANTOS, Francisco Dimitre Rodrigo Pereira. **Logística Reversa: O retorno de produtos e sua reutilização para diminuição de custos e aumento de lucros em uma empresa em Imperatriz-MA.** In: Congresso Internacional de Administração; Ponta Grossa. Anais. 2015. Disponível em: <http://www.admpg.com.br/2015/selecionados.php>. Acesso em: 20 out. 2021.

CHINELLATO, Talita; Olivato, Vitória. **Ecotoxicologia: Óleo de cozinha, um contaminante ambiental.** Disponível em: <http://www.intertox.com.br/index.php/meio-ambiente-em-manchete/586-ecotoxicologia-oleo-de-cozinha-um-contaminante-ambiental>. Acesso em: 02 out. 2021.

CHING, Hong Yun. **Gestão de estoques na cadeia de logística integrada.** 2 ed. São Paulo, Atlas, 2001.

KOBAYASHI, Shun'ichi. **Renovação da logística:** como definir as estratégias de distribuição física global / tradução Valéria Custódio dos Santos. São Paulo: Atlas, 2003.

KOTLER, Philip. Administração de marketing. 14. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2012.

LAVEZ, Natalie; Souza, Vivian Mansano de; Leite, Paulo Roberto. **O papel da logística reversa no reaproveitamento do "lixo eletrônico" – um estudo no setor de computadores.** Disponível em: Revista de Gestão Social e Ambiental - RGSA, São Paulo, v.5, n.1, p. 15-32, jan./abr., 2011. Acesso em: 23 nov. 2015.

RABELO, Renata Aparecida; FERREIRA, Osmar Mendes. **Coleta seletiva de óleo residual de fritura para aproveitamento industrial.** Disponível em: <http://www.pucgoias.edu.br/ucg/prope/cpgss/ArquivosUpload/36/file/Continua/COLETA%20SELETIVA%20DE%20C3%93LEO%20RESIDUAL%20DE%20FRITURA%20PARA%20AP%20E2%80%A6.pdf>. Acesso em: 18 out. 2021.

ZUCATTO, Luis Carlos, et al. **Cadeia reversa do óleo de cozinha: coordenação, estrutura e aspectos relacionais.** Disponível em: RAE | São Paulo | V. 53 | n. 5 | set-out, 2013 | 442-453. Acessado em: 14 out. 2021.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

MARYANA FERREIRA VIEIRA:

Graduada em Direito pela UFRN.
Pós Graduada em Ciências Penais
pela Universidade Cândido
Mendes.

Resumo: O princípio da presunção de inocência norteia o ordenamento jurídico nacional e também a nível internacional, como pode ser observado através da leitura da Constituição da República Federativa do Brasil e Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Nesse contexto, o presente artigo se propõe a trazer uma reflexão e análise acerca da execução provisória da pena em cotejo com o citado princípio e com o Pacote Anticrime - Lei nº 13.964/2019-, bem como o entendimento jurisprudencial acerca da temática.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência. Pacote anticrime. Execução provisória da pena.

Sumário: Introdução. 1. Considerações sobre o princípio da presunção de inocência. 2. Execução provisória da pena e o entendimento do STF. 3. O pacote anticrime e a execução provisória da pena no rito do Tribunal do Júri. Considerações finais. Referências bibliográficas

Introdução

A temática abordada no presente artigo traz uma reflexão sobre a execução provisória da pena, em cotejo com o princípio da presunção de inocência. O estudo aqui proposto objetiva realizar uma análise do tema e do entendimento jurisprudencial correlato.

Nesse contexto, o assunto é abordado à luz dos conceitos aplicáveis, considerando os princípios e valores consagrados pela Constituição Federal de 1988 e pelo direito internacional, coletando-se informes e concepções oriundos da legislação e doutrina relacionadas ao assunto.

1. Considerações sobre o princípio da presunção de inocência

Sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou o princípio da presunção da inocência ao dispor, em seu artigo 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Nas palavras de Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, "um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção

pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”⁷⁸.

Nesse contexto, o princípio da presunção da inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade, determina que ninguém deverá ser declarado culpado antes do término do devido processo legal, considerando este último como aquele processo em que tenham sido assegurados ao acusado a ampla defesa e o contraditório.

Em sede de Tratados Internacionais, esse princípio é consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao dispor, em seu artigo 9º, que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Outrossim, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 também dispõe, em seu artigo 11.1, que todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Tal princípio reflete na regra do ônus da prova do direito processual penal, recaindo na parte acusadora o ônus de provar a culpabilidade do acusado, acima de qualquer dúvida razoável, não se exigindo do acusado o ônus de provar a sua inocência. O princípio reflete ainda na regra de tratamento, considerando que a regra é que o acusado responda ao processo penal em liberdade, sendo a restrição da liberdade uma exceção que precisa ser devidamente justificada, cumpridos os requisitos estabelecidos pela legislação.

Nesse contexto, esclarecedora a lição de Aury Lopes Júnior ao dispor que o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver o fim do processo penal⁷⁹.

2.Execução provisória da pena e o entendimento do STF

A respeito da execução provisória da pena no contexto do princípio da presunção de inocência explicitado acima, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima é claro ao expor:

⁷⁸ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. Dos delitos e das penas. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 69.

⁷⁹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 47/48.

“Por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade da prisão cautelar, não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do acusado.”⁸⁰

Nesse contexto, cumpre esclarecer que a temática da possibilidade de execução provisória da pena já sofreu algumas oscilações na jurisprudência pátria. No período entre os anos de 2016 até 2019 prevalecia no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que não era necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória, possibilitando-se, assim, a execução provisória da pena.

Nesse sentido, no dia 17 de fevereiro de 2016, ao julgar o HC 126292, O Supremo Tribunal Federal decidiu que era possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau, o que não ofenderia o princípio constitucional da inocência. De acordo com o STF, o recurso especial e o recurso extraordinário, por não possuírem efeito suspensivo, mesmo que fossem interpostos, não impediriam a produção de efeitos da decisão recorrida, que poderia ser executada enquanto o recurso não fosse julgado.

Para o STF, considerando que os recursos cabíveis da decisão de 2º grau ao STJ e ao STF não se prestam a discutir fatos e provas, a presunção de inocência não impediria que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produzisse efeitos contra o acusado, possibilitando, portanto, a execução provisória da pena. Nas exatas palavras do STF, “Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte.”.

Ocorre que no dia 07 de novembro de 2019, ao julgar as ADCs 43, 44 e 45 (Ministro Relator Marco Aurélio), o STF passou a afirmar que a execução da pena só poderia ter início após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, posição essa que vigora até os dias atuais, quando não é possível a execução provisória da pena.

Dentre os argumentos utilizados para essa mudança de paradigma, estão a clara letra da lei, considerando o disposto no art. 5º inciso LVII da Constituição Federal e o

⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. P. 49/50.

disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, que determina que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.

Nesse contexto, o STF entendeu que a Constituição não pode se submeter à vontade dos poderes constituídos nem o Poder Judiciário embasar suas decisões no clamor público, motivo pelo qual, a partir da citada data e até os dias atuais, passou a ser proibida a execução provisória da pena. Senão vejamos a ementa abaixo:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória (STF – ADC: 43 DF 4000886-80.2016.1.00.0000, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 07/11/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/11/2020)

É importante frisar que essa decisão do STF, proferida em Ação Direta de Constitucionalidade, que declarou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, de acordo com a doutrina majoritária, possui efeitos vinculantes e *erga omnes*.

No mesmo sentido, temos a Súmula 643, aprovada pelo Superior Tribunal de Justiça em 10 de fevereiro de 2021, que assim dispõe: “A execução da pena restritiva de direitos depende do trânsito em julgado da condenação.”.

3.O pacote anticrime e a execução provisória da pena no rito do Tribunal do Júri

Feitas todas as considerações acima acerca do entendimento jurisprudencial relativo à execução provisória da pena, cumpre esclarecer que a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “pacote anticrime” acrescentou, ao artigo 492 do Código de Processo Penal, a possibilidade de execução provisória da pena no caso de a condenação pelo Júri resultar em pena superior a 15 (quinze) anos de reclusão.

Nos exatos termos do inciso I, alínea “e”, do mencionado dispositivo legal, o juiz presidente do Tribunal do Júri, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15

(quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

Diante de todos os argumentos trazidos neste trabalho, e, em especial, diante do entendimento do STF sobre o assunto, percebe-se que a alteração legislativa é de questionável constitucionalidade, considerando que mitiga o duplo grau de jurisdição, além de representar uma violação ao princípio da presunção de inocência.

Segue abaixo transcrição das esclarecedoras lições de Paulo Queiroz sobre o assunto:

"além de incoerente e ilógica, é claramente inconstitucional, visto que: 1) ofende o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII), razão pela qual toda medida cautelar há de exigir cautelaridade, especialmente a prisão preventiva; 2) viola o princípio da isonomia, já que condenações por crimes análogos e mais graves (v.g., condenação a 30 anos de reclusão por latrocínio) não admitem tal exceção, razão pela qual a prisão preventiva exige sempre cautelaridade; 3) estabelece critérios facilmente manipuláveis e incompatíveis com o princípio da legalidade penal, notadamente a pena aplicada pelo juiz-presidente; 4) o só fato de o réu sofrer uma condenação mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado; 5) a gravidade do crime é sempre uma condição necessária, mas nunca uma condição suficiente para a decretação e manutenção de prisão preventiva. Como é óbvio, a exceção está em manifesta contradição com o novo art. 313, §2º, que diz: *Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena.*"⁸¹

Considerações Finais

A partir de uma análise acerca realidade que permeia a execução provisória da pena, pode-se observar a importância da evolução do entendimento jurisprudencial sobre o

⁸¹ QUEIROZ, Paulo. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>. Acesso em: 03/10/2021.

tema, em especial ao se verificar que o princípio da presunção da inocência é claramente consagrado não só na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas também a nível de Tratados Internacionais.

Dito isso, constatou-se que a alteração introduzida pela Lei nº13.964/2019 - “Pacote Anticrime” - vai na contramão da evolução jurisprudencial, representando um retrocesso no nosso ordenamento jurídico e deixando clara a necessidade que o Supremo Tribunal Federal garanta a eficácia ao duplo grau de jurisdição, ao sistema recursal como direito de todo acusado, além de resguardar o princípio da presunção da inocência ou não-culpabilidade.

Referências bibliográficas

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 8. Ed. Ver., Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. Dos delitos e das penas. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DE CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. **Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4ªed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2006.

QUEIROZ, Paulo. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm.Acesso em: 25 set. 2021.

O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA HIPOSSUFICIÊNCIA: UM RECORTE SOBRE A SUA EFETIVAÇÃO NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS

POLLIANA PEREIRA BARROS SILVA:

Graduada em Letras pela Faculdade da Terra de Brasília - FTB, graduanda do curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins. Servidora Pública da Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

LUCIMARA ANDREIA MOREIRA RADDATZ

(orientadora)

RENATA RODRIGUES DE CASTRO ROCHA

(coorientadora)

RESUMO: O acesso à justiça é indispensável à garantia de todos os demais direitos. A Constituição Federal de 1988 o protege e o eleva ao patamar de direito fundamental, assim como buscamecanismoscapazes de efetivá-lo, visto que a garantia de qualquer direito adquirido necessita de meios aptos a reclamar sua violação frente ao Estado. Nesse contexto, a Defensoria Pública se apresenta como única instituição constitucionalmente incumbida de promover ao necessitado, individual ou coletivamente, a resolução de seus conflitos. O objetivo geral do presente artigo científico é explorar os conceitos de acesso à justiça e o papel da Defensoria Pública na efetivação desse acesso. Já em relação ao objetivo específico, busca-se analisar a prestação jurisdicional pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins. A referida análise é feita com base nos recursos utilizados para o desenvolvimento das suas atribuições defensoriais, bem como, pela comparação entre com as demais Defensorias Públicas brasileiras, indicando os possíveis óbices no cumprimento da sua missão, a fim de construir hipóteses de aperfeiçoamento Institucional. A metodologia utilizada é o método dedutivo, por meio de uma análise qualitativa, partindo de um espectro amplo em direção a um ponto específico acerca do tema abordado, por meio da revisão bibliográfica.

Palavras-chaves: Acesso à justiça. Direito fundamental. Garantias constitucionais. Assistência judiciária gratuita. Defensoria Pública.

ABSTRACT: The access to justice is essential to guarantee all other rights. The Federal Constitution of 1988 protects it and elevates it to the baseline of a fundamental right, as

well as seeking mechanisms capable of making it effective, since the guarantee of any acquired right requires means capable of claiming its violation before the State. In this context, the Public Defender's Office presents itself as the only institution constitutionally responsible for promoting to the needy, individually or collectively, the resolution of their conflicts. The general objective of this scientific article is to explore the concepts of access to justice and the role of the Public Defender's Office in making this access effective. In relation to the specific objective, it seeks to analyze the jurisdictional provision by the Public Defender's Office of the State of Tocantins. The aforementioned analysis is based on the resources used for the development of its defense attributions, as well as, by comparing it with the other Brazilian Public Defender, indicating the possible obstacles in the fulfillment of its mission, in order to build hypotheses for Institutional perfecting. The methodology used is the deductive method, through a qualitative analysis, starting from a broad spectrum towards a specific point about the topic addressed, through the literature review.

Keywords: Access to justice. Fundamental right. Constitutional guarantees. Free legal aid. Public Defender's Office.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA O ACESSO À JUSTIÇA. 2.1 O SURGIMENTO DOS DIREITOS NO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 2.2 OS OBSTÁCULOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA. 2.2.1 Obstáculo econômico. 2.2.2 Obstáculo cultural. 2.2.3 Obstáculo organizacional. 3. O PAPEL CONSTITUCIONAL DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS. 3.1 DIAGNÓSTICO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL. 3.2 CONHECIMENTO DA POPULAÇÃO SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA E A EDUCAÇÃO EM DIREITOS. 4. UM BREVE HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS E A SUA ESTRUTURA. 4.1 CRITÉRIOS PARA O DEFERIMENTO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA E PERFIL DOS ASSISTIDOS NO TOCANTINS. 4.2 QUANTITATIVO DE ATENDIMENTOS E ATIVIDADES REALIZADAS. 4.3 FERRAMENTAS DE ACESSO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS E O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO EM PROL DO ASSISTIDO. 4.4 SITUAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Em seu art. 5º, inciso LXXIV, a Constituição Federal, garante a assistência jurídica integral e gratuita aos cidadãos economicamente hipossuficientes. Essa assistência consiste no oferecimento de orientação e defesa jurídica àqueles que comprovarem insuficiência de recursos para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, além de outras despesas remanescentes do processo.

Neste contexto, a Defensoria Pública é constitucionalmente incumbida da função de defesa integral e gratuita à população hipossuficiente. Somente a essa Instituição, foi conferido o dever de promover ao necessitado, de forma individual ou coletiva, o remate aos seus conflitos.

Contudo, nota-se que apesar da ascensão da Defensoria Pública no que se refere à sua autonomia e conseqüente estrutura, é possível verificar que existem dificuldades a serem superadas para o integral cumprimento da sua missão constitucional. Conhecê-las, pode possibilitar a implementação de soluções capazes de tornar o acesso à justiça mais eficiente ao assistido.

Pela mesma razão, se revela a importância e a justificativa para a realização da presente Pesquisa, a qual buscará responder às seguintes questões: O que é o acesso à Justiça e quais são seus obstáculos? Qual é o papel da Defensoria Pública na efetivação do acesso à Justiça? E, finalmente, qual é a situação da sua efetivação no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Tocantins?

Nesse viés, o objetivo geral deste trabalho é explorar os conceitos de acesso à justiça e o papel da Defensoria Pública na efetivação desse acesso. Já em relação aos objetivos específicos, busca-se apresentar uma análise da prestação jurisdicional pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins, por meio de um comparativo entre as Defensorias Públicas brasileiras, indicando os possíveis óbices ao cumprimento da sua missão constitucional, a fim de construir hipóteses de aperfeiçoamento Institucional.

A metodologia utilizada no presente trabalho científico é o método dedutivo, por meio de levantamentos qualitativos, partindo de um espectro amplo em direção a um ponto específico acerca do tema abordado, utilizando da revisão bibliográfica, com base na legislação de regência, notadamente a Constituição Federal de 1988, além da Lei nº 1.060/50, Lei Complementar nº 55 /2009, da Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022, dos Relatórios de Gestão publicados pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins e da Resolução CSDP nº 170/2018.

Apesar de utilizar do método dedutivo, baseia-se também na abordagem quantitativa, por meio da análise estatística para compreender o aspecto qualitativo da prestação jurisdicional pela DPE-TO.

Dada à análise contextual e observação da realidade do funcionamento jurídico, administrativo e orçamentário, apresenta-se como uma pesquisa empírica de natureza aplicada.

Toda essa abordagem é desenvolvida no método dialético, haja vista a proposta deste trabalho, qual seja a de compreender como se dá acesso à Justiça por meio das defensorias públicas, e em particular a do Tocantins, comparando-a com as demais em aspectos pontuais.

Em resultado, espera-se colaborar com a conscientização de um corpo social mais consciente dos seus direitos e deveres, que seja democrático, igualitário e habilitado a superar as diversas formas de desigualdade, sejam elas sociais, econômicas ou culturais.

Por todo o exposto, as contribuições a serem apresentadas se darão em âmbito acadêmico, Institucional-organizacional (Defensoria Pública do Tocantins) e político-social do Estado. A força motriz destapesquisa é o anseio por contribuir ainda que com uma diminuta fração, para encurtamento do caminho entre o cidadão e os seus direitos.

2.O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA O ACESSO À JUSTIÇA

É cediço que a dignidade da pessoa humana se sobrepõe a de qualquer organização social que defenda a existência de direitos humanos fundamentais e se disponibiliza a efetivá-los para a sociedade. Trata-se de um bem inerente à pessoa e, portanto, improrrogável, inalienável e inviolável.

Para CANÇADO TRINDADE (2003), a ideia dos direitos humanos é tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação, exclusão e opressão, em prol da salvaguarda, contra o nepotismo, arbitrariedade e a asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade.

SARLET (2001) defende que tal dignidade é qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Resta evidenciado que a limitação a direitos como o trabalho, a saúde, educação e a vida digna, precede a pobreza, de forma que essa favorece a negação de todos os direitos humanos. O estado de pobreza obstaculiza não apenas o acesso à justiça, mas gera

entraves ao exercício da própria cidadania. É nesse contexto que as possibilidades de violência aos direitos humanos recaem com maior expressividade sobre os vulneráveis, pois impossibilita o integral desenvolvimento dessas pessoas.

Nota-se que mesmo diante da inexistência de um conceito final pronto e acabado de justiça, é de indubitável importância a busca pela sua aplicação de forma satisfatória, pois ela é a base da efetivação dos demais direitos pertencentes ao homem. A obtenção de qualquer direito perde sua importância frente à indisponibilidade de ferramenta eficaz a reclamá-lo: “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

2.1 O SURGIMENTO DOS DIREITOS NO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O conceito de acesso à justiça sofreu importantes transformações ao decorrer da história, sendo impreciso o início do cunho desse direito na sociedade. Entretanto, nota-se, no Código de Hamurábi, datado entre os séculos XXI e XVII a.C., o surgimento desse direito, pois o referido código previa à parte interessada o direito de audiência frente ao soberano, o qual detinha o poder de decisão.

No Brasil, a história demonstra que por muito tempo o Estado foi omissivo em reconhecer, ainda que no campo formal, os direitos fundamentais do seu povo. Entre as mudanças legislativas e políticas, o produto do distanciamento entre as pessoas e o nascimento do efetivo Estado de Direito, eram as diversas formas de violação dos direitos humanos, posteriormente, patrocinadas pela própria Constituição.

O progresso alcançado pela classe operária ao lutar por melhores condições laborais e pelos direitos políticos se tornaram marcos importantes, tendo em vista que essas conquistas forçaram o Estado a se posicionar, ainda que formalmente como garantidor dos direitos medulares do homem, deixando para trás o enfoque individualista e trazendo luz ao reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, dentre eles o acesso à justiça.

A assistência judiciária nos modelos atuais remonta das Ordenações Filipinas, estabelecidas em 1.603, e vigorou até a entrada do Código Civil de 1.916, que manteve o benefício no ordenamento jurídico. Depois, essa assistência foi regulamentada na Lei nº 1.060/50 e encontra-se em vigor atualmente.

O advento da República trouxe algumas tentativas para a imposição do acesso a justiça, mas os atos nesse sentido foram insuficientes, pois o país havia acabado de sair de

um regime escravocrata. Durante as constituições que se findaram, o acesso à justiça foi se viabilizando cada vez mais até chegar à constituição atual.

Na Constituição de 1988, conhecida como a “Constituição Cidadã”, que foram instituídos os direitos e garantias fundamentais, sendo que a assistência judiciária ascendeu ao status de garantia constitucional. Assim, o artigo 5º, XXXV, principia “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por essa constituição também é assegurado o direito de propor Ação, o devido processo legal, o direito ao contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV da CF/88. Da mesma forma, o direito a isonomia das partes no processo, que se viabiliza através da assistência judiciária aos carentes (art. 5º, LXXIV).

Conforme FENSTERSEIFER (2017), o modelo político-jurídico de um Estado Social e Democrático de Direito estabelece como função primordial do Direito (e, por consequência, do Sistema de Justiça que o operacionaliza) o dever de prover a criação de mecanismos protetivos, tanto de cunho propriamente material quanto processual, capazes de assegurar a superação das vulnerabilidades sociais, sejam elas individuais ou coletivas, as quais podem impedir o exercício dos seus direitos com plenitude.

Atualmente, o conceito de justiça é considerado abstrato, que expõe uma forma ideal de interação social, sendo estudado pelas mais diversas áreas do conhecimento existentes, como o direito, a filosofia, a ética e a religião (LUMER, 2005). De maneira abrangente, a definição de justiça pode ser considerada como a qualidade daquilo que está em consonância com o direito; a percepção e a avaliação do que é justo; o respeito pelo direito do outro, de forma que pode ser reconhecido de maneira intuitiva na maioria das relações ou por meio das ferramentas de mediação ou pelo próprio poder judiciário, o qual também recebe o nome de “justiça”.

2.2 OS OBSTÁCULOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA

O acesso efetivo à justiça está cada vez mais naturalizado na sociedade, contudo, o próprio conceito de efetivo é por si difuso, de difícil constatação. A efetividade completa, no contexto de um dado direito substantivo é descrita como “igualdade de armas”, a certeza de que, findo o processo, a decisão proferida baseou-se apenas no aspecto jurídico, nos direitos objetivos das partes, sem a interferência de elementos não afetos ao direito, como posição social, por exemplo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Contudo, a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça sempre existirão obstáculos vistos como intransponíveis, cabendo aos pensadores o estudo e a

identificação dos principais a serem enfrentados no objetivo de minorá-los no caminho da efetivação do direito de acesso à justiça. São vários os fatores impeditivos para o acesso à justiça, seja pela má organização do sistema judicial do País, pela falta de conhecimento da população acerca dos seus direitos ou pelas custas processuais e honorários advocatícios. Quando se considera o poder econômico médio do brasileiro, o acesso à justiça encontra-se entevado, carente da atuação do Estado para que se torne efetivo.

Ademais, garantir acesso à justiça não se limita a simples permissão concedida a todos para que ingressem com suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário. Representa o oferecimento de auxílio técnico, de assistência jurídica.

2.2.1 Obstáculo econômico

A Constituição Federal determina como um de seus fundamentos a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. É sabido que o Brasil apresenta grande desigualdade na distribuição de renda, fator que eleva os níveis de pobreza. Contudo, a redução da desigualdade não significa tão somente essa distribuição. O efetivo acesso à justiça, também reduz vultuosamente as desigualdades sociais. O termo pobreza não possui uma única definição, mas é possível afirmar que se trata de uma situação de escassez em que o indivíduo não detém as condições necessárias à manutenção de um padrão de vida que coadune com mínimo existencial, considerando o que é estabelecido em cada contexto histórico e social. Sônia Rocha conceitua:

Pobreza é um fenômeno complexo, podendo ser definido de forma genérica como a situação na qual as necessidades não são atendidas de forma adequada. Para operacionalizar essa noção ampla e vaga, é essencial especificar que necessidades são essas e qual nível de atendimento pode ser considerado adequado. A definição relevante depende basicamente do padrão de vida e da forma como as diferentes necessidades são atendidas em determinado contexto socioeconômico (ROCHA, 2006).

Dessa forma, extrai-se que há estado de pobreza quando as pessoas vivem com renda familiar per capita insuficiente para prover o nível mínimo necessário de satisfação das suas necessidades básicas, para se adequar ao grupo social em que vivem. A pobreza é vista como consequência da ação dos homens, em resultado a forma como pensam, interpretam e agem. Nota-se que a pobreza deriva da desigualdade social, ambas sempre

fizeram parte da construção histórica do país. Sempre presente nas pautas de discussão, todavia, não se apreende ações que sejam eficazes no enfrentamento desse problema. Ronaldo Coutinho Garcia aduz que:

[...] foram criadas riqueza e renda suficientes para produzir alterações significativas nas condições de vida da grande massa da população brasileira que é carente de tudo. No entanto, a riqueza existente, a produzida e a renda criada sempre foram apropriadas concentradamente por minorias que sofrem de um estado crônico de “ganância infecciosa” (GARCIA, 2003).

É atribuição do Estado regular intervir por meio de políticas públicas que possibilitem a diminuição da desigualdade. Sabe-se que “o mito da “cultura da pobreza”, segundo o qual os pobres não melhoram suas condições de vida porque não querem, desfaz-se, sempre na dura frieza das evidências empíricas e históricas” (ABRANCHES, 1998, 16). O que se extrai é que foram poucas as mudanças significativas durante o processo de desenvolvimento do Brasil, apesar de inúmeros estudos e discussões sobre o tema, bem como as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

A resolução formal de conflitos, por meio de litígio ante o Poder Judiciário pode ser bastante dispendiosa. O obstáculo econômico se refere à falta de recursos financeiros que possibilitem ao interessado defender direito adquirido em juízo pela impossibilidade de pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Dessa forma, “apesar de a CF/88 prever a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º XXXV), essa regra se torna letra morta quando se trata de pessoa necessitada, e por isso o filósofo Ovídeo sentenciava: “o tribunal está fechado para os pobres” (REIS; ZVEIBIL, 2013).

Há países que adotam o sistema judicial americano, em que o vencido não é obrigado a arcar com os honorários advocatícios de sucumbência. Já nos países que adotam o princípio da sucumbência, a penalidade para o vencido é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes. Além disso, em outros países, como a Grã-Bretanha, o litigante muitas vezes não pode sequer estimar o nível do risco econômico – quanto lhe custará perder – uma vez que os honorários advocatícios podem variar muito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Torna-se, portanto, evidente que os dois principais pilares do obstáculo econômico são os honorários advocatícios e as custas

processuais cobradas pelo Poder Judiciário, que são muito altos, e, para muitos, impossíveis de serem liquidados.

O obstáculo cultural se refere à capacidade do cidadão de reconhecer seus direitos e reivindicá-los. O desconhecimento dos próprios direitos atua como obstáculo ao acesso à justiça, tendo em vista que ao não reconhecer os direitos que possui o cidadão é capaz de reconhecer sua violação. Em consequência tem-se que o acesso à justiça é limitado ou impedido em face da ignorância do possuidor de tais direitos.

Outra vertente do obstáculo cultural, além da desinformação e ignorância em relação aos próprios direitos é que grande parte da população, incluindo pessoas com certo conhecimento e escolaridade, sentem-se intimidadas pelo Poder Judiciário, temendo em recorrê-lo, mesmo tendo ciência de seus direitos ou, ainda, por desconfiança da figura do advogado. Sobre o ponto, dispõem Cappelletti e Garth:

Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

É notório que assim como o obstáculo econômico, no cultural, os mais afetados são a população de renda mais baixa, que, por desinformação ou por medo, optam por não buscar auxílio profissional gerando, assim, igual limitação de seu acesso à justiça.

A ferramenta adequada a esse combate é a informação, a aproximação entre o direito e a sociedade, bem como se faz necessária a disponibilização dos meios existentes a essa reivindicação. O conhecimento pleno dos direitos de que são titulares constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida do cidadão.

2.2.3 Obstáculo Organizacional

“Problemas especiais dos interesses difusos”, diz respeito ao tolhimento do direito de acesso à justiça em razão da dificuldade de organização frente ao complexo desdobramento histórico do nosso país (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

“Embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Intempéries como a falta de informação, cultura e a inexistência de órgãos reguladores, acabam por tornar-se um obstáculo organizacional. Como dito anteriormente, após breve análise dos obstáculos encontrados à efetivação do acesso à justiça, evidencia-se que os indivíduos mais afetados são aqueles desprovidos de poder financeiro e social. A solução para o dado problema mostra-se complexa, principalmente se levarmos em consideração que, no Brasil, 13.5 milhões de pessoas estão em situação de extrema pobreza (NERY, 2019, online). Entretanto, a busca por uma sociedade que seja capaz de garantir o acesso à justiça a todos deve ser de natureza contínua e incansável.

No que se refere às barreiras do acesso à justiça por meio da política é sedimentado que não se pode resolver déficits estruturais e organizacionais por intermédio da indiscriminada produção de normas, mas ao invés disso, se dirigir à verdadeira fonte do problema e, com isto, descortinar programas e estratégias capazes de resolver ou pelo menos equacionar a crise que impede o acesso à justiça.

3.0 PAPEL CONSTITUCIONAL DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

O ordenamento jurídico Brasileiro adotou o modelo público, também conhecido por “salaried staff model”. A partir desse modelo, a assistência jurídica desempenhada pela Defensoria Pública, especificamente regulada pela Constituição Federal, é definida como função essencial ao funcionamento da justiça, conforme rege o art. 134 da Constituição Federal.

Das lições de ESTEVES; SILVA (2014) se depreende que, embora custeada por recursos públicos, a Defensoria Pública:

(...) encontra-se desvinculada dos Poderes Estatais, sendo livre para exercer o seu papel “inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público” (art. 4º, § 2º, da LC nº 80/1994). Assim, há independência funcional do Defensor Público em suas decisões e a Instituição é protegida nos casos mais controversos. Ademais, o art. 4º, VII, VIII, X e XI, da LC nº 80/1994, e o art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985 permitem que a Defensoria Pública pleiteie pela defesa dos interesses das

classes necessitadas, resguardando à Instituição a legitimidade para a propositura de ações coletivas.

Contudo, destaca-se que, apesar de o modelo brasileiro ser primariamente o público, conforme previsão do art. 4º, § 5º, da Lei Complementar nº 80/1994, a qual prevê que a assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública, em algumas localidades, ainda encontra-se em vigor o sistema *judicare*, em razão do não estabelecimento satisfatório da instituição na respectiva localidade, normalmente em razão da insuficiência de membros no quadro da Instituição. O Supremo Tribunal Federal considera dever constitucional do Estado, o oferecimento de assistência jurídica gratuita aos que não disponham de meios para contratação de advogado particular. Dessa forma, as políticas públicas que desviem pessoas ou verbas para outra entidade com o mesmo objetivo, em prejuízo da Defensoria Pública, são tratadas como um insulto à Constituição Federal (BRASIL, 2012, online).

Em certas ocasiões, os direitos dos indivíduos a serem defendidos pela Defensoria Pública afrontam direta ou indiretamente interesses da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de políticos ou de detentores de grande capital privado dentro dos entes federativos. Nesse espectro, no intuito de evitar influências externas no cumprimento da missão defensorial, as Emendas Constitucionais nº 45/2004, 69/2012 e 74/2013, concederam, respectivamente, autonomia funcional, autonomia administrativa e autonomia orçamentária à Defensoria Pública.

No tocante à autonomia funcional, as funções da Defensoria Pública podem ser criadas conforme o interesse da instituição, considerando-se a conveniência e oportunidade no objetivo de atender seus assistidos de forma eficaz. Necessário destacar que a autonomia funcional pertence à instituição, que não deve ser confundida com independência funcional, que é prerrogativa dos membros da instituição. No que se refere à autonomia administrativa, a Defensoria Pública pode se organizar da forma mais conveniente, observando, por óbvio, os limites legais, ficando sob a responsabilidade do Defensor Público-Geral a decisão a respeito das prioridades financeiras da instituição, do funcionamento dos núcleos, nomeação e posse de servidores, bem como a regulação dos demais procedimentos internos. Por fim, ante a autonomia orçamentária ou financeira, a Defensoria Pública tem a prerrogativa de elaborar a própria proposta de orçamento, o que permite planejar ações futuras e a justificação direta de suas despesas ao Poder Legislativo (REIS; ZVEIBIL; JUNQUEIRA, 2013).

3.2 DIAGNÓSTICO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

Em atuação conjunta entre a Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal, foi realizada a Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022. Esse documento referencia os dados apresentados neste capítulo, os quais foram extraídos do relatório consubstanciado na referida Pesquisa.

A estimativa populacional dos municípios brasileiros realizada pelo IBGE (2020) retrata que o Brasil possui 211.755.692 habitantes. Com um total de 2.628 comarcas regularmente instaladas, apenas 1.162 contam com Defensores Públicos na localidade. Dessa forma, resta evidenciado que 44,2% das localidades que sediam comarcas contam com a atuação de Defensores Públicos, em face da insuficiência de membros da Instituição.

Nessas 1.162 unidades defensoriais estão distribuídos 6.121 órgãos de atuação em todo o país, sendo 2.018 órgãos de atuação no âmbito criminal (33,0%), 2.656 órgãos de atuação no âmbito não criminal (43,4%) e 1.447 órgãos de atuação conjunta no âmbito criminal e não criminal (23,6%).

No que se refere ao perfil de renda dos assistidos, a estimativa atual indica que o Brasil possui 186.299.853 habitantes com renda familiar de até 3 salários mínimos, o que representa 88,0% da população total.

Contudo, considerando a análise conjugada das informações levantadas, a pesquisa concluiu que, no âmbito da justiça estadual, atualmente 153.188.940 habitantes são potenciais assistidos da Defensoria Pública, representando 72,3% da população brasileira.

Ao realizar a análise da população com potencial acesso à Defensoria Pública por ente federativo, as informações dão conta que o Estado de Goiás apresenta o menor índice de habitantes potencialmente atendidos, com apenas 38,2% da população do Estado. De outra forma, em apenas 9 unidades federativas, o atendimento das Defensorias Públicas apresenta potencial de atender 100% da população, são os Estados de Alagoas, Amapá, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima e Tocantins.

Contudo, um dado importante a ser considerado nesse contexto é a somatória dos habitantes que não possuem assistência jurídica oferecida pela Defensoria, mesmo sendo enquadrados como economicamente hipossuficientes, com renda familiar de até 3 salários mínimos. Trata-se de uma população de 51.733.631 habitantes, que não possui condições

de contratar um advogado a fim de para promover a defesa de seus direitos. Com efeito, considerando que o reconhecimento formal de direitos pelo ordenamento jurídico não impõe a sua efetivação direta, pelo menos 26,6% da população brasileira está à margem do acesso à justiça, sem condições que permitam reivindicar seus direitos por meio da Defensoria Pública.

No que se refere aos parâmetros para deferimento de assistência jurídica integral e gratuita, após a análise dos dados levantados, a Pesquisa concluiu que 26 Defensorias Públicas apresentam critérios previamente definidos em atos normativos internos. Esses, baseiam na renda familiar, sendo ofertado o serviço de assistência jurídica integral e gratuita àquele que recebe renda mensal familiar de até 3 (três) salários mínimos, em média. Como renda familiar, é considerada a somatória dos rendimentos mensais brutos, sem contabilizar os rendimentos recebidos por programas governamentais de transferência de renda ou benefícios assistenciais. Em alguns Estados foi possível observar a dedução de outras despesas, como o gasto comprovado com tratamento médico por doença grave ou a aquisição de medicamentos de uso contínuo (Minas Gerais e Paraná), valores gastos com despesas fixas como água e energia (Sergipe), pagamento de pensão alimentícia (Paraná) e pagamento do imposto de renda (Minas Gerais e Paraná).

Em relação aos atendimentos de pessoas jurídicas, as Defensorias Públicas de 20 entes federados oferecem assistência jurídica a entidades com ou sem fins lucrativos, considerando as situações de vulnerabilidade econômica, devidamente comprovada. Os Estados que não oferecem atendimento a pessoas jurídicas são: Amazonas, Ceará, Mato Grosso, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe. Há de se ressaltar que a maioria das unidades federativas (20), apresentam critérios de deferimento de assistência jurídica que não se limitam a situação econômica do assistido, mas observa a situação de vulnerabilidade social, como vítimas de violência doméstica ou familiar; idosos; pessoas com deficiência ou com transtorno global de desenvolvimento; crianças e adolescentes; populações indígenas, quilombolas, ribeirinhos ou membros de comunidades tradicionais; consumidores superendividados ou em situação de acidente de consumo; pessoas vítimas de discriminação por motivo de etnia, cor, gênero, origem, raça, religião ou orientação sexual; pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, tráfico de pessoas ou outras formas de grave violação de direitos humanos; população LGBTQIA+; pessoas privadas de liberdade em razão de prisão ou internação; migrantes e refugiados; pessoas em situação de rua; usuários de drogas; catadores de materiais recicláveis e trabalhadores em situação de escravidão.

Nas Defensorias Públicas da Bahia, Mato Grosso do Sul, Pará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul e Tocantins, foi observada maior abrangência do atendimento aos vulneráveis, por não se basearem apenas nos preceitos econômico-financeiros. No que se referem aos réus em processos da execução penal, todas as Defensorias Públicas oferecem atendimento, independente de avaliação da situação financeira do assistido.

3.2. O CONHECIMENTO DA POPULAÇÃO SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA E A EDUCAÇÃO EM DIREITOS

A difusão dos serviços oferecidos pela Defensoria Pública consiste em importante ferramenta para que a população conheça o funcionamento da instituição em cada localidade em que está instalada. Neste sentido, em todas as Defensorias Públicas (100%), a Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (2022) observou a existência de órgãos destinados a divulgar o trabalho desenvolvido pela defensoria pública e informar a população sobre os serviços oferecidos pela instituição. No entanto, a despeito dessa comunicação, no bojo da Pesquisa em referência, 69,3% dos Defensores Públicos consideram o conhecimento dos potenciais assistidos como insuficiente.

Todavia, observa-se certa preocupação institucional com a educação em direitos por parte da população, no intuito de conscientizar as pessoas e criar organismos de defesa no âmbito da comunidade, possibilitando a emancipação da consciência de cidadão e o empoderamento social. Nesse contexto, 18 (dezoito) Defensorias Públicas relataram a existência de setor específico destinado à orientação e à informação da população. De outro modo, outras 10 Defensorias Públicas informaram não possuir as referidas atividades na política institucional. Apesar desse esforço de grande parte das instituições, conforme 62,4% dos Defensores Públicos que responderam a Pesquisa consideram as atividades de comunicação direcionadas a educação em direitos como pouco ou nada adequadas. Os índices mais elevados de inadequação foram apontados pela DPE-AP, DPE-MT, DPE-PA, DPE-RN, DPE-SC e DPU. O oposto foi observado por 37,5% dos Defensores Públicos, os quais consideraram as atividades institucionais de educação em direitos adequada ou muito adequada.

4. UM BREVE HISTÓRICO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS E SUA ESTRUTURA

No desenvolvimento deste Capítulo, além de trazer um breve contexto histórico da Defensoria Pública do Estado do Tocantins e a sua estrutura, são relacionados os elementos

que atuam como condicionantes para que a atuação da Defensoria Pública seja efetiva e garanta o acesso à justiça a população vulnerável, identificando algumas das dimensões acerca das limitações ao trabalho da Defensoria Pública. A análise é realizada utilizando dados gerais da Defensoria Pública do Tocantins extraídas da página institucional e dos seus Relatórios de Gestão, em contraponto com as informações apresentadas no Capítulo 3, o qual trouxe a síntese dos dados apresentados pela Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022.

A Defensoria Pública do Estado do Tocantins teve sua atuação iniciada no ano de 1989. Contudo, as suas atividades eram exercidas junto a outras pastas do poder executivo do Estado, quais sejam, a Secretaria Estadual de Justiça e Segurança Pública - SEJSP, a Procuradoria Geral do Estado - PGE, a Secretaria do Interior e Justiça - SIJ e, por derradeira, a Secretaria da Cidadania e Justiça – SECIJU.

A sua autonomia veio com a Lei Complementar nº 41, de 22 de dezembro de 2004, posteriormente revogada pela Lei Complementar nº 55, de 29 de maio de 2009, que consolidou sua autonomia e permanece vigente até a data deste trabalho acadêmico, como a norma disciplinadora da organização da Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

O crescimento da Instituição e, conseqüentemente, da demanda pelos seus serviços, tornou premente a necessidade de se instituir a carreira para Defensores Públicos, o que aconteceu no ano de 2006. Posteriormente, com a realização do primeiro concurso para servidores no ano de 2012, o Quadro auxiliar da Instituição foi preenchido.

Conforme a última Lista de Antiguidade publicada pela instituição, atualmente, a DPE-TO conta com um quadro composto por 107 Defensores Públicos, sendo 13 (treze) Defensores Públicos de Classe Especial, 89 (oitenta e nove) Defensores Públicos de 1ª Classe e 5 (cinco) Defensores Públicos de 2ª Classe. Já em relação ao Quadro de servidores, são aproximadamente 600 (seiscentos) nomeados – entre analistas jurídicos, analistas em gestão especializados (Administração, Biblioteconomia, Ciências Contábeis, Econômicas e Jurídicas, Estatística, Jornalismo, Psicologia, Pedagogia, Serviço Social, e Tecnologia da Informação), assistentes administrativos, motoristas, oficiais de diligências, técnicos em informática; além dos servidores ocupantes dos cargos de provimento em comissão dos serviços auxiliares, conforme o Portal da Transparência institucional.

A Defensoria Pública do Estado do Tocantins está presente em todas as localidades que sediam comarcas, tendo suas sedes instituídas em 40 municípios do Tocantins. As 40 unidades defensoriais estão organizadas dentro de nove Núcleos Regionais, localizados nas cidades mais populosas do Estado, Araguaína, Araguatins, Dianópolis, Guaraí, Gurupi,

Palmas, Paraíso do Tocantins, Porto Nacional, Tocantinópolis, além do Núcleo de Representação em Brasília.

4.1 CRITÉRIOS PARA O DEFERIMENTO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA E PERFIL DOS ASSISTIDOS

Conforme prevê a Resolução CSDP n 170/2018, dentre os critérios para deferimento de assistência junto à Defensoria Pública do Tocantins, destacam-se a renda mensal individual de até 2,5 salários mínimos, renda familiar de até 4 salários mínimos, renda familiar per capita não superior a 80% do salário mínimo por pessoa, não ser proprietário, herdeiro ou legatário de bens móveis, imóveis, superior a 180 salários mínimos, não possuir investimentos financeiros em aplicações superiores a 20 salários mínimos.

A referida Resolução presta especial atenção em casos de violência doméstica e familiar contra mulheres, pessoas idosas, com deficiência ou com transtorno global de desenvolvimento, lesão a interesses individuais ou coletivos da criança, risco iminente à vida ou à saúde do assistido ou comunidades em situação socialmente vulnerável.

O resultado da análise socioeconômica realizada pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins demonstra que 29,6% dos assistidos possuem apenas ensino fundamental incompleto e baixíssima renda, seja ela individual ou familiar. Em torno de 58%, auferem renda individual de zero a meio salário mínimo.

Quanto à pessoa jurídica, para estar no perfil de assistida, não pode ter bens com valor superior a 80 salários mínimos, não deve possuir em seu quadro, empregado prestador de serviços autônomo, sócio ou administrador com remuneração bruta mensal superior a dois salários mínimos. As aplicações financeiras ou investimentos também não podem ultrapassar o valor correspondente a dez salários mínimos. Ademais, no caso da pessoa jurídica com fins lucrativos, os sócios deverão preencher os requisitos da pessoa física apta ao atendimento. Já nos casos de entidades civis sem fins lucrativos, o Defensor Público analisará a alegada insuficiência de recursos financeiros.

A Resolução nº 170/2018 trouxe instrumentos de controle social para o monitoramento da prestação de assistência por parte da Defensoria Pública, conforme descrito no Art. 24:

“Qualquer cidadão poderá impugnar administrativamente o deferimento de assistência jurídica gratuita mediante apresentação de elementos concretos que indiquem divergência entre a condição financeira do assistido e os critérios estabelecidos pela Instituição”.

A impugnação deverá ser dirigida ao Diretor do Núcleo Regional da Unidade que prestou o atendimento que se deseja impugnar.

4.2 QUANTITATIVO DE ATIVIDADES REALIZADAS

A Atuação da DPE-TO compreende as seguintes áreas: cível, família, fazenda pública, criminal, infância e juventude para atendimentos individuais, juizados especiais; e conta ainda com equipe de acompanhamento multidisciplinar formada por psicólogo, assistente social e pedagogo. Da tabela abaixo se extrai a quantidade de atividades realizadas por membros e servidores, as quais não se limitam apenas aos atendimentos, mas todas as movimentações realizadas em prol do assistido.

Tabela 1 – Atividades realizadas por área

ÁREA	2017	2018	2019	2020	2021
Cível	56.056	58.779	86.604	93.118	118.226
Contadoria	43	10	358	249	357
Criminal	90.594	106.554	116.189	91.301	110.878
Diligências	51	6.089	6.949	2.530	1.787
Direitos Humanos	163	303	299	192	215
Execução Penal	26.175	30.946	21.259	19.767	32.522
Família	186.311	203.418	195.928	160.100	212.997
Fazenda Pública e Registros Públicos	38.538	42.299	43.135	33.253	44.365
Infância e Juventude	16.889	17.033	16.631	13.171	15.989
Juizado Especial Cível	19.166	19.972	19.659	13.880	18.545
Juizado Especial Criminal	9.062	11.068	5.693	1.359	1.674
Multidisciplinar	1.939	2.025	1.842	769	975
Outras			48	5	4
Precatória	3.250	3.909	5.896	2.760	1.579
Superior Tribunal de Justiça	-	-	91	102	334
Supremo Tribunal Federal	-	-	7	24	55

SUBTOTAL	448.687	502.355	520.588	432.580	560.502
-----------------	----------------	----------------	----------------	----------------	----------------

Fonte: Relatórios de Gestão da Defensoria Pública do Estado do Tocantins (2017-2021)

Conforme dispõe a Resolução-CSDP nº 182, de 05 de abril de 2019, a DPE-TO possui Núcleos Especializados em sua estrutura, os quais objetivam assegurar atendimento especializado às pessoas que se encontram em situação de risco pessoal e social. Os referidos Núcleos possuem natureza permanente e atuam prestando suporte e auxílio no desempenho da atividade funcional dos Defensores Públicos, por meio da propositura e acompanhamento medidas judiciais e extrajudiciais, sem detrimento da atuação do Defensor Público natural. Assim, os Núcleos atuam também no fomento às políticas públicas ligadas à respectiva área de atuação. São eles: DPAGRA - Núcleo da Defensoria Pública Agrária, NADEP – Núcleo Especializado de Assistência e Defesa ao Preso, NDDH – Núcleo Especializado de Defesa dos Direitos Humanos, NUAmac - Núcleo Aplicado das Minorias e Ações Coletivas, NUCORA - Núcleo Especializado de Questões Étnicas e Combate ao Racismo, NUDECA - Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, NUDECON - Núcleo Especializado de Defesa do Consumidor, NUDEM – Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher, NUJURI - Núcleo do Tribunal do Júri, NUMECON - Núcleo Especializado de Mediação e Conciliação e NUSA - Núcleo Especializado de Defesa da Saúde.

Tabela 2 - Atividades dos Núcleos Especializados

NÚCLEOS ESPECIALIZADOS	2021
DPAGRA	669
NADEP	797
NDDH	256
NUDECA	1.234
NUDECON	578
NUDEM	542
NUJURI	221
NUSA	1.934
NUAMAC ARAGUAÍNA	295
NUAMAC DIANÓPOLIS	284
NUAMAC GURUPI	203

NUAMAC PALMAS	683
TOTAL	7.696

Fonte: Corregedoria Geral da Defensoria Pública – Estatística (2022)

4.3 FERRAMENTAS DE ACESSO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS E O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO EM PROL DO ASSISTIDO

O cidadão que deseja ser assistido pela DPE-TO, possui dispõe de diversas ferramentas de acesso à instituição. A maioria dos sistemas tecnológicos utilizados na Instituição foi desenvolvido e aplicado pela própria equipe de tecnologia da DPE-TO. Além do agendamento presencial e por meio de ligação gratuita, a instituição dispõe de ferramenta de agendamento on-line implantada no site. Desse modo, as pessoas que buscam atendimento podem agendá-lo de forma totalmente autônoma para qualquer uma das 40 unidades defensoriais distribuídas no Estado. Ademais, nota-se que a referida página é acessível às pessoas que se comunicam por meio da Língua Brasileira de Sinais (Libras), sem a necessidade de aplicativos externos, o que facilita a inclusão.

Desde o ano de 2018, com o lançamento da assistente virtual “Luna”, os assistidos podem ser atendidos por meio de mensagens privadas na plataforma do *Facebook*. Conforme publicitado pela instituição, Luna é um *chatbot* (um tipo de *software* que trabalha dentro de um aplicativo de mensagens) que facilita o contato com a população, por meio dos serviços de consulta de informações, reagendamentos e notificações relacionadas a atendimentos realizados utilizando de inteligência artificial. Esse serviço funciona no formato de 24 horas por dia, nos sete dias por semana e se destina ao assistido que já recebeu o primeiro atendimento – que deve ser presencial. As informações prestadas por meio de conversa no *Messenger* são extraídas do programa Solução Avançada em Atendimento de Referência (SOLAR), o qual também foi desenvolvido pela instituição e está em uso desde o ano de 2014. Por sua vez, o Solar é a base informatizada para todos os serviços prestados pela Defensoria no Tocantins e permite, ainda, a extração de dados quantitativos sobre os mais diversos atendimentos realizados pela Instituição, entre outras funcionalidades, conforme dispõe o Ato 215/2014. Tendo em vista o desempenho das funcionalidades e a agilidade no fluxo de informações, o referido sistema foi cedido por meio de Termo de Cooperação a outras 14 Defensorias Públicas do País.

De outro modo, quando o Defensor Público necessita peticionar em outra unidade federativa, ou o inverso, ocasião em que o assistido é atendido em outro ente federado e necessita peticionar no Estado do Tocantins, é utilizado o Sistema Integrador de Defensorias Públicas (SID), o qual também foi desenvolvido pela DPE-TO. O SID objetiva viabilizar os trabalhos de Defensores Públicos quanto ao peticionamento integrado. Os

responsáveis pelo peticionamento integrado de cada Defensoria Pública acompanham o andamento das solicitações enviadas e/ou recebidas.

4.4 SITUAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

É cediço que a partir do aporte orçamentário que a Defensoria Pública dispõe, torna-se possível aferir a despesa financeira da instituição com cada assistido em potencial, em comparação com outras instituições do sistema de justiça (Ministério Público e Poder Judiciário). A tabela a seguir expõe os orçamentos anuais aprovados para a Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Ministério Público Estadual e Tribunal de Justiça nos últimos três exercícios.

Tabela 3 – Orçamento aprovado

ORÇAMENTO	2020	2021	2022
DPE-TO	154.970.588	156.500.000	159.343.731
TJTO	587.713.417	593.800.000	694.855.187
MPE-TO	219.855.869	221.800.000	222.487.115

Fonte: Lei nº 3.622/2019 (LOA 2020), Lei nº 3.781/2021 (LOA 2021) e Lei nº 3.843/2021 (LOA 2022).

É notória a disparidade entre a previsão orçamentária apresentada. Tais números dimensionam o desequilíbrio existente no orçamento da Defensoria Pública em relação às outras instituições do sistema de justiça do mesmo Estado, tendo em vista que para cada juiz ou promotor de justiça, é fundamental a presença de um defensor público, com base no princípio da paridade de armas. Resta evidente que os recursos orçamentários são responsáveis pela expansão dos serviços da Defensoria Pública, seja pela ampliação do quadro de pessoal ou suporte de infraestrutura.

A Defensoria Pública do Estado do Tocantins compõe o Sistema de Justiça que está presente nas 40 Comarcas do Estado. No entanto, a Instituição, que atua nas mesmas localidades que o Poder Judiciário e o Ministério Público, detêm o menor orçamento para a manutenção de sua máquina.

Observa-se que a pública captação de recursos institucionais por meio de emendas parlamentares para suplementar o orçamento deficitário, se dá no intuito de viabilizar a

execução dos projetos da Instituição que atendem diretamente a população hipossuficiente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluo, por meio deste trabalho acadêmico, que o acesso à justiça não se limita ao acesso ao Poder Judiciário e que a Defensoria Pública no Brasil se mostra essencial no que diz respeito a efetivação desse direito por parte daqueles que atravessam algum tipo de vulnerabilidade. O seu empenho pela proteção e especial fomentação dos direitos humanos, materializam os princípios e objetivos que a tornaram Instituição autônoma.

Observadas as inúmeras desigualdades e injustiças, é necessário clarificar que o objetivo do presente trabalho foi demonstrar como a Defensoria Pública, sendo baseada na justiça social, está cumprindo sua parte no desenvolvimento e formação de uma sociedade que não só adquire direitos por meio da Constituição em regência, mas que possui à sua disposição os mecanismos necessários à sua defesa.

É possível identificar que a Defensoria Pública é uma instituição relativamente jovem, com muitas possibilidades de desenvolvimento no afã de minorar a desigualdade social em sede judicial e fora dela. Contudo, essa função não é de competência única dessa instituição.

Dessa forma, para concretizar o acesso à justiça, nota-se que a Defensoria Pública depende de que haja equilíbrio ao se equacionar fatores como o número de Defensores Públicos, infraestrutura e recursos orçamentários destinados à instituição em comparação aos outros Órgãos do sistema de justiça. Essa devida proporção corresponde diretamente ao número de atendimentos realizados, ações judiciais ajuizadas ou respondidas pelos defensores públicos.

No âmbito nacional, observa-se que a presença das Defensorias Públicas em cerca de 40% das comarcas traduz o pouco investimento realizado no sentido de se criar uma Defensoria Pública forte e qualificada. Assim, apesar de seu papel tão fundamental na efetivação do acesso à justiça e sendo considerada pela Constituição Federal de 1988 como instituição que exerce função essencial à justiça, nota-se que a Defensoria Pública não tem recebido a atenção que lhe é devida por parte do poder público na maior parte dos entes federados.

No Estado do Tocantins, verificou-se, que a Defensoria Pública está cumprindo a sua missão constitucional a despeito das dificuldades enfrentadas. A instituição desponta frente à grande maioria das Defensorias Públicas Estaduais brasileiras, sob diversos prismas, seja pela capacidade de atendimento em todos os municípios que contam com os demais Órgãos de justiça, seja pelo seu expressivo desenvolvimento tecnológico, que aproximam o assistido facilitando a sua chegada à instituição e ainda, colaboram com essa aproximação por meio da cessão de seus sistemas a outros entes federados.

No entanto, o Poder Judiciário (Estado-Juiz) e o Ministério Público (Estado-Acusador) ainda fruem de melhor estrutura e prestígio do que a Defensoria (Estado-Defensor). Diante disso, o Poder Público deve efetivamente estruturar as Defensorias Públicas, promovendo a adequação do orçamento da instituição ao mesmo patamar do Ministério Público e Poder Judiciário, possibilitando interiorização por meio da capilarização dos seus serviços de modo a proporcionar o atendimento e, por conseguinte, acesso à justiça a população desassistida.

Por fim, cabe a esta autora ressaltar que, a despeito de todos os obstáculos encontrados, a Defensoria Pública do Estado do Tocantins trilha o caminho certo à contemplação da justiça social, servindo como pilar de acesso à justiça tanto de forma individual como coletiva. A sua defesa enquanto instituição essencial à democracia se mostra imprescindível e a valorização das atividades diariamente desenvolvidas por todos que compõem a Defensoria Pública é devida, pelos governantes e pela população geral.

REFERÊNCIAS

BRANCHES, S. H. Política Social e Combate à Pobreza: A teoria da prática, in Política Social e Combate à Pobreza. 4.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 de janeiro de 2022.

BRASIL. Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro de 1950. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em 22/10/2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em 22/03/2022.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DEFENSORIA PÚBLICA DO TOCANTINS. Resolução-CSDP nº 182, de 05 de abril de 2019. Disponível em [https://static.defensoria.to.def.br/odin-media/uploads/documento/arquivo/26139/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CSDP%20n%C2%BA%20182.19%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Resolu%C3%A7%C3%B5es%20dos%20N%C3%BAcleos%20Especializados%20\(Alterada%201%20pela%20Res.%20219.2021\).pdf](https://static.defensoria.to.def.br/odin-media/uploads/documento/arquivo/26139/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CSDP%20n%C2%BA%20182.19%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Resolu%C3%A7%C3%B5es%20dos%20N%C3%BAcleos%20Especializados%20(Alterada%201%20pela%20Res.%20219.2021).pdf). Acesso em 02/03/2022

DEFENSORIA PÚBLICA DO TOCANTINS. Portal da transparência. Disponível em <http://transparencia.defensoria.to.def.br/>. Acesso em 05/05/2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO TOCANTINS. Relatório de Gestão 2021. Disponível em <https://static.defensoria.to.def.br/postifymedia/uploads/post/file/51607/RELAT RIO DE GEST O 1-2020 GEST O ESTRAT GICA.pdf>. Acesso em 10/03/2022.

TOCANTINS. Lei Complementar nº 55 de 27 de maio de 2009, Organiza a Defensoria Pública do Estado do Tocantins, e adota outras providências. Disponível em <https://static.defensoria.to.def.br/postify-media/uploads/post/file/47096/lei-55-2009-50979.PDF>. Acesso em 02/08/2021

DPU. Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022, Brasília: DPU, 2022. Disponível em <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2021-eBook.pdf>. Acesso em 22/02/2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO TOCANTINS. Relatório de Gestão biênio 2017-2019. Disponível em <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/RELAT%C3%93RIO DE GEST%C3%83O BI%C3%84NIO 2017-2019%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Acesso em 11/02/2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO TOCANTINS. Relatório de Gestão biênio 2017-2019. Disponível em <https://static.defensoria.to.def.br/postifymedia/uploads/post/file/47297/RELAT RIO DE GEST O 1-2020 site2.pdf>. Acesso em 15/02/2022.

FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública na Constituição Federal. RJ: GEN/Forense, 2017.

GARCIA, R. C. Iniquidade Social no Brasil: Uma aproximação e uma tentativa de dimensionamento. IPEA (texto para discussão). Brasília, agosto de 2003.

LUMER, Christoph. EncyclopediaPhilosophy. Meiner: Hamburg, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REIS, G. A. S. dos; ZVEIBIL, D. G.; JUNQUEIRA, G. Comentários à lei da defensoria pública. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Sonia. Pobreza no Brasil: afinal de que se trata?/Sonia Rocha – 3 ed. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2001.

TOCANTINS. Lei nº 3.622, de 18 de dezembro de 2019. Disponível em https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3622-2019_51176.PDF. Acesso em 06/03/2022.

TOCANTINS. Lei nº 3.781, de 15 de fevereiro de 2021. Disponível em https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3781-2021_54302.PDF Acesso em 06/03/2022.

TOCANTINS. Lei nº 3.843, de 28 de dezembro de 2021. Disponível em https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3843-2021_57510.PDF. Acesso em 05/03/2022.

ARTIGO 7 CISG: ANÁLISE CRÍTICA E INTERPRETATIVA

ZILDA DA SILVA NOGUEIRA: graduanda do curso de Direito pela Universidade Federal do Amazonas

Prof. Dr. ADRIANO FERNANDES FERREIRA

(orientador)

INTRODUÇÃO

O artigo 7 da CISG demonstra e representa a necessidade que a referida norma traz de ser encarada com um conjunto que independem de regras e valores, mas que vai além disso. Da análise crítica da questão, a CISG não deve conter no seu corpo textual noções aleatórias ou amplas que faça com que, a interpretação do que ela quer mostrar não seja condizente com os valores internos da Convenção. O artigo 7 apresenta uma forma adaptável ao desenvolvimento do comércio internacional, sendo assim, utilizando-se das regras e valores.

O corpo jurídico da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Contratos de Vendas Internacionais de Mercadorias não pode ser exaustivo, pois seria juridicamente impossível. Nesse caso, para que haja a abrangência de todos os assuntos necessários, as tipificações legislativas acabam por possuir um certo número de lacunas em seu texto. O que não obsta pela boa aplicação do direito lá contido, pois as lacunas sempre existirão. Mas para preenche-las é essencial que todos os tratados tenham uma provisão ou um norte que nos auxilie a suprir essa omissão. Na CISG, o artigo 7º orienta os casos em que há omissão ou falta de regras específicas, indicando pela aplicação dos princípios gerais, para fins de uniformização, sempre que possível.

Ademais, as questões que não são expressamente resolvidas e que não respeitam às matérias que são reguladas pela convenção, serão decididas de acordo com os princípios gerais previstos, mas na falta desses princípios, será decidida de acordo com a lei aplicável com base nas regras do direito internacional.

Ainda, observa-se que o artigo supra, apresenta expressamente os princípios de boa-fé e de liberdade formal, deixando espaço para facilitar a elaboração dos textos legais, bem como para preservar o caráter internacional da norma e da uniformidade.

DESENVOLVIMENTO

Historicamente, desde as tentativas iniciais de criar uma lei de vendas uniformena Idade Média, o problema de diferentes interpretações por diferentes tribunais tem incomodado os usuários do direito comercial.

A *lex mercatoria* medieval deveria resolver muitos desses problemas, funcionando como um conjunto de princípios que os tribunais poderiam aplicar além das fronteiras e tradições legais. De fato, em uma comparação ao Artigo 7º da CISG, um dos princípios da *lex mercatoria* era seu caráter transnacional, pois não estava ligado a nenhum sistema legal em específico.

Embora, por obviedade, o artigo 7º seja diferente dos artigos das legislações de mesma natureza que o antecederam (como a *lex mercatoria*), ele ainda mantém boa parte dos principais entendimentos que já haviam se difundido acerca da aplicação das regras sobre o comércio internacional.

Por esse motivo, com o passar dos séculos as sucessivas normas de direito internacional, principalmente as que abrangiam conteúdo similar ao do artigo 7º, não mudaram drasticamente o seu significado ou a intenção da lei anterior, mas sim deixaram-na mais clara. E de fato, foi o que aconteceu com o artigo 7º da CISG. Um exemplo prático são os precedentes judiciais que interpretam o Artigo 17 da antiga Uniform Law on the International Sales of Good (ULIS), que atualmente ainda são úteis para interpretar o Artigo 7º da CISG.

Desta feita, a história do Artigo 7º enfatiza a importância de uma interpretação de marcantes características, sejam uniformes, progressivas e preferencialmente não domésticas sobre a CISG.

Ainda em referência as tentativas modernas de desenvolver uma lei de vendas uniforme mais recentes, coube ao Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) promulgar a convenção sobre a formação de contratos (ULF) e vendas internacionais (ULIS).

Durante os trabalhos, os redatores dessas primeiras convenções assinaram a Convenção de Haia de 1964 sobre vendas, que entrou em vigor em nove países. Essa Convenção de Haia foi o resultado de anos de trabalho e, apesar de ganhar pouca aceitação fora da Europa Ocidental, formou a base para o trabalho da CISG em 1980.

Foi ao longo do desenvolvimento de uma lei de vendas internacional uniforme que esses mesmos redatores retiveram consistentemente um artigo pedindo uma interpretação internacional das provisões da lei.

Como já expresso, o Artigo 7º da CISG baseou-se nos requisitos interpretativos gerais enunciados no Artigo 17 da Uniform Law on the International Sales of Good (ULIS), mas a CISG abordou o problema de maneira diferente. Na ULIS, a convenção excluiu explicitamente o direito internacional privado e norteou os leitores a interpretar a lei de acordo com os princípios gerais em que o fundamentou.

A razão a qual se remete aos princípios gerais suscitado pelos redatores da CISG é de manter a referência aos princípios gerais, mas muitos julgaram-na vaga e deficitária de clareza.

A partir dessa problemática, cogitou-se pela aplicação da lei do vendedor como um preenchedor de lacunas foi rejeitada pelos redatores. Mas em sentido contrário, foi proposto levar em consideração o objetivo político de promover a uniformidade na sua aplicação, a observância da boa-fé no comércio internacional e a lei aplicável em virtude das regras do Direito Internacional Privado.

De forma complementar, ressalta-se que o caráter internacional da Convenção apenas pode ser respeitado caso o intérprete se desgarre dos conceitos pertencentes ao seu direito nacional.

Mas isso não significa que a CISG não deva ser compreendida, tanto quanto possível, sem se valer do subsídio dos direitos nacionais. Isso porque se a aplicação da CISG for excessivamente particularizada, ocorrerá uma contradição acerca do segundo requisito de aplicação, o da própria uniformidade.

Em que se pese, é sabido que a uniformidade absoluta não é possível e nem mesmo desejável. Por isso a determinação pela necessidade de promover a uniformidade na aplicação da CISG, não exige uma uniformidade absoluta, mas sim uma preocupação com a uniformidade.

Entretanto, a ausência de um órgão jurisdicional com poderes para pacificar diferentes interpretações acerca da aplicação da Convenção dificulta que esta receba uma aplicação uniforme.

A história tem provado, porém, que diversos tribunais judiciais e arbitrais vêm se valendo de precedentes, em que pese não obrigatórios, de outras jurisdições a fim de se informar a respeito da melhor aplicação, evitando assim equívocos e interpretações defeituosas.

Ainda, há casos em que falhas da própria Convenção, ou mesmo pelo próprio imbróglio do legislador convencional, que dificultam ou impossibilitam a efetiva uniformidade.

Quanto a esses obstáculos contidos na Convenção, não é possível imaginar que ela venha a sofrer emendas em futuro próximo, visto que a requisição aos princípios norteadores está sendo suficiente para sustentar o norteamento da sua aplicação.

Este artigo estabelece expressamente princípios de boa-fé de liberdade formal na harmonização de textos legais de modo a facilitar permitir que o caráter internacional da norma e a uniformidade sejam preservados.

Nesse contexto, as disposições deste artigo explicitam a necessidade de a CISG ser encarada como um conjunto independente de regras e valores, e por este motivo deve-se evitar de conter em seu corpo noções vagas e amplas que deem margem a interpretações não condizentes com os valores próprios da Convenção, porém, apesar de dever-se evitar de conceitos amplos e vagos, o art. 7 traz a noção de que as regras e valores de ordem internacional devem ser adaptáveis ao contínuo desenvolvimento do comércio internacional, impondo assim um desafio quando a aplicabilidade e extensão que se dá a garantia de direitos e normas:

[...] permitir que o juiz nacional ignore os critérios da internacionalidade e da uniformidade seria, de certo modo, como permitir uma reforma unilateral, uma reserva não anunciada da Convenção, subvertendo todo o processo jurídico e político do qual ela emergiu e de onde ela retira sua legitimidade. 14 O art. 7 da CISG, assim, desafia o juiz nacional a ir além das autoridades e fontes arraigadas ao sistema jurídico doméstico – às quais foram ensinados a recorrer desde o início da sua educação jurídica –, num verdadeiro exercício de ampliação do espectro de visão sobre o direito e suas fontes.

Desse modo, apesar de inicialmente poderem ser encaradas com meras indicações, o art. 7 da CISG deve ser encarado como comando expresso direcionado a julgadores na aplicação de normas e em toda a construção de seus processos decisórios, de modo que seja garantida uma uniformidade de modo a assegurar o caráter internacional e a aplicabilidade de regras de direito internacional privado, ou seja, o art. 7 determina que a Convenção deve seguir entendimentos sólidos e desassociados de julgamentos pré definidos e tomadas com base em particularidades que fujam a isonomia exigida.

Segundo os especialistas, uma primeira orientação que emana deste critério é a de que não se deve tentar transpor aos termos contidos na CISG o significado que termos idênticos ou similares do ordenamento jurídico pátrio possam ter. Ao contrário, aos termos da Convenção deve ser reconhecido um “significado dentro da CISG”, com base na estrutura, nos objetivos basilares, e na história da elaboração da Convenção. 23 Pode acontecer que, em situações excepcionais, demonstre-se que um termo ou conceito particular foi empregado na Convenção precisamente tendo em vista o significado que ele tinha em um determinado sistema jurídico, ou que o seu significado “dentro da CISG” não diverge significativamente do significado funcional que lhe é impresso por um determinado sistema jurídico. 24 Todavia, mesmo nessas situações excepcionais, não se pode entender que os redatores da Convenção tiveram a intenção de imprimir-lhe esse sentido tradicional, 25 e não se pode fazer recurso à doutrina ou jurisprudência sobre o direito de origem doméstica a fim de interpretar o termo em questão.

No que se refere ao caráter internacional, apesar do conceito geral que o guia ser a interpretação isonomia, esta não deve ser encarada de forma generalizada, uma vez que, as relações comerciais internacionais exigem a compreensão e a intersecção de uma diversidade de normas considerável, que não deve ser ignorada, devendo-se estabelecer um contexto e ambiente apto a comportar a convivência proporcional entre a preservação de diferentes sistemas e tradições jurídicas, de forma a afugentar ambiguidades mediante a coexistência múltipla de normas:

Na opinião de John Felemegas, o critério da internacionalidade exige que os intérpretes e aplicadores da CISG compreendam que,

embora a Convenção seja formalmente incorporada aos diversos sistemas jurídicos nacionais, sua nota essencial decorre justamente do fato de ela ter sido elaborada e acordada no nível internacional. Assim, mais do que vista como um braço do direito doméstico, deve a Convenção ser lida e interpretada como parte do direito internacional (em sentido amplo), devendo ser dedicada a ela uma abordagem nacional, única e uniforme. A interpretação da CISG deve, portanto, poder operar para além das limitações e estreitez das abordagens nacionais de interpretação do direito doméstico, mas sem incorrer no risco de tornar-se ambígua ou abstrata.

Outro ponto significativo a ser destacado quanto a imprescindibilidade de promoção da uniformidade é conteúdo que se pretende imprimir tendo por parâmetro basilar a uniformidade. Para Renata Fialho (2009, apud, Gazzaneo, 2017) apresenta dois padrões de uniformidade: a estrita e a relativa , evidenciando que o núcleo da uniformidade deve ser funcional, considerando os objetivos de uma convenção internacional, que é preservar e aprofundar as relações internacionais mantendo garantir direitos e preservando a soberania dos entes na tratativa permitindo assim a progressão de um regime verdadeiramente uniforme para o direito do comércio internacional, para isso, uma das ações necessárias é a elevação da jurisprudência estrangeira à categoria de obrigação do juiz nacional, de natureza de direito internacional público, que é justamente o que pretende o artigo 7 da CISG.

Portanto, o que se pode esperar é apenas que essas falhas venham a ser lentamente superadas por meio de interpretações que procurem respeitar a finalidade e o caráter internacional do texto.

(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

ARTIGO 7.1 - Para a interpretação da presente Convenção serão levados em consideração seu caráter internacional bem como a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação e de assegurar o respeito da boa-fé no comércio internacional.

A boa fé é um dos princípios básicos nas relações contratuais. Dela se origina a segurança das relações jurídicas, fazendo com que as partes atuem de forma seguir os padrões éticos da confiança e da lealdade contratual.

A cláusula da boa-fé pode a princípio parecer estranha à um artigo que trata da interpretação da presente Convenção, contudo, seus efeitos no comércio internacional são inegáveis e facilmente perceptíveis. Há princípio a ideia foi fortemente rejeitada pelas delegações presentes na formação da Convenção, sendo apresentada primeiramente pelo representante da Espanha em 1972, só sendo considerada novamente em 1978.

As opiniões acerca da aplicação do princípio da boa-fé na CIGS possuem interpretações divergentes. Alguns acreditam que não passa de um mero instrumento para interpretação dos juízes nos contratos internacionais, e há também aqueles que acreditam que essa norma é essencial para o correto funcionamento das relações internacionais.

A proposta inicial para a inserção da boa-fé na Convenção seria “no sentido de que se uma das partes se viola o princípio da negociação justa, a outra parte poderia exigir reembolso das suas despesas”². Sendo a ideia rejeitada, considerou-se então que o princípio fosse usado apenas para fins de interpretação, tanto da Convenção como nos contratos em geral, e consta-se nas disposições gerais.

Segundo o professor Jacob S. Ziegel, da Universidade de Toronto, o n.º 1 do artigo 7.º acabou por ser adoptado como compromisso. Embora o parágrafo (1) não se refira especificamente à observância da boa-fé na formação do contrato, sua linguagem é suficientemente ampla para admitir sua inclusão.

A boa fé estabelecida como princípio geral da convenção serve como um padrão de razoabilidade a ser seguido pelos países signatários. “O que é razoável pode ser determinado apropriadamente verificando o que é normal e aceitável no comércio relevante. Esta abordagem é análoga e é apoiada pelo Artigo 9, que estabelece que as obrigações contratuais incluem ‘práticas estabelecidas pelas partes e usos ... no comércio particular’⁸².

A inclusão desta norma no art. 7.1 visa, segundo o professor Catedrático de Direito Comercial da Carlos III Universidade de Madri, M del Pilar Perales Viscasillas, evitar

⁸² John O. Honnold, *Lei Uniforme para Vendas Internacionais sob a Convenção das Nações Unidas de 1980*, 3ª ed. (1999), pinas 88-114.

diferentes interpretações que este texto podia trazer, visto que cada país possui um sistema jurídico diferenciado e próprio que conseqüentemente acarretaria em diferentes aplicações, alcançando assim a uniformidade necessária à um texto de formação e aprovação internacional.

Todavia, a inclusão do princípio permanece causando divergências no âmbito jurídico pois as correntes que são a seu favor ressaltam que a boa fé no comércio internacional pode direcionar não só os juízes e árbitros em sua interpretação da Convenção, mas também as partes participantes nos contratos de compra e venda individuais. Esse quesito pode vir a prejudicar a uniformidade da interpretação, uma vez que não há distinção entre a interpretação dada pelo tribunal e a execução escolhida pelas partes.

Segundo John Felemegas, no artigo⁸³ sobre a CIGS, "o princípio da boa-fé funciona de maneira diferente dentro dos diferentes sistemas jurídicos nacionais. Por exemplo, nos Estados Unidos, sua relevância é formalmente limitada ao desempenho e cumprimento do contrato. Por outro lado, na maioria dos sistemas de direito civil, bem como nos sistemas socialistas, o princípio da boa-fé não se limita ao desempenho, mas também se estende à formação e interpretação de contratos. Além disso, mesmo entre os sistemas de direito civil, a aplicação concreta do princípio da boa-fé na prática pode diferir consideravelmente."

Em decorrência das opiniões claramente divergentes, chegou-se finalmente ao acordo que deu origem ao art. 7.1 da Convenção, o qual deve ser interpretado de forma à "observar a boa-fé no comércio internacional. Este artigo firma um meio termo entre as correntes que apoiavam que o princípio da boa-fé deveria ser imposto diretamente às partes contratantes durante a formação, desempenho, e rescisão do contrato de venda, e aqueles que achavam a citação da norma desnecessária e que a viam como um impedimento para a uniformização da interpretação da Convenção. "Este compromisso peculiar, na verdade, enterrando o princípio da boa-fé, tem sido caracterizado como "desconfortável", "estranho", e como um "compromisso estadista". Quase todos discordam quanto ao impacto, se houver, que o princípio da boa-fé pode ter no

⁸³ John Felemegas, A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias: Artigo 7 e Interpretação Uniforme

comportamento das partes de um contrato internacional para a venda de mercadorias”⁸⁴

De qualquer modo, a interpretação dos negócios jurídicos deve sempre buscar um ponto comum de modo a beneficiar ambas as partes contratantes sem ferir o ordenamento jurídico dos países envolvidos. Do mesmo modo que estes devem usar da autenticidade e da boa-fé nas suas operações comerciais, desde as fases preliminares até a execução do contrato, com vistas ao sucesso de suas atividades.

(2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

É indiscutível a intenção do legislador ao inserir o artigo sétimo na Convenção, visto que o mesmo busca trazer regras que irão guiar a interpretação da Convenção nas questões que não puderem ser resolvidas pelo próprio diploma, buscando ao final uma interpretação harmônica.

Não podemos iniciar, porém, os comentários à alínea (2) sem antes tecer breves palavras sobre a alínea (1), de onde se extrai a necessidade de uniformização da aplicação da Convenção, tendo como objetivo impedir que a mesma seja vista e interpretado de formas diferentes vindo a dificultar uma decisão, por exemplo.ⁱ Sem ater-me ao mérito da viabilidade de uma uniformização, entendo que é fato que a uniformidade comentada pelo artigo visa facilitar o tráfico jurídico, principalmente quando se trata de compra e venda internacional onde a uniformização é logicamente buscada em larga escala. Saber que o contrato celebrado entre pessoas de países diferentes será regido por uma mesma regra ou pelos mesmos princípios, quebra a barreira do desconhecido e impulsiona as partes a contratar.ⁱⁱ

Contudo, ainda que se pense em uniformização em um sentido mais amplo, onde uma mesma lei seria aplicada e válida para dois países diferentes, esbarramos na interpretação. Sem dúvidas o maior desafio, pois ainda que haja de uma forma concreta uma norma positivada ditando uma conduta, a interpretação precisa ser uniforme. A descoberta do sentido e significado da norma precisa ser uniforme, nesta monta, “mesmo

⁸⁴ Alejandro M. Garro. Trecho de Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods

havendo uma uniformidade exterior, a aplicação uniforme destas regras não é de nenhum modo garantida, pois, na prática, diferentes países irão inevitavelmente interpretar de modo diferente o mesmo texto”ⁱⁱⁱ.

Inclinando o debate para a alínea (2) do artigo sétimo, deparamo-nos com o seguinte:

(3). As questões respeitantes às matérias reguladas pela presente Convenção e que não são expressamente resolvidas por ela serão decididas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na falta destes princípios, de acordo com a lei aplicável em virtude das regras de direito internacional privado.

Ora, é clarividente que o texto possui lacunas e é extremamente genérico, ainda que a intenção tenha sido das melhores. Sabe-se que lacuna é espaço vazio, falta, omissão, segundo Maria Helena Diniz:

“O fenômeno da ‘lacuna’ está correlacionado com o modo de conceber o sistema. Se se fala em sistema normativo como um todo ordenado, fechado e completo, em relação a um conjunto de casos e condutas, em que a ordem normativa delimita o campo da experiência sem ser condicionada pela própria experiência, o problema da existência das lacunas ficaria resolvido, para alguns autores, de forma negativa, porque há uma regra que diz que ‘tudo o que não está juridicamente proibido, está permitido’, qualificando como permitido tudo aquilo que não é obrigatório nem proibido. Essa regra genérica abarca tudo, de maneira que o sistema terá sempre uma resposta; daí o postulado da plenitude hermética do direito. Toda e qualquer lacuna é uma aparência, nesse sistema que é manifestação de uma unidade perfeita e acabada, ganhando o caráter de ficção jurídica necessária. De uma forma sintética, poder-se-á dizer como Von Wright que ‘um sistema normativo é fechado quando toda ação está, deonticamente, nele determinada’.”^{iv}

Pignatta divide a lacuna na seara da Convenção em lacuna interna e externa. Lacuna externa seria aquela correspondente à matéria que é excluída do texto convencional e lacuna interna aquela concernente a uma matéria prevista, mas que não foi esgotada pelos artigos que a compõe. Com o fito de preencher uma lacuna interna tem-se que o artigo

sétimo, alínea 2 descobre que é necessário recorrer aos princípios gerais que são basilares para a CISG e de forma subsidiária apoiar-se ao direito aplicado com base na regra de conflito entre leis.

Um risco na proposta de uniformização pela CISG é o que reside na aplicação desses princípios gerais, pois devido à multiplicidade de ordenamentos jurídicos e respectivos sistemas, cortes e tribunais a inclinação pode se virar para aplicação de princípios domésticos, fugindo da aplicação dos princípios gerais da CISG^v.

Então, seguindo esse raciocínio, quais seriam os princípios gerais norteadores da CISG? O que seriam princípios jurídicos? Bem, os princípios jurídicos são normas que criam valores, padrões e valores de conduta. Importante destacar o conceito trazido por Humberto Ávila, onde diz que princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados, designando estados ideais, sem especificar a conduta a ser seguida. São manifestações jurídico-axiológicas que buscam promover um estado ideal de coisas, não indicando o caminho específico para que se possa atingi-lo^{vi}.

É importante ressaltar que os princípios norteadores da CISG não estão ainda definidos de forma taxativa em seu texto, porém há um entendimento pacífico acerca de quais seriam os princípios gerais centrais para os fins do artigo sétimo, alínea dois, os quais seriam discutidos a seguir.

São 5 os princípios gerais, quais sejam: autonomia da vontade, a proibição de comportamento contraditório, indenização integral do dano, mitigação dos danos e *favor contractus*.

O primeiro a darmos destaque será o princípio da autonomia da vontade, que consiste na possibilidade de as partes decidirem se e como a CISG irá ser aplicada aos contratos individuais. Tal princípio encontra-se consagrado no artigo sexto da CISG:

Art. 6º. As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.

Nesta toada, havendo conflito entre o referido princípio e algum outro, o primeiro deve prevalecer, visto que o artigo dá essa natureza dispositiva. Entretanto, não se pode dar ao referido princípio uma aplicação irrestrita, o que nos faz concluir que o princípio da autonomia da vontade não é um princípio absoluto.

De acordo com Allan Farnsworth:

Article 6 purports to give the parties an unqualified power to vary the effect of the Convention by agreement. On the other hand, article 4 makes it clear that, absent a contrary provision, the Convention does not affect any rule of domestic law dealing with the 'validity' of a contract provision. Taken together, articles 6 and 4 create a tripartite hierarchy, with domestic law on validity at the top, the agreement of the parties in the middle, and the Convention at the bottom. The domestic law on validity continues to control the agreement of the parties, and both control the Convention.^{vii}

Uma parcela de autores preconiza que, com exceção da questão da validade contratual, o princípio da autonomia da vontade é ilimitado^{viii}. Contudo, não temos um consenso à limitação do princípio da autonomia da vontade.

Outro princípio que merece destaque é o da proibição de comportamento contraditório. Elencado no Artigo 1.8 dos Princípios do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado - UNIDROIT^{ix}, a expressão latina *nemo potest venire contra factum proprium* proíbe o comportamento contraditório, de forma que "ninguém é dado vir contra os próprios atos".

Em linhas gerais, diante da aplicação do *stoppel*:

"an individual is barred from denying or alleging a certain fact or state facts because of that individual's previous conduct, allegation, or denial"^x.

É vedado, sendo assim, que a parte venha contra fato próprio após haver incutido expectativa razoável em outrem de boa-fé, que age em consequência de tal comportamento, em seu próprio detrimento^{xi}.

Seguindo com a explicação dos princípios, temos o princípio da indenização integral do dano, tendo como forma de aplicação as situações em que há descumprimento de obrigações e rescisão contratual.

Ainda que se tenha limitações ao princípio da indenização integral, é possível esclarecer que o objetivo central de tal princípio é que a parte que sofreu as consequências

de uma violação contratual possa retornar à sua situação inicial, ou ainda mesmo, à situação em que se encontraria, caso a violação não tivesse ocorrido. Nessa esteira, a CISG também dá direito aos lucros cessantes^{xii}.

O penúltimo princípio a ser discutido no presente trabalho é o da mitigação dos danos, que está previsto no artigo 77 da CISG, consistindo em uma limitação ao princípio da indenização integral. Caso a parte não comprove que mitigou os danos que incorreu, poderá ter seu pedido de indenização desconsiderado^{xiii}.

E, finalmente, trataremos o princípio do *favor contractus*, que desencadeia na busca pela manutenção dos contratos firmados sob os ditames da CISG, ocasião em que a rescisão contratual deve ser preferencialmente a última medida. De acordo com os ensinamentos de Keller^{xiv}, os motivos para se efetuar a manutenção de um contrato são: autonomia, segurança, utilidade e justiça.

Caso os conflitos não possam ser resolvidos com base nos princípios ora comentados, o conflito deverá ser resolvido com base no recurso de direito internacional privado de conflito entre leis e aplicar a lei nacional que melhor regerá o negócio jurídico. Para se aplicar o método de direito internacional privado deve o juiz, primeiramente, qualificar a relação jurídica, depois encontrar o elemento de conexão, isto é, descobrir a lei nacional aplicável para, em seguida, aplicar o direito vigente neste local^{xv}.

CONCLUSÃO

Com a análise interpretativa, observa-se que o art. 7 da CISG deve ser considerado como uma "ordem" expressas que direciona os julgadores na aplicação de normas, bem como na elaboração de seus processos decisórios, de modo que assegure o caráter internacional, sendo uniformizado para a aplicação de regras do direito internacional privado. Aro contínuo, o art. 7 em epígrafe traz um desafio para a Convenção, determinado que está siga os entendimentos sólidos e desassociados de julgamentos que são pré-definidos, bem como as tomadas que tenham por base a particularidades que se desviam da isonomia exigida. No direito internacional, o conceitual a ser guiado é o princípio da isonomia, que não deve ser vista de forma generalizada, pois as relações comerciais internacionais exigem que seja considerável a compreensão e a interseção de uma diversidade de normas, que não sejam rejeitadas, tendo em vista o estabelecimento apto de um contexto e ambiente para comportar a convivência proporcional entre o cuidado

de diferentes sistemas e tradições jurídicas, com fulcro em coexistência de normas múltiplas.

NOTAS:

ⁱ GOODE, Roy; KRONKE, Herbert; MCKENDRICK, Ewan; WOOL, Jeffrey. *Transnational Commercial Law: Texts Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2007. 770 p.

ⁱⁱ PIGNATTA, Francisco A., "Comentários à Convenção de Viena de 1980 – Artigo 7" in www.cisg-brasil.net.

ⁱⁱⁱ MUNDAY, R.J.C., "Comment – The Uniform Interpretation of International Conventions", 27 ICLQ 450, 1978 apud FERRARI, Franco, "CISG Case Law: A new challenge for interpreters?", RDAI, 1998, n. 4/5, p. 495.

^{iv} DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*, São Paulo: Saraiva, 5ª edição, 1999.

^v EÖRSI, Gyula. *General Provisions*. Op. cit., p. 2-1 e 2-36.

^{vi} ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.

^{vii} Tradução livre: "O Artigo 6 pretende dar às partes o poder de tratar de modo variado os efeitos da CISG por meio do contrato individual. Por vez, o artigo 4 determina que, salvo disposição em contrária própria Convenção, a CISG não afeta as normas nacionais de validade do contrato. Diante disso, os artigos 6 e 4 criam uma estrutura de tripartite, na qual as regras de validade no âmbito da lei nacional estão no topo, o contrato entre as partes está no meio, e a Convenção embaixo. As normas nacionais a respeito da validade de contratos continuam regulando o contrato entre as partes, enquanto ambos regulam a Convenção." FARNSWORTH, Allan E. *Review of standard forms or terms under the Vienna Convention*. *Cornell International Law Journal*, v. 21. 1998. p. 441.

^{viii} "Party autonomy. -- All agree that the parties' agreements prevail over the provisions of the CISG (Art. 6). Except for the provision of Art. 12 CISG (reservation as to form), the validity issue to be determined in conformity with national law (Art. 4 (a) CISG) and the principle of good faith (Art. 7(1) CISG), the parties' authority to regulate their relationship is unlimited. The CISG only supplements the parties' agreement in so far as the parties did not regulate an issue." (sem grifos no original). MAGNUS, Ulrich. *General Principles of UN-Sales Law*. *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 59. 1995. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/magnus.html>>, acesso em 17 jun.2019. Em tradução livre: "Autonomia das vontades – Todos concordam que o contrato entre as partes prevalece sobre as

disposições da CISG (art. 6). Com exceção das disposições do artigo 12 da CISG (reservas em relação a formalidades), a questão da validade, que deve ser determinada conforme a lei nacional (Art. 4

(a) CISG) e o princípio da boa-fé (Art. 7º(1) CISG), a autoridade das partes em regular sua própria relação é ilimitada. A CISG apenas suplementa o contrato entre as partes em relação às matérias não reguladas por este”.

^{ix} UNIDROIT Artigo 1.8 – Proibição de comportamento contraditório: “Uma parte não pode agir em contradição com uma expectativa que suscitou na outra parte quando esta última tenha razoavelmente confiado em tal expectativa e, em consequência, agido em seu próprio detrimento”.

^x BLACK’S LAW DICTIONARY, 6th ed., St. Paul: West Publishing Co., 1991, p.551.

^{xi} GAMA JR., Lauro. Op.cit, p.326.

^{xii} Vale ressaltar trecho do artigo publicado por Djakhongir Saidov “This formula comprises actual loss (damnum emergens) and loss of profit (lucrum cessans) (...). Three different views can be taken with respect to the inter-relationship of two concepts. First, prima facie, it seems that these concepts mean “the same thing”, i.e., they are both used to describe the principle, underlying Article 74. Secondly, it can also be said that the concept of “full compensation for harm”, which is reflected in the CISG in the same way as it is established in some Civil law systems, covers all possible kinds of loss. As to the expectation loss, it can be argued that it does not cover all types of loss.” Dentre os danos que não seriam indenizáveis dentro da CISG, o autor destaca os danos pela perda de reputação os quais poderiam não ser indenizáveis pela dificuldade de quantificação (um dos requisitos para a indenização por perdas e danos na CISG é, justamente, a certeza quanto aos valores – “certainty”). SAIDOV, Djakhongir. Methods of limiting damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 2001. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html#*>. Acesso em 17 jun.2019. Em tradução livre: “Essa fórmula compreende o dano real (damnum emergens) e os lucros cessantes (lucrum cessans) (...). Três posições diferentes podem ser utilizadas a respeito da relação de ambos os conceitos. Primeiramente, prima facie, pode parecer que ambos os conceitos são iguais, ou seja, são utilizados para descrever o princípio que inspirou o art. 74. Em um segundo momento, pode também ser dito que o conceito de “indenização integral”, que é refletido na CISG e é trazido por alguns ordenamentos de civil law, permite a restituição de todos os tipos de danos. Em relação aos danos de expectativa, pode-se dizer que a CISG não preza pela restituição de todos estes”

^{xiii} Importante decisão exarada pela Suprema Corte da Alemanha nesse sentido: “The failure to meet the duty to mitigate damages can result in the complete exclusion of compensation

insofar as damages could have been avoided altogether (compare Schlechtriem/Stoll, supra). As a rule, the review of the failure to observe the duty to mitigate damages pursuant to CISG Art. 77 must take place as part of the decision as to the existence of a cause of action. Only when it is certain that the failure to meet the duty to mitigate damages does not lead to the exclusion of liability and, thus, a claim of the injured party remains, the decision about [the failure to mitigate damages] can be reserved for separate proceedings concerning the amount of the claim". Vine wax case. Federal Supreme Court, Germany 24 mar. 1999. Em tradução livre: "A falha em mitigar danos pode resultar na complete exclusão do pedido de danos, uma vez que estes poderiam ter sido evitados. Nesse sentido, a verificação da mitigação dos danos conforme o artigo 77 precisa ocorrer no momento da averiguação da causa da ação. Somente quando é certo que o descumprimento da obrigação de mitigação não leva à exclusão da responsabilidade e, portanto, o pedido da parte prejudicada permanece, pode-se analisar a questão da mitigação em um procedimento separado no qual será discutido o montante do pedido."

^{xiv} BERTAM, Keller. Favor contractus – reading the cisg in favour of the contract. sharing international commercial law across national boudaries: festschrift for albert kritzer on the occasion of his eightieth birthday. London: Wildy, Simmons & Hill Publishing, 2008. p. 247-266.

^{xv} DOLINGER, Jacob, "Direito Internacional Privado – Parte Geral", Ed. Renovar, 6ª edição, 2002; BUREAU, Dominique e MUIR WATT, Horatia, "Droit international privé – Tome I – Partie générale", Ed. PUF/Thémis, 2007.

A TORNOZELEIRA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PESSOAS E MULHERES APENADAS: CONSEQUÊNCIAS LEGAIS E SOCIAIS ENTRE CONDENADAS DE CLASSES SOCIAIS DIFERENTES.

LUIZA DE OLIVEIRA GUTTERRES:

Bacharel em Direito pelo Centro
Universitário UniRedentor - Advogada.

MARIA LUIZA LACERDA CARVALHIDO

(orientadora)

RESUMO: No que tange a tornozeleira de monitoramento eletrônico de pessoas, pouco se previu, quando diante de sua criação, nas consequências legais e sobretudo sociais que a sua implementação teria. Nessa perspectiva, o presente trabalho trata-se de uma revisão bibliográfica qualitativa, visando analisar a legislação atinente e explorar os efeitos e consequências sociais que o monitoramento eletrônico causa na sociedade tendo como justificativa a necessidade de analisar o monitoramento eletrônico e as consequências sociais e legais instituídas pela cautelar. Sendo assim, este trabalho vem no intuito de fomentar discussões acerca do monitoramento eletrônico de pessoas como instituição de medida cautelar diversa da prisão, perpassando pelo contexto histórico que o instituiu e sua evolução até os dias atuais, onde é necessário relacionar o equipamento com princípios fundamentais e direitos humanos vigentes além de apurar, socialmente, as consequências de seu uso sob a perspectiva de mulheres apenadas pertencentes a classes sociais distintas. Conclui-se que, através da comparação das referências pesquisadas, a mulher pertencente à classe social mais baixa e que é condenada por crimes considerados brandos pela doutrina criminalista, sofre diretamente e com maior intensidade as consequências causadas pela estigmatização advinda do uso da tornozeleira frente à mulher pertencente à classe social mais alta, e normalmente condenada por crimes considerados pela doutrina criminalista como “crimes de colarinho branco”.

Palavras-chave: monitoramento eletrônico, ressocialização, direitos humanos, estigma.

ABSTRACT: Regarding the electronic monitoring of people anklet, little was foreseen, when faced with its creation, in the legal and above all social consequences that its implementation would have. From this perspective, the present work is a qualitative bibliographic review, aiming to analyze the relevant legislation and explore the social effects and consequences that electronic monitoring causes in society, justifying the need to analyze electronic monitoring and the social and legal consequences instituted by the injunction. Therefore, this work aims to foster discussions about the electronic monitoring of people as an institution of precautionary measure other than prison, passing through

the historical context that instituted it and its evolution to the present day, where it is necessary to relate the equipment with fundamental principles and human rights in force, in addition to socially investigating the consequences of its use from the perspective of incarcerated women belonging to different social classes. It is concluded that, by comparing the researched references, women belonging to the lowest social class and who are convicted of crimes considered mild by the criminalist doctrine, suffer directly and with greater intensity the consequences caused by the stigmatization arising from the use of the anklet against the woman belonging to the highest social class, and normally convicted of crimes considered by the criminalist doctrine as "white collar crimes".

Keywords: electronic monitoring, resocialization, human rights, stigma.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DESVENDANDO O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PESSOAS. 2.1 O monitoramento eletrônico de pessoas no mundo e seu contexto histórico. 2.2 O monitoramento eletrônico de pessoas no Brasil. 2.2.1 Dados do uso do monitoramento no Brasil. 2.2.2. Como funciona o dispositivo de monitoramento eletrônico. 3. A RELAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PESSOAS. 3.1. A proteção de dados pessoais no cenário internacional. 3.2. A proteção de dados pessoais no Estado Brasileiro. 3.3. Considerações sobre Tratamento e Proteção de Dados e Segurança da Informação na Monitoração Eletrônica de Pessoas. 3.4 Considerações sobre Tratamento, Proteção de Dados Pessoais e Segurança da Informação na Monitoração Eletrônica de Pessoas: regras de tratamento e diretrizes. 3.5 Princípios, diretrizes e regras para a monitoração eletrônica de pessoas. 3.5.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3.5.2. Princípio da Legalidade. 3.5.3. Princípio da Intervenção Mínima ou da Subsidiariedade do Direito Penal. 3.5.4. Princípio da Humanidade das Penas. 3.5.5. Princípio da Individualização das Penas. 3.5.6. Princípio da Personalidade. 4. AS CARACTERÍSTICAS DA MULHER DOMINANTE NO CENÁRIO PRISIONAL E A DESIGUALDADE SOCIAL. 5. RELAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DO USO DA TORNOZELEIRA EM UMA MULHER PERTENCENTE ÀS CLASSES SOCIAIS BAIXAS. 6. EM CONTRAPARTIDA: RELAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DO USO DA TORNOZELEIRA EM UMA MULHER PERTENCENTE ÀS CLASSES SOCIAIS MAIS ALTAS. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A tornozeleira de monitoramento eletrônico de pessoas no Brasil surgiu através da Lei nº 12.258 de 2010 na tentativa de combater a superlotação carcerária, minimizar os efeitos nocivos do encarceramento, facilitar a reinserção social dos presos e reduzir os altos custos gerados pela sistemática carcerária ao Estado.

Teoricamente, infere-se que o monitoramento eletrônico⁸⁵ tenha amortecido a superlotação do cárcere brasileiro – já que este foi o objetivo principal de sua criação. Contudo, desde a sua implementação algumas questões não foram totalmente tratadas, principalmente, sobre as consequências do uso da tornozeleira de monitoramento eletrônico na prática: que tipo de réu predominantemente é beneficiário da cautelar instituída? Qual é a consequência social que o uso da tornozeleira gera para pessoas ocupantes de classes sociais distintas? O problema da superlotação carcerária foi de fato resolvido?

As hipóteses sobre as discussões acerca do resultado, sobretudo social, que a Lei nº 12.258 de 2010 poderia causar, são incipientes da literatura jurídica. Trata-se de efeito social reverso: a tornozeleira de monitoramento eletrônico de pessoas, por vezes, é responsável pela dessocialização (isto é, pelo isolamento social, perda das interações sociais e bem como características comportamentais adquiridas pelo convívio em sociedade) e estigmatização, podendo causar danos físicos e psicológicos – fator aprimorado quando o personagem beneficiário da tornozeleira de monitoramento eletrônico de pessoas é mulher e ocupante de classe social baixa.

Conforme retratado por Varella (2017, p. 38) a solidão experimentada pela mulher encarcerada é exacerbadamente maior se comparada com o homem encarcerado. O homem, normalmente, consegue manter um bom ritmo de visitas familiares, mantém relacionamentos amorosos já existentes, é capaz de formar novos relacionamentos – e, assim, reorganiza seu comportamento social em um novo meio. Com a mulher, a história é outra:

De todos os tormentos do cárcere, o abandono é o que mais aflige as detentas. Cumprem suas penas esquecidas pelos familiares, amigos, maridos, namorados e até pelos filhos. A sociedade é capaz de encarar com alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira. Enquanto estiver preso, o homem contará com a visita de uma mulher, seja a mãe, esposa, namorada, prima ou a vizinha, esteja ele num presídio de São Paulo ou a centenas de quilômetros. A mulher é esquecida (VARELLA, 2017, p.38).

É importante ressaltar: se a mulher ainda encarcerada sofre tal exclusão social, no momento em que ela passa a usar a tornozeleira de monitoramento eletrônico de pessoas em detrimento de concessão de liberdade condicional, suspensão condicional da pena ou

⁸⁵ Todas as vezes que forem citados os termos “monitoramento” e “monitoramento eletrônico” deve ser considerado o monitoramento eletrônico de pessoas pelo uso da tornozeleira eletrônica.

medida cautelar diversa de prisão, como a prisão domiciliar, a experiência social se torna ainda mais dura. Mas, nesse caso – como já dito, estamos falando da mulher ocupante de classe social baixa.

Quando o crime cometido pela encarcerada é o chamado “crime de colarinho branco” e a mesma detém alguma relevância social no meio em que ocupa, as consequências do uso do monitoramento são outras: e é isso que conseguiremos, no nosso último capítulo, contextualizar a partir da história de Nelma Kodama, presa em flagrante em 2015 com 200 mil euros no aeroporto de Guarulhos – originando, assim, a operação Lava Jato.

Ademais, esse trabalho tem como justificativa a necessidade de analisar os dados quantitativos do monitoramento eletrônico de pessoas e suas consequências legais e sociais – é preciso discutir o real efeito do uso da tornozeleira de monitoramento eletrônico de pessoas – tanto quanto ao fator ressocialização, quanto ao fator legal, bem como o fator punitivo, intrínseco ao Processo Penal Brasileiro.

Nessa perspectiva, o presente trabalho utilizou a abordagem metodológica dedutiva juntamente com a técnica de pesquisa indireta, através de revisão bibliográfica qualitativa, pautada na interpretação de textos, leis, artigos, livros, teses, dissertações e estudos em sites da Internet sobre a temática abordada.

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem, porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta (FONSECA, 2002, p. 32).

Sendo assim, temos como objetivo geral identificar as consequências legais e sociais entre condenadas pertencentes às classes sociais distintas que fazem o uso do monitoramento eletrônico e como objetivos específicos construir o percurso histórico do monitoramento eletrônico: surgimento, evolução, prática; comparar as consequências do uso do monitoramento por personagens diferentes: sob a visão de duas mulheres pertencentes a classes sociais distintas e relacionar direitos humanos e princípios fundamentais com a realidade instituída pelo uso do monitoramento eletrônico.

É preciso discutir o real efeito do monitoramento eletrônico – tanto quanto ao fator ressocialização, quanto ao fator punitivo, intrínseco ao Processo Penal Brasileiro. Nesses casos, sempre vale a pena citar Aury Lopes Jr (2015, *online*): “É preciso punir garantindo, e garantir punindo.”

2.DESVENDANDO O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PESSOAS

2.1 O monitoramento eletrônico de pessoas no mundo e seu contexto histórico

O monitoramento eletrônico de pessoas nada mais é que um sistema de georreferenciamento eletrônico que localiza e mostra em tempo real a movimentação de pessoas submetidas à tutela do Estado, mediante o sistema de justiça vigente (CARVALHIDO, 2016).

A primeira experiência registrada sob o viés do monitoramento eletrônico tem os créditos dos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel, pesquisadores do Comitê Científico de Experimentação Psicológica da Universidade de Harvard. Ainda sem nenhuma ligação com qualquer tipo de sistemática jurídica, em um primeiro momento a localização remota surge com o objetivo de supervisionar seres humanos considerados *socialmente inadaptados*, dando início, assim, em 1964, à chamada *comunicação telemática* – que utilizava recursos da telecomunicação, da informática e da engenharia para rastrear a localização dos indivíduos de maneira remota (CAMPELLO, 2019).

Foi somente no início da década de 1980 através do juiz estadunidense Jack Love, de Albuquerque, Novo México, que passou-se a ter uma visão de monitoramento eletrônico de pessoas vinculada a algum sistema de justiça, especificamente na seara criminal.

Segundo relatos, Jack Love teria desenvolvido um mecanismo primário de monitoramento eletrônico junto ao empresário Michael Goss - especialista em engenharia eletrônica - inspirado numa história em quadrinhos do Homem-Aranha, onde em determinado episódio, o vilão fixava no braço do herói um aparelho de localização. Dessa forma, o juiz passou a monitorar presos de sua jurisdição. (CAMPELLO, 2019)

Como o pontapé inicial foi bem-sucedido, rapidamente os dispositivos de monitoramento eletrônico de pessoas espalharam-se pelo país. Em 1985, estima-se que mais de 20 estados já haviam adotado a medida – e em 1998 mais de 95 mil equipamentos já teriam sido vendidos ou alugados nos Estados Unidos. (CARVALHIDO, 2016)

A partir de então, a ideia do monitoramento eletrônico de pessoas foi difundida e replicada pelos países desenvolvidos e subdesenvolvidos, adaptando-se a sistemática jurídica criminal existente em cada local.

2.2 O monitoramento eletrônico de pessoas no Brasil

O Brasil, se comparado a esses países, demorou bastante tempo para conseguir implementar o monitoramento eletrônico. Foi somente a partir do projeto de Lei 175 de 2007, do Senador Magno Malta e conseqüentemente com a Lei n 12.258/2010 – que alterou a LEP (Lei de Execução Penal) – que o Brasil começou a implementar o monitoramento eletrônico. (CARVALHIDO, 2016)

Inicialmente, o monitoramento era instrumento utilizado somente para casos de saída temporária no regime semiaberto de cumprimento de pena ou em casos de determinação de prisão domiciliar.

Sendo assim, o Estado passou a fiscalizar se de fato os presos e presas em progressão de regime que saíam da prisão para passar datas especiais ao lado de seus familiares (direito constituído através da Lei n 7.210/84, art. 122) cumpriam as determinações e respeitavam o horário. Da mesma forma funcionava com a prisão domiciliar, posto que se tornou possível monitorar os horários relativos a circulação e ao recolhimento. (CARVALHIDO, 2016)

Cerca de um ano depois, as possibilidades previstas para o uso do monitoramento eletrônico foram estendidas, através da Lei n 12.403/11. Dessa forma, o monitoramento passou a ser medida cautelar, podendo ser aplicado sempre que os requisitos legais⁸⁶ forem preenchidos, deixando a prisão para *última ratio*, como ainda vemos hoje.

A nova medida cautelar ainda serviu para regulamentar crimes próprios, como os descritos na Lei n 11.340/06 (lei Maria da Penha) – que tratam de medidas protetivas de urgência, onde o monitoramento serviria para inspecionar a distância entre a vítima e o agressor.

A grande finalidade da alteração desse texto legal era criar meios de redução da população carcerária, bem como dos presos provisórios. Pensava-se, quando da implementação da tornozeleira de monitoramento, que em determinados casos, seria possível substituir o cárcere pelo mesmo, liberando novas vagas e resolvendo o problema que, já em 2011, era bastante criticado e problematizado.

⁸⁶ Requisitos no art. 319 do Código de Processo Penal e art. 146 da Lei de Execução Penal.

Sendo assim, são consideradas finalidades do sistema de monitoramento eletrônico: a detenção, que assegura a permanência do indivíduo em determinado lugar e a restrição, como no caso da Lei Maria da Penha, que garante que o indivíduo não frequente determinados locais em horários pré-estabelecidos, nem se aproxime das vítimas – bem como casos em que há testemunhas, vítimas e coautores, a fim de evitar o contato e a vigilância, que permite controle e acompanhamento de todos os atos praticados pelo monitorado (MARIATH, 2008).

2.2.1 Dados do uso do monitoramento no Brasil

Existe uma grande dificuldade em realizar análise documental de dados no Brasil. Não há unificação de sistemas entre os institutos responsáveis pela coleta e documentação de dados, sendo assim, cada estado do país adota metodologia e sistema específicos.

Além disso, após a posse do atual presidente do Brasil, Bolsonaro (2018 – 2022) e do grande desincentivo à pesquisa científica bem como a escassez quanto à transparência institucional, somado ao avanço da Covid-19 a partir de 2020, muitos bancos de dados governamentais seguem desatualizados há pelo menos dois anos.

Sendo assim, este trabalho apresenta os dados que ainda restam documentados para acesso nos principais bancos governamentais.

Adotando uma posição comparativa, conforme dados disponíveis no DEPEN, em 2009, antes da implementação do monitoramento e do alcance do mesmo como medida cautelar, a quantidade de pessoas presas era de 469,5 mil. Em 2016, após a implementação, os dados apresentavam um contingente que quase dobrava a quantidade de presos em 2009: 726,7 mil (DEPEN, 2021).

No primeiro semestre de 2020, a quantidade caiu um pouco, mas continua alta: 717,322 mil. Vale ressaltar, que com o avanço da pandemia da COVID-19 no Brasil, muitos presos acabaram tendo a concessão da prisão domiciliar concedida, por serem integrantes de grupo de risco. Dessa forma, os números sofreram algum impacto se comparados com o ano de 2019, antes do COVID-19 (DEPEN, 2021).

Comparando com os dados do monitoramento eletrônico, paralelamente: no primeiro semestre de 2020 tivemos 51.897 mil apenados que faziam o uso do monitoramento comparados com 51,5 mil em 2016 (DEPEN, 2021).

Isto é, infere-se, diretamente, que o monitoramento eletrônico não fez com que o quantitativo de população carcerária diminuísse bruscamente – objetivo principal da

implementação - pelo contrário. O monitoramento tornou-se parte complementar da sistemática carcerária que já existia.

Apesar dos dados provarem que o monitoramento não alcançou seu objetivo principal, os principais órgãos dos poderes Executivo e Judiciário continuam apostando forte na “política desencarceradora” e o investimento é gigantesco.

Existe, verdadeiramente, um grande mercado econômico envolvendo a venda das tornozeleiras de monitoramento eletrônico de pessoas – e o discurso replicado é o mesmo – no qual o uso do monitoramento supostamente estaria gerando benefícios para ambos, contribuindo para o apenado e para o Estado.

Somente no estado do Rio de Janeiro, o montante somado relativo ao pagamento de empresas particulares pela prestação do serviço de monitoramento é enorme, bem como as dívidas - decorrência lógica de um Estado que desde 2010 passa por uma série de escândalos de corrupção envolvendo seus governantes.

A SpaceCom, antiga detentora da licitação responsável pelo monitoramento no Estado do Rio, e pioneira na prestação de serviço envolvendo o monitoramento na América do Sul, cobra na justiça uma dívida de 11 milhões de reais e o serviço já chegou a ser suspenso por alguns períodos devido à falta de pagamento por parte do Estado do Rio (SOUZA, 2021).

2.2.2 Como funciona o dispositivo de monitoramento eletrônico

A primeira leva de dispositivos de tornozeleira de monitoramento eletrônico de pessoas utilizava tecnologia de transmissão de dados de rádio frequência, e, através dela, era possível saber a localização do monitorado, em local predeterminado e em determinado horário, mas não conseguia controlar em tempo real, os movimentos do monitorado. (CARVALHIDO, 2016).

Foi somente através da implementação do GPS (Posicionamento Global por Satélite) que o monitoramento conseguiu alcançar um patamar mais específico. O formato ativo da tecnologia do GPS consiste no acompanhamento em tempo real do monitorado, permitindo ainda, que as áreas geográficas de inclusão e exclusão sejam programadas, delimitando de forma mais assertiva locais onde o indivíduo terá ou não direito de entrar e permanecer (CARVALHIDO, 2016).

O formato passivo atua de forma parecida, mas os dados relativos ao monitoramento são baixados, geralmente uma vez ao dia, quando o monitorado pluga o dispositivo em uma base, que importa os dados para a central de controle.

Com bateria recarregável, a tornozeleira – que pesa cerca de 150 gramas - emite sinais de alarme atentando o monitorado sobre a necessidade de recarregar o dispositivo ou alertando possível defeito no mesmo. O GPS, em ambas as formas disponíveis, recebe sinais de satélite, triangula uma posição, armazena a informação e envia os dados para a central de controle (CARVALHIDO, 2016).

A SpaceCom, empresa pioneira de monitoramento eletrônico de pessoas, já citada anteriormente, possui um sistema estrutural dominante de acompanhamento dos dados, especialmente no Brasil, onde a empresa atua em vários Estados. O chamado SAC24 (Sistema de Acompanhamento de Custódia 24 Horas) é um deles, e conta com apoio da central de monitoramento a todo tempo no suporte das unidades prisionais. (CARVALHIDO, 2016).

Com dois modelos de equipamentos de monitoração eletrônica disponíveis, a empresa soma, no Brasil, 36.082 monitorados. O dispositivo de duas peças, composto pela tornozeleira e a UPR (Unidade Portátil de Rastreamento) precisa, necessariamente, que o monitorado utilize ambas para que o dispositivo funcione perfeitamente, numa distância máxima de 30 metros (CARVALHIDO, 2016).

Os dispositivos se comunicam através de rádio frequência, de forma criptografada, e são transmitidos para a central da SpaceCom pela rede de telefonia de celular (GPRS), posteriormente, são disponibilizadas na Web. Com suporte para 2 simcards (chips) a área de cobertura é similar ao alcance de duas operadoras de telefonia móvel – o que garante, ainda, que em caso de falha na comunicação em uma operadora, o sistema continuará operando normalmente, graças ao suporte da segunda operadora (CARVALHIDO, 2016).

O dispositivo de peça única funciona da mesma forma, através do GPS, com alarmes sincronizados com os servidores da SpaceCom via telefonia celular (GPRS) disponibilizados via Web. Dessa forma, também é possível acessar os dados através de qualquer local conectado à Internet, em tempo real. (CARVALHIDO, 2016).

Vale ressaltar, que na central, os funcionários que acompanham a localização através de grandes monitores, não tem acesso a nenhum dado ou foto do sentenciado. O acompanhamento é feito através de um código aleatório determinado para cada apenado. (CARVALHIDO, 2016).

3.A RELAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PESSOAS

3.1 A proteção de dados pessoais no cenário internacional

Os dados da vida privada e a liberdade individual precisam ser levados em consideração de forma sempre consoante aos Direitos Humanos, pautado no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e aos Direitos Fundamentais, pautados nos valores de privacidade, intimidade e dignidade, que respalda, solidificadamente, todos os direitos que devem ser respeitados na sua integralidade – e, que de forma alguma, podem sofrer alguma violação. (DEPEN, 2021)

É necessário ressaltar que as definições de “vida privada” e “vida pública” não devem ser encaradas como opostos dialéticos, em contradição direta, mas devem ser conceitos complementares e harmônicos entre si. Nesse sentido, desde a década de 1940, a legislação internacional busca conservar a proteção de dados pessoais e a segurança pessoal dos indivíduos. (DEPEN, 2021)

A exemplo, podemos citar o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948): “todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” – e o artigo 12 “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e a reputação”. Na mesma perspectiva, se encontra a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), em seu artigo 5º: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e a à sua vida particular e familiar. ”

Mas foi somente com o advento da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em 1950, que o direito à privacidade foi firmado – não mais como direito autônomo, mas como direito regente⁸⁷ das normas que viriam a ser editadas posteriormente.

Com o avanço da sociedade, a partir da década de 1990, o debate criou força internacionalmente, e começaram a ser inseridos os primeiros dispositivos que servirão de base para o debate acerca do assunto quanto ao monitoramento eletrônico.

A exemplo, da Diretiva 95/46/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho (1995) definiu o que seriam dados pessoais:

Os dados pessoais são concebidos como qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável; é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número

⁸⁷ Regente: fundamental, norteador, parte principiológica das normas que vieram a ser editadas posteriormente.

de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social.

O normativo passou a resguardar de forma mais incisiva e singular como os dados, as transferências de dados e a exportação dos dados para outras Nações deveriam ser tratados.

3.2 A proteção de dados pessoais no Estado Brasileiro

Se no berço originário onde as primeiras ideias doutrinárias acerca do direito à privacidade e a proteção de dados começaram a surgir ainda existem muitas incógnitas a serem solucionadas acerca do tema, também o Brasil se encontra da mesma forma – longe de ter uma diretriz determinada e que funcione de forma aplicada no resguardo desses direitos. (DEPEN, 2021)

A Constituição de 1988 conseguiu ratificar em seu art. 5º algumas garantias quanto a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem das pessoas, mas a legislação brasileira ainda é falha no sentido da inexistência de lei infraconstitucional que regule o assunto, de forma específica. (DEPEN, 2021)

Da mesma forma, o Estado brasileiro, apesar de todas as transformações tecnológicas, políticas, sociais e econômicas que vem passando, ainda não se atentou para toda a sistemática e dispêndio estatal que precisam ser lançados para que a legislação se torne efetiva: é necessário que se obtenham: agentes públicos fiscalizadores, bancos de dados interligados e uma autoridade eficiente coordenando tudo que for ligado ao assunto. (DEPEN, 2021)

Avançando aos poucos, algumas leis esparsas já surgiram em consonância com o artigo 5º da Carta Magna. Nesse sentido, cita-se a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) que trouxe definições importantes acerca do que seriam informações pessoais, relativas à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, o que norteou os próximos dispositivos efetivamente difundidos pelo legislador brasileiro. Ainda nesse lógica se encontra artigo 21 do Código Civil, que dispõe sobre o direito à privacidade e ratificou um rol de direitos da personalidade, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) que se atentou para a questão dos registros, dados pessoais e comunicação privada na Internet, trazendo princípios, garantias, direitos e deveres que perpassam no sentido de preservação da vida privada e da intimidade e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) que começa a vir buscando mais segurança jurídica, padronização de regulamentos e cuidados ainda mais específicos no que tange aos dados sensíveis dos cidadãos brasileiros.

Vale ressaltar que a legislação brasileira ainda vê a questão da proteção de dados de forma restrita às relações de consumo – o que faz com que a análise do tema adquira natureza reducionista em relação a um assunto tão importante, que precisa urgentemente de normas balizadoras a respeito da sua aplicabilidade. (DEPEN, 2021)

Sendo assim, o principal desafio do legislador brasileiro é desatar a ideia de preservação de dados e informações a lógica consumerista, abarcando todas as políticas públicas necessárias para a aplicabilidade integral dos princípios constitucionais. (DEPEN, 2021)

3.3 Considerações sobre Tratamento e Proteção de Dados e Segurança da Informação na Monitoração Eletrônica de Pessoas

O Decreto nº 7.627/2011 que regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas dispõe que o monitoramento deverá ser estruturado de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada (artigo 6º)⁸⁸respeitando a integridade física, moral e social da pessoa monitorada (artigo 5º)⁸⁹, devendo a pessoa monitorada receber documento no qual conste, de forma clara e expressa, seus direitos e deveres a que estará sujeita, bem como o período de vigilância e os procedimentos a serem observados (artigo 3º)⁹⁰ – isso acontece posto que há um risco significativo para a pessoa humana quando da relação direta com a má utilização dos dados dos monitorados.

O risco se insere devido a não uniformização dos sistemas necessários para instituir o monitoramento eletrônico somado ao ranço social punitivo e ao despreparo funcional das pessoas que precisam lidar diretamente com a medida.

Explico: os dados supersensíveis que denotam a localização geográfica são manuseados direta ou indiretamente pelos setores públicos e privados necessários para a manutenção do sistema – funcionários da empresa contratada fornecedora dos equipamentos (como a SpaceCom, citada anteriormente) e servidores públicos no sentido amplo, como agentes penitenciários e terceirizados. Não há critério de proteção e tratamento adequados que garantam a gestão do serviço. (DEPEN, 2021)

⁸⁸ Art. 6º O sistema de monitoramento será estruturado de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada

⁸⁹ Art. 5º O equipamento de monitoração eletrônica deverá ser utilizado de modo a respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada.

⁹⁰ Art. 3º A pessoa monitorada deverá receber documento no qual constem, de forma clara e expressa, seus direitos e os deveres a que estará sujeita, o período de vigilância e os procedimentos a serem observados durante a monitoração.

Além disso, a partir do momento em que o indivíduo é condenado, o mesmo passa a ser visto, socialmente, como um sujeito não detentor e não gozador de direitos. A sociedade não foi ensinada a ver com bons olhos a ressocialização intrínseca. Muito pelo contrário. No Brasil, uma vez condenado, o indivíduo ficará pelo resto da vida preso as amarras do estigma decorrente da sentença penal. Não é tão fácil desvencilhar, na prática, as consequências advindas da sistemática penalista. Nesse sentido:

O desequilíbrio de forças causado pelo uso de dados sensíveis armazenados em banco de dados é causa suficiente para que essa categoria tenha um atendimento especial. Como duas pessoas poderão concorrer a uma vaga de emprego, nas mesmas condições, considerando que o empregador tem disponível o acesso a um banco de dados em que consta que um deles pertenceu ao sistema carcerário em razão de cumprimento de pena? (Jornal Folha de São Paulo de 4 de junho de 2006, PEZZI, 2007, p.92).

É necessário considerar que todos os indivíduos tenham acesso aos bancos de dados, para que se prontifiquem a preservação completa e integral das informações ali contidas. Essa preocupação é necessária posto que há uma quebra significativa na privacidade do portador do equipamento de monitoração eletrônica, sua família e as pessoas com quem mais convive. Afinal, trata-se de indivíduo identificável. Não segue a mesma lógica dos bancos de informação de pesquisas de opinião e censo que usam pessoas indeterminadas ou anônimas. Por isso, as informações têm um valor considerável e que podem ter alta conveniência se comercializados. (DEPEN, 2021).

Ou seja, qualquer um que recolha, registre, organize, conserve, adapte, altere, recupere, consulte, transmita ou realize qualquer tipo de operação que envolva dados pessoais, independentemente de serem servidores públicos ou funcionários contratados atuando nas centrais, empresas e secretarias devem assinar, neste caso, um termo de tratamento e proteção de dados pessoais dos monitorados, das mulheres em situação de violência doméstica, bem como dos familiares, amigos, vizinhos e conhecidos tanto dos monitorados quanto das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Ademais, na sistemática penal, o mau uso das informações administradas pode implicar em perseguições da vítima e prisões injustificadas ou infundamentadas – o que acaba gerando um dispêndio desnecessário da segurança pública estatal. Vale ressaltar, que os dados, muitas das vezes, são armazenados em softwares com pouca ou nenhuma proteção, e o vazamento das informações, além de configurar abuso de poder por parte

do Estado, intensifica a criminalização do indivíduo durante a após o uso da medida, danificando todas as suas áreas fundamentais para a promoção da vida e socialização: trabalho, saúde, educação, relacionamentos e outros. (DEPEN, 2021)

3.4 Considerações sobre Tratamento, Proteção de Dados Pessoais e Segurança da Informação na Monitoração Eletrônica de Pessoas: regras de tratamento e diretrizes

Sob pena de discriminação, perseguição punitiva devido ao ranço social existente, práticas de justiça, prisões injustificadas, alto risco de exposição das pessoas próximas e excessiva invasão da intimidade é que a linha é bem tênue quando se trata de proteção de dados e privacidade (DEPEN, 2021).

A privacidade dos indivíduos monitorados é ainda mais sensível porque os dados pessoais de geolocalização apresentam maior potencialidade lesiva no que se refere à exposição excessiva da intimidade, não estipulada na medida judicial, ou seja, uma forma abusiva de poder.

Sendo assim, existem algumas regras que a pessoa física, a empresa privada, a entidade pública ou qualquer pessoa que tenha acesso aos dados pessoais precisam seguir para garantir o mínimo necessário de zelo com o monitorado e as pessoas que estão diretamente ligadas a ele, sob pena de responsabilização por conduta ilícita, segundo os artigos 32 e 34 da Lei de Acesso a informação (Lei nº 12.527/2011), *ipsis litteris*:

Art. 32 - Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:

IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;

Art. 34 - Os órgãos e entidades públicas respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso. (Lei de Acesso à Informação no 12.527/2011).

Nesse mesmo sentido está o artigo 325 do Código Penal, que dispõe de pena de detenção de seis meses a dois anos e multa para o caso de violação de sigilo funcional.

Vale ressaltar, que o modelo ideal de protocolo para lidar com os monitorados busca proteger não somente o condenado e sua família, mas todos aqueles que trabalham diretamente ou indiretamente na gestão do monitoramento e ficam suscetíveis a eventuais erros na demanda – já que todas as informações são valiosas e a sistemática ainda não é o modelo perfeito – e pode ocorrer vazamento dos dados na rede, danificações de software, hardware, entre outros tipos de acessos não autorizados feitos por usuários externos. (DEPEN, 2021)

Por essas e outras razões, é que o Decreto nº 7.627/2011 que já institui a regulamentação da monitoração eletrônica existe, e, junto com ele, Instruções Normativas (como a nº 1, de 13 de junho de 2008, que foi uma das primeiras) e a posterior Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709/2018 – importantíssima nesse sentido, promovendo maior compromisso e transparência com o uso, coleta e armazenamento de dados.

3.5 Princípios, diretrizes e regras para a monitoração eletrônica de pessoas

Os princípios são instrumentos capazes de dar sustento à norma penal e garantir que não haja nenhum tipo de excesso à sua aplicação. Entretanto, os princípios não determinam as consequências normativas, diferentemente das regras.

As regras, em sua natureza, estabelecem o caminho valorativo para o fundamento, mas não descreve o caminho. Essas, tem pretensão terminativa. Já as diretrizes indicam o caminho a ser traçado, funcionam como normas orientadoras dos princípios e auxiliam a aplicação até alcançar a natureza terminativa das regras.

Evidencia-se que os princípios aplicados ao contexto da monitoração eletrônica detêm o objetivo de enfrentamento aos preceitos punitivos predominantes e é fator balizador para a aplicação da medida na prática. Nesse sentido:

(...) Não se pretende mais nenhuma teoria que aplique o direito penal justificando o direito de punir, mas sim que se saiba construir limites aos poderes desta punitividade (ESTORILIO, 2012, p.20).

Salienta-se que existem alguns princípios denominados princípios limitadores do Poder Punitivo e estes balizam a aplicação do direito penal, para que a intervenção penal seja mínima e o Estado siga no sentido de deixar a prisão para *ultima ratio* – adotando postura desencarceradora. É necessário perpassar pelos principais princípios para que se compreenda as regras inerentes ao monitoramento eletrônico.

3.5.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é reconhecido universalmente. Tratando-se de cláusula pétrea na nossa Carta Magna, é um princípio reconhecido determinante no ordenamento jurídico brasileiro. (TAVARES, 2020)

Segundo o artigo 1º, inciso III da Constituição: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Em decorrência lógica, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana estrutura toda a nossa base legal, e no que tange ao monitoramento eletrônico, deve-se garantir ao monitorado que o mesmo não será inserido em situações degradantes de cumprimento de pena, que não será desrespeitado, humilhado e vítima de estereótipos. (TAVARES, 2020)

Ponto especial a citar é saber que se o condenado já possui direito adquirido ao regime aberto, em hipótese alguma deve continuar no regime fechado, por constituir grave violação ao princípio em tela. Neste caso, nem a falta de vagas em casa de albergado justifica a permanência. Não há o que se falar. (TAVARES, 2020)

3.5.2 Princípio da Legalidade

Este princípio também é balizador do Direito Penal brasileiro e está tipificado no art. 1º do Código Penal e no art. 5º, II da Carta Magna. Dispõe que:

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1940).

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 [...].

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, 1988).

Também conhecido no Direito Penal como o princípio da reserva legal e da anterioridade, em consonância com o princípio mencionado na seção anterior, se o condenado constituir os requisitos legais para que haja a aplicação de qualquer medida diferente da prisão, a mesma deve ser imediatamente aplicada – como no caso do monitoramento eletrônico. (TAVARES, 2020)

3.5.3 Princípio da Intervenção Mínima ou da Subsidiariedade do Direito Penal

O Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio* no ordenamento jurídico. Sua aplicação deve ocorrer quando for extremamente necessário que o Estado intervenha para respaldar algum bem jurídico tutelado que esteja em risco e quando as demais formas de proteger o bem já tiverem sido exauridas. (TAVARES, 2020)

O princípio da Intervenção Mínima, na visão garantista, implica em uma forma de limitar que o Estado abarque toda a noção de justiça existente, onde, deve-se ainda, contar com a colaboração de um julgador não arbitral, que não faça o papel de um juiz-acusador.

3.5.4 Princípio da Humanidade das Penas

Benefício alcançado pela Carta Magna, a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado. Além disso, não pode haver, de forma alguma, pena de morte, tortura, tratamento degradante ou desumano ao condenado.

Nesses momentos é sempre bom lembrar de Aury Lopes Jr (2015, *online*): “É necessário punir garantindo e garantir punindo.” As ações precisam ser coexistentes. No mesmo sentido da seção anterior, obrigar um condenado que já tenha direito constituído a regime mais brando cumprir pena em regime mais severo ofende o princípio da humanidade das penas e da dignidade da pessoa humana.

Tal princípio está tipificado no art. 5º, incisos XLVII e XLIX da Constituição Federal (1988), *ipsis litteris*.

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:

XLVII - não haverá penas:

- a)** de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b)** de caráter perpétuo;
- c)** de trabalhos forçados;
- d)** de banimento;
- e)** cruéis;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

3.5.5 Princípio da Individualização das Penas

Este princípio está dispostivo no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição. Segundo ele, os indivíduos devem ter as suas particularidades resguardadas no momento da aplicação da pena segundo o caso concreto.

Nesse sentido, este princípio é completamente relevante e determinante no momento da fixação da pena. Nas palavras de Bittencourt: "*(...) Para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista.*" (BITENCOURT, 2012, p. 47).

3.5.6 Princípio da Personalidade

A responsabilidade penal é absolutamente individual, e em hipótese alguma deve ir perpassando gerações, da forma como acontecia antigamente (TAVARES, 2020).

Nesse sentido, a pena não pode passar da pessoa do condenado, isto é, se o condenado falece, a exemplo, seus descendentes não devem cumprir pena em seu lugar. Estará esgotada a punibilidade, nos moldes do artigo 107, inciso I do Código Penal e artigo 5º, XLV da Constituição Federal.

4. AS CARACTERÍSTICAS DA MULHER DOMINANTE NO CENÁRIO PRISIONAL E A DESIGUALDADE SOCIAL

Historicamente, as mulheres são seres considerados intelectualmente inferiores, de segunda classe, menos perspicazes e conseqüentemente menos perigosas do que os homens. Os controles que a sociedade exerce sobre a vida da mulher – família, religião, meio em que convive – acabam sendo muito mais efetivos que se comparados igualmente a vida do homem. (LOPES, 2004)

Nessa perspectiva, há um enorme abismo social entre o que se espera da mulher – que seja boa esposa, boa mãe mulher honesta – e o que se espera do homem. O choque e a estranheza com que a sociedade como um todo leva ao reconhecer uma mulher que veio a cometer crimes são disparadamente maiores ao reconhecer um homem que possa vir a ter cometido o mesmo tipo de crime. Nesse sentido:

A inversão dos papéis socialmente impostos às mulheres é algo de recorrente abordagem no que diz respeito a quebra dos padrões e a possibilidade da mulher também poder praticar crimes, assim como

os homens. A prática de crimes realizados por mulheres deve levar em conta as mudanças na estrutura social e também fatores de ordem cultural, social e individual (SANTA RITA, 2006, p.42).

A criminalidade e a violência, sempre associados ao universo masculino, fazem com que a sociedade torne aceitável a prática de crimes em relação aos homens – mas nunca em relação as mulheres.

O desprezo sofrido pela mulher condenada é fato visto – primeiro empiricamente – considerando a fila de visitas vista nos presídios masculinos frente a fila de visitas vista nos presídios femininos, conforme cita Drauzio Varella no livro *Prisioneiras* (2017) e segundo socialmente e institucionalmente, já que o abandono constituído no período em que as mesmas estão encarceradas permanece ainda após o retorno à liberdade (LOPES, 2004).

O nível de desigualdade social que o país constitui afeta diretamente os níveis de criminalidade por ele sofridos levando em consideração a sociedade de consumo e o sistema capitalista atual.

O ser humano, na vida em sociedade, interage com os outros e o seu ambiente. Assim, é vital, para que ele sobreviva neste espaço, que seja reconhecido como parte integrante desse meio social. Como, então, se dá na modernidade líquida a aceitação e o reconhecimento de um indivíduo como membro integrante da sociedade? Para Bauman, a sociedade de consumidores “representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas” (BAUMAN: 2008 p. 71).

Por isso, não há espaço para quem não cumpre o seu papel social primordial, qual seja: ser um consumidor exemplar. Isto ocorre porque na sociedade contemporânea seus membros são avaliados por sua capacidade de consumir, sendo esta o termômetro que irá reconhecer- ou não- o seu valor no interior desta escala social (CUNHA, *online*).

A desigualdade social que assola o Brasil diretamente tem relação direta com o fato do Brasil integrar o rol dos países que mais prendem no mundo, e isso não é coincidência.

Ou seja, se a economia do país vai bem, se há pouca desigualdade social, os cárceres tendem a ter menos pessoas presas; o contrário também é verdadeiro, quanto mais desigual é uma sociedade maior

o número de excluídos e de pessoas encarceradas (ANDRADE; FERREIRA, 2015).

Dessa forma, as mulheres encarceradas também constituem a estatística: em suma maioria, são mulheres de baixa escolaridade, que sempre viveram abaixo da linha da pobreza e que não tiveram oportunidades na vida. São jovens, entre 18 e 30 anos, negras ou pardas, em geral mães, responsáveis pela provisão do sustento familiar, custodiadas, suspeitas de crimes relacionados ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio, que exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento e com histórico de vulnerabilidade social muito semelhante. (CARVALHIDO, 2016)

5.RELAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DO USO DA TORNOZELEIRA EM UMA MULHER PERTENCENTE ÀS CLASSES SOCIAIS BAIXAS

Neste capítulo será considerada a entrevista concedida por Eva⁹¹ para a Prof. Me. Maria Luiza Lacerda Carvalhido, na dissertação “Histórias de Vida, Prisão e Estigma: O uso da tornozeleira eletrônica por mulheres no estado do Rio de Janeiro” com a finalidade de ilustrar as consequências práticas causadas pelo uso da tornozeleira em uma mulher pertencente à uma classe social baixa.

Eva, à época da entrevista, tinha 21 anos, dois filhos e morava com o marido e os filhos na casa da sogra. Nesse tempo, se encontrava em prisão domiciliar enquanto aguardava a sentença de seu julgamento. Foi investigada e processada por tráfico de drogas após vender por certo tempo os ilícitos a fim de conseguir dinheiro para sustentar seu filho. Conseguiu um Habeas Corpus já no oitavo mês de gestação do terceiro filho, e ganhou o benefício da conversão da prisão em medida cautelar, podendo ficar em casa enquanto aguardava o transcorrer do processo penal a que respondia. Morava numa casa simples, tendo o básico para conseguir viver:

Eva, à época, mora com o marido e os filhos na casa da sogra. A casa fica num bairro bem afastado do centro de Itaperuna. É uma casa humilde, com quintal bem grande de terra e com árvores. A casa estava com os tijolos a mostra, a sala onde ficamos era espaçosa, não tinha pisos e num dos cantos havia alguns brinquedos. Havia ainda dois sofás de cor preta que não estavam muito novos e cobertos com um lençol listrado colorido. Tinha um ventilador no outro canto, no chão, virado para onde estávamos sentadas. (...) Eva vestia um short jeans, uma camiseta de pijama e estava descalça. Os longos e belos

91 O nome da condenada foi alterado para preservação de sua identidade.

cabelos negros estavam presos num coque no alto da cabeça. Aparentava um pouco de cansaço e estava preocupada com minha impressão sobre a casa e suposta bagunça que não vi (CARVALHIDO, 2016, p. 93).

A família de Eva ao ser questionada, diz não ter conhecimento do funcionamento da tornozeleira eletrônica até então. Dizem ser coisa de filme. Eva cita alguns problemas inerentes à tornozeleira, como a dificuldade em realizar a manutenção no aparelho eletrônico. Cita, por diversas vezes, a dificuldade em ser vista com a tornozeleira em seu corpo:

Eu vou de ônibus e sempre procuro usar calça jeans ou legging para as pessoas não ficarem comentando ou olhando, mas vai que tem alguém no ônibus com alguma droga, até eu provar que não tenho nada com isso, a droga vai ser de quem? De quem está com a tornozeleira (CARVALHIDO, 2016, p. 111).

Sempre uso calças largas e vestidos longos, mas tem dias que aqui não dá para fazer isso. Tem dia que está muito quente. Uso esse tipo de roupa, que não gosto, para evitar o olhar curioso e a conversa fiada. (CARVALHIDO, 2016, p.118).

Da mesma forma, o pai de Eva cita a vergonha o medo em ver a filha utilizar a tornozeleira. Diz, por mais de uma vez, ter medo do julgamento e do afastamento das pessoas pelo simples fato de estar usando a tornozeleira.

Quando questionada sobre os filhos e o que a tornozeleira impacta na criação dos mesmos, Eva responde dizendo que na maioria das vezes, o olhar de julgamento e reprovação vem dos pais e professores. Que às vezes o sangue ferve, mas que tenta se controlar.

Relata, ainda, tempos depois desse primeiro momento, como foi adentrar um hospital para ganhar o filho que esperava à época usando a tornozeleira. Conta que precisou retirar o equipamento no momento do parto e que todas as enfermeiras do centro cirúrgico queriam ver a tornozeleira, questionando o porquê e o que era aquilo.

Nesse momento, a mãe de Eva cita uma situação constrangedora:

(...) eu que me senti mal pela Eva estar usando a tornozeleira e ficar exposta a tudo isso. As pessoas me olhavam como se eu fosse a culpada dela estar naquela situação. Em momento algum eles

olharam para o pai dela com o mesmo olhar. (CARVALHIDO, 2016, p. 115).

Logo após, Eva conta já ter passado por uma situação duplamente constrangedora em que os policiais que a recolheram a avistaram na rua enquanto estava com seu filho esperando um ônibus. Ela sofreu ameaça, questionamentos, precisou lidar com falas irônicas e ainda viu o filho urinar na calça com medo dos policiais fazerem alguma coisa com a sua mãe.

No final da conversa, conclui a entrevistadora:

Observo que Eva tem medo e preocupação de ser julgada, de não ser aceita, de ser comparada e ser humilhada. Isso deixa claro para mim que ela entende que ela carrega uma coisa que a faz diferente das outras pessoas. A angústia da situação já faz com que ela se previna antes do contato com a sociedade, antes do enfrentamento da vida social. Ela nunca saberá o que os outros estão realmente pensando dela, e dessa forma, ela possui e desenvolveu uma habilidade para lidar com essas situações e isso inclui 'camuflar' a tornozeleira. Mesmo que diga ou pense que os olhares curiosos não a incomodam ela age como se assim o fizessem (CARVALHIDO, 2016, p. 119).

Vale ressaltar, por fim, que Eva retornou a traficar, ainda utilizando a tornozeleira – que apresentava problemas e estava há meses desligada, sem rastrear sinal algum de sua localização – e que dizia ser um ciclo que se repetia: estava sem dinheiro, não conseguia arrumar trabalho e precisava sustentar seus filhos.

6. EM CONTRAPARTIDA: RELAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DO USO DA TORNOZELEIRA EM UMA MULHER PERTENCENTE À CLASSES SOCIAL MAIS ALTA

Neste capítulo será considerada a história de Nelma Kodama em entrevista concedida a Bruno Chiarioni no livro "A Imperatriz da Lava Jato" com a finalidade de ilustrar as consequências práticas causadas pelo uso da tornozeleira em uma mulher pertencente à uma classe social baixa.

Nelma Kodama foi a primeira presa na operação denominada "Lava Jato" que parou o Brasil em meados de 2014 e até hoje apresenta consequências na ordem jurídica e política nacional.

Presa quando tentava embarcar em um avião, Nelma ficou conhecida na mídia brasileira por ter guardado 200 mil euros na calcinha – o que nega até hoje, diz ter sido

invenção da mídia. Bem-humorada, ficou conhecida por utilizar codinomes de atrizes: Cameron Diaz, Angelina Jolie, Greta Carbo. E era conhecida, intimamente, como a “dama do mercado do câmbio”(CARVALHO, 2014).

Em parceria com o também doleiro Alberto Youssef, Nelma Kodama foi investigada, julgada e condenada pelos crimes de evasão de divisas, operação de instituição financeira irregular, evasão de divisas tentada, corrupção ativa e organização criminosa. Conforme matéria publicada no portal G1, em 20/06/2016, Nelma chegou a movimentar ilegalmente US\$ 5.271.649,42 e foi condenada inicialmente por 18 anos de prisão.

No livro publicado em sua homenagem, Nelma conta que já fazia dois anos, três meses e onze dias que ela estava em regime fechado (de março de 2014 a junho de 2016), quando foi mandada para casa com uma tornozeleira eletrônica e deveria aguardar a decisão em prisão domiciliar até que houvesse a homologação.

A prisão domiciliar foi cumprida por Nelma em seu apartamento de 500 metros quadrados. Os demais bens, como pinturas famosas, carros de luxo, diversos imóveis e dinheiro em espécie, seguiram confiscados e leiloados pela Receita Federal. Nelma, ainda hoje, possui uma dívida milionária com a Receita.

Em entrevista para a Revista Veja (2016), encontrada na internet e na íntegra transcrita no livro (CHIARIONI, 2019, p. 133) Nelma, curiosamente, diz ter alergia à tornozeleira:

- A tornozeleira incomoda? (Entrevistador)

- Incomoda porque eu não posso tirar. Também me deu alergia e fico com a perna coçando. Mas não posso reclamar. Melhor estar com ela aqui em casa do que sem ela e na prisão (Resposta dada por Nelma Kodama)

Para a mesma entrevista, a revista Veja realizou fotos de Nelma ironizando o uso da tornozeleira. Nelma posa com roupas e artigos de luxo em seu apartamento, deixando o enfoque centralizado na tornozeleira eletrônica.

Figura 1 – A foto que originou a capa do livro “A Imperatriz da Lava Jato”



Fonte: Jefferson Coppola/VEJA

Figura 2 – Fotos com artigos de luxo realizadas no apartamento de Nelma Kodama



Fonte: Jefferson Coppola/VEJA

Figura 3 – A foto retrata Nelma Kodama se arrumando para o ensaio enquanto recarrega o equipamento de monitoramento eletrônico em seu apartamento de luxo



Fonte: Jefferson Coppola/VEJA

Figura 4 – Nelma Kodama posando para uma das fotos feitas pela Revista VEJA



Fonte: Jefferson Coppola/VEJA

As fotos mostram de forma clara o contraste social existente entre Nelma e Eva, cujo história foi retratada no capítulo anterior.

Quando fala sobre possíveis constrangimentos causados pelo uso da tornozeleira eletrônica, Nelma cita um episódio com seus antigos amigos de faculdade de Odontologia – eles tinham um grupo no Whatsapp do qual Nelma não fazia parte, e, ao ser adicionada, foi insultada diretamente com mensagens dizendo que ela deveria ficar presa por muito tempo e que era uma das responsáveis pela crise que o Brasil enfrenta nos dias atuais (CHIARIONI, 2019, p. 135).

Cita ainda, um outro episódio no qual, segundo o DEIC (Departamento Estadual de Investigações Criminais), uma moradora disse ter sido assaltada e que um par de brincos e anel de rubi teriam sido levados de sua casa. As mesmas joias teriam sido oferecidas a Nelma por um comerciante, e ela, na hipótese de checar o valor das mesmas, teria enviado fotos à um vendedor experiente. As fotos vazaram rapidamente através da Internet, e Nelma publicou uma foto utilizando as joias em seu Instagram. Segundo conta, o mal-entendido foi o suficiente para a polícia conseguir um mandado de busca e apreensão e revirar o seu apartamento procurando indícios e ligações de Nelma com o assalto (CHIARIONI, 2019, p. 149).

Em diversos trechos do livro, Nelma ironiza o uso da tornozeleira e diz que *“tudo não passava de gozação”*, mas sempre com um *“fundinho de verdade”*:

(...) diversos vídeos que havia gravado pelas ruas, brincando da minha condição de presa do semiaberto. Tudo não passava de gozação, era só para preencher o tempo. Sempre com um fundinho de verdade, não é mesmo? (...) Em julho de 2019, fiz uma nova postagem no meu Instagram de uma fotografia com a tornozeleira e um sapato Chanel vermelho. Não poderia ser diferente. (...) A internet caiu matando e os jornalistas aproveitaram para repercutir o assunto: “Rainha do deboche”, escreveu um internauta; “Só em terras tupiniquins mesmo, piada”, comentou outro. A patrulha tirou a graça das coisas. Não se pode ter humor com mais nada.” (CHIARIONI, 2019, p. 147).

Nelma, já nas últimas páginas do livro, comenta a sua experiência: “Hoje, posso afirmar com certeza que esse balanço foi para lá de positivo. Fui acariciada com a gratidão de pessoas incríveis, que vinham me agradecer em sua simplicidade.” (CHIARIONI, 2019, p.141).

Nos últimos dias de 2019, após Nelma ser beneficiada pelo indulto natalino editado pelo então presidente Michel Temer, o juiz federal Danilo Pereira Júnior, da 12ª Vara de Curitiba autorizou a retirada da tornozeleira eletrônica de Nelma, que comemorou: *“Enfim, estou livre, livre, livre.”* (CHIARIONI, 2019, p. 160).

Hoje, ainda é possível acompanhar no Instagram de Nelma resquícios de sua vida luxuosa: viagens internacionais, fotos em aeroportos e grandes apartamentos.

7.CONCLUSÃO

O Brasil, sem dúvidas, precisa investir em uma sistemática que torne os dados cedidos pelos institutos supervisionadores unificados. O país tem tamanho continental, detêm uma das maiores populações carcerárias do mundo e ainda não conseguiu unificar uma base de dados segura e que opere com fidelidade estatística o que acontece na prática.

A falta da base de dados atrapalha a questão política, financeira e sobretudo social que o monitoramento eletrônico está relacionado. O sistema fracionado de dados faz com as informações sensíveis dos monitorados fiquem ainda mais vulneráveis.

O monitoramento, de fato, não solucionou o problema da superlotação carcerária, não foi capaz de reduzir os danos nocivos causados pelo cárcere, bem como não conseguiu

facilitar a reinserção do apenado na sociedade. Muito pelo contrário. Como visto pelos casos em tela, o estigma que a tornozeleira carrega consigo acaba identificando aquele que está em cumprimento de pena – o que faz com que este seja tido como invisível pela sociedade. Mas não são todas as classes sociais que pagam esse preço.

Não há dúvidas de que Eva sofrerá os efeitos da estigmatização decorrentes do uso da tornozeleira de forma muito mais direta e incidente do que Nelma Kodama.

Os desviantes sociais, os membros de minorias, as classes mais baixas, provavelmente colocam-se como estigmatizados e inseguros em relação à recepção dos demais indivíduos. Essa realidade é a experimentada pelos apenados que usam a tornozeleira de monitoramento eletrônico de presos. Os apenados monitorados, geralmente, possuem sua identidade social marcada pelo desvio. Além dos atributos pessoais que caracterizam sua origem social e que são usualmente associados a uma série de estereótipos que marginalizam, existe a dificuldade de realização de todo o processo de tentativa de ressocialização (CARVALHIDO, 2016, p. 116).

Apesar de Nelma ter sido ré em uma operação criminal de repercussão internacional e ter tido a sua imagem difundida em todos os meios de divulgação, bem como dados de sua vida pessoal e íntima, como localização geográfica de seus imóveis, divulgação de conversas íntimas, fotos de familiares, entre outros – sendo conhecida aonde quer que vá – Eva, ainda que anônima, sofre na prática, incidentalmente e de forma acentuada, todos os malefícios causados pelos efeitos colaterais do monitoramento eletrônico, que de forma alguma são considerados pelo sistema penal punitivista brasileiro quando da sua instauração, até os dias atuais.

Observamos, conforme os relatos, que Eva tem mais dificuldade em sustentar e manter sua família. Vê no tráfico a única escolha para ganhar dinheiro. Se sente envergonhada quando precisa sair em público com a tornozeleira. Sua família tem vergonha de seu passado e sua história. Enquanto Nelma usou da tornozeleira para publicar uma biografia e se promover nacionalmente em cima da espetacularização do direito penal causado pela midiática operação Lava Jato.

Segundo Baratta (2011) a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos revela um sistema penal de controle do desvio típico do direito burguês e se manifesta de forma clara no que se refere aqueles que são definidos e controlados como desviantes.

O direito penal precisa, por intermédio da aplicação da norma e suas relações dentro das classes sociais, se preocupar com seu papel exercido frente à uma sociedade que detém a distribuição desigual das definições criminais, principalmente diante de uma constante população excluída e marginalizada recrutada como criminosa dentro dos setores socialmente mais débeis do proletariado (BARATTA, 2011, p.179)

Apesar da seletividade de gênero ser gritante (tratamento penal observado para homens e para mulheres), devemos levar em consideração, antes de tudo, as preponderâncias causadas diretamente por diferenças gritantes de classes sociais. Nesse sentido:

(...) As mulheres ricas gozam dos privilégios de sua classe, enquanto as mulheres pertencentes às camadas populares dividem com seus companheiros de classe o ônus da exploração (HELPEZ, 2014, p.42).

Dessa forma, a seletividade do sistema penal atinge principalmente as camadas mais pobres da população, ao afirmar, a exemplo de casos como os de Eva, ou de Nelma – que na prática, quem sofre de modo mais gravoso as consequências do sistema são os (as) praticantes de condutas intrinsecamente ligadas à falta de oportunidades, o que consequentemente leva a pensar que existe um sistema penal pensado para os réus pobres, e outro pensado para os réus ricos (ZANINELLI, 2015, p. 55).

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana**. In CAMPOS, Carmen Hein de. Org. Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 19-80.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 253p.

Brasil. Departamento Penitenciário Nacional. **Modelo de gestão para monitoração eletrônica de pessoas [recurso eletrônico]** / Departamento Penitenciário Nacional, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento ; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília. Conselho Nacional de Justiça, 2020. Online.

CAMPELLO, R. A implementação do monitoramento eletrônico no Brasil. **Parecer elaborado no âmbito do Programa Justiça Sem Muros do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania**, 2015.

CARVALHIDO, Maria Luiza Lacerda. **Histórias de vida, prisão e estigma: O uso da tornozeleira eletrônica por mulheres no Estado do Rio de Janeiro**. 2016. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política)–Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Campos dos Goytacazes.

CAMPELLO, Ricardo Urquiza. **Faces e interfaces de um dispositivo tecnopenal: O monitoramento eletrônico de presos e presas no Brasil**. 2019. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

CHIARIONI, Bruno. **A imperatriz da lava jato: A vida da doleira que originou a maior operação de combate à corrupção no Brasil**. 1ª Ed. Editora Matrix: 2019.

CLEIDE CARVALHO. **Nelma Kodama, a doleira que teria trabalhado para o PT**. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/nelma-kodama-doleira-que-teria-trabalhado-para-pt-12351846>>. Acesso em: 7 Nov. 2021.

Condenada a 18 anos de prisão na Lava Jato, doleira deixa prisão no PR, Paraná, disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/06/condenada-18-anos-de-prisao-na-lava-jato-doleira-deixa-prisao-no-pr.html>>, acesso em: 8 Nov. 2021.

DE ANDRADE, Ueliton Santos; FERREIRA, Fábio Félix. Crise no sistema penitenciário brasileiro: capitalismo, desigualdade social e prisão. **Revista Psicologia, Diversidade e Saúde**, v. 4, n. 1, 2015.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

HELPE, SINTIA SOARES. **Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. 210p

MARIATH, Carlos Roberto. Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada. **Observatório de Segurança**, 2008.

MENDES, Soraia da Rosa. Processo penal feminista. **São Paulo: Atlas**, 2020.

L12258. Planalto.gov.br. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm>. Acesso em: 21 Apr. 2021.

LOPES JR, AURY; MORAES, Alexandre. **Quando os julgadores viram tubarões togados, algo se perdeu**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/limite-penal-quando-julgadores-viram-tubaroes-togados-algo-perdeu>>. Acesso em: 8 Nov. 2021.

LOPES, Rosalice. **Prisioneiras de uma mesma história: o amor materno atrás das grades**. 245fls. Tese (doutorado em psicologia) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

PORTAL EDUCACAO. **Portal Educação - Artigo**. Portaleducacao.com.br. Disponível em: <<https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/educacao/bauman-e-a-sociedade-de-consumidores-a-transformacao-das-pessoas-em-mercadoria/13883>>. Acesso em: 7 Nov. 2021.

ROSSI, Marina. **De tornozelo eletrônico na aula de "compliance."** EL PAÍS. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/20/politica/1569004713_856476.html>. Acesso em: 21 Apr. 2021.

SOUZA, Rafael. **Estado fará nova licitação para compra de tornozeiras eletrônicas.** 2021. Disponível em:

<<https://extra.globo.com/casos-de-policia/estado-fara-nova-licitacao-para-compra-de-tornozeiras-eletronicas-24917547.html>>. Acesso em 20 mar. 2021.

TAVARES, Júlia Alves. **Discussão sobre o uso de monitoramento eletrônico como alternativa à prisão em casa de albergado no regime aberto.** 2020.

ULLISSES CAMPBELL. **Nelma Kodama: “A tornozeira eletrônica me dá alergia.”** VEJA. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/nelma-kodama-a-tornozeira-eletronica-me-da-alergia/>>. Acesso em: 8 Nov. 2021.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras.** Editora Companhia das Letras, 2017.

ZANINELLI, Giovana. **MULHERES ENCARCERADAS: Dignidade da pessoa humana, gênero, legislação e políticas públicas.** Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da UENP: Jacarezinho, 2015.

DA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO PROCESSO PENAL.

RODRIGO DE AZEVEDO MARTINS:

Mestrando em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP. Advogado criminalista sócio do escritório Delmanto Advocacia.

RESUMO: O presente artigo se propõe a investigar a compatibilidade do sistema do livre convencimento motivado com a concepção democrática de processo penal, bem como apresentar as críticas formuladas por STRECK ao chamado solipsismo judicial. Metodologicamente, o exame pretendido advirá de estudo descritivo e exploratório. No primeiro capítulo, analisamos os três paradigmas filosóficos, além do chamado solipsismo judicial. O segundo capítulo objetiva examinar os sistemas de apreciação de provas no processo penal. O capítulo derradeiro questiona a legitimidade democrática do sistema do livre convencimento motivado, uma vez que se apoia, como demonstrado por STRECK, em um paradigma filosófico que historicamente confia na discricionariedade judicial. Conclui-se pela incompatibilidade do sistema do livre convencimento motivado com a concepção democrática de processo penal, dado que ele não somente prescinde de contornos suficientemente rigorosos para evitar discricionariedades, como, em certa medida, aposta nelas para a solução de casos.

Palavras chave: livre convencimento motivado; solipsismo judicial.

Introdução.

O objetivo central do trabalho a ser desenvolvido é investigar a compatibilidade do sistema do livre convencimento motivado com a concepção democrática de processo penal.

Entre os objetivos secundários deste escrito estão (i) a apresentação das críticas formuladas por STRECK ao chamado solipsismo judicial, denunciando o descompasso do direito em relação à filosofia, em razão de o primeiro não ter conseguido, até hoje, superar o paradigma subjetivista (esquema sujeito-objeto), e (ii) o exame dos sistemas de apreciação de provas no processo penal, sobretudo do sistema do livre convencimento motivado adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro.

A problemática a respeito da apreciação da prova para fundamentar e motivar a decisão judicial é milenar. De que forma pode o juiz, diante das provas produzidas no processo, decidir? Haveria algum tipo de peso pré-estabelecido para cada tipo de prova? Existiriam provas mais relevantes que as outras? Teriam, então, as provas, o mesmo peso? Poderia o juiz deixar de considerar uma das provas produzidas no processo no momento de decidir? As questões colocadas são meramente ilustrativas, postas a fim de escancarar a imensa gama de crises oriundas do tema.

A despeito das aludidas provocações, é inquestionável que a doutrina nacional e estrangeira já alcançou certos consensos. Os sistemas da íntima convicção (certeza moral do juiz) e da prova legal (prova tarifada, certeza moral do legislador), por exemplo, foram, conforme a doutrina processualista penal dominante no Brasil, superados, tendo sido acolhido o sistema o livre convencimento motivado.

Não apenas a doutrina, mas o Código de Processo Penal adota expressamente o sistema do livre convencimento motivado conforme o artigo 155, cuja redação estabelece que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A indagação motriz do presente escrito decorre da expressa adoção do sistema do livre convencimento motivado: seria ele compatível com a necessária noção democrática do processo penal?

STRECK, na obra "O que é isto – Decido conforme minha consciência?" (2013), demonstra o descompasso do direito com a filosofia, apontando que, enquanto esta superou, há muito, o paradigma subjetivista da modernidade, o mesmo não pode ser dito sobre o direito, o que traz gravíssimos efeitos práticos e, em última análise, fulmina a democracia. O juiz solipsista não é uma simples metáfora: é uma realidade a ser combatida.

Destarte, o primeiro capítulo se dedicará a trazer, ainda que de forma sucinta, a crise oriunda do solipsismo judicial denunciado por STRECK, apontando, também, o déficit paradigmático em que se encontra o direito.

O segundo capítulo, por sua vez, apresentará os sistemas de apreciação das provas, iniciando pelos sistemas da íntima convicção e da prova legal, para, após, descrever o que seria o sistema do livre convencimento motivado.

O derradeiro capítulo tem a pretensão de confrontar o sistema do livre convencimento motivado com a crítica de STRECK para responder, conforme o objetivo

central traçado, se tal sistema é, ou não, compatível com a necessária concepção democrática de processo penal.

Metodologicamente, portanto, o exame pretendido advirá de estudo descritivo e exploratório.

Será descritivo na medida em que tomaremos por base extensa bibliografia acerca dos sistemas de apreciação das provas, bem como analisaremos, conforme STRECK, o conceito de solipsismo judicial e a conseqüente crise da decisão conforme a consciência. Outrossim, será exploratório porque se pretende investigar a compatibilidade do sistema do livre convencimento motivado com a perspectiva democrática de processo penal consagrada pela Constituição Federal.

O presente escrito se justificaria única e exclusivamente pela proposta de investigar a compatibilidade da atuação do magistrado na esfera penal com a democracia. Mas não é só. O dogma da decisão conforme a consciência ou da sentença como ato derivado do “sentir” precisa ser superado, pois sua ampla aceitação na doutrina e nos tribunais torna inócua qualquer modificação legislativa que objetive extirpar possíveis arbítrios nas decisões judiciais.

1. Aportes acerca do solipsismo judicial, conforme STRECK.

Na lição de LOPES JUNIOR, citar alguma passagem pontual da obra de STRECK implicaria em inevitável reducionismo, “pois não daria a real dimensão do seu pensamento” (2020, p. 955).

Destarte, cumpre destacar que no presente capítulo buscaremos trazer as questões e controvérsias que julgamos determinantes para a análise pontual que se pretende. Utilizaremos, assim, as obras “O que é isto – decido conforme minha consciência?” (2013) e “Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck” (2020), bem como artigos publicados pelo próprio autor e pelo grupo de estudos hermêuticos DASEIN, do qual é coordenador.

1.1 Paradigmas filosóficos.

Ensina STRECK que a evolução da filosofia ao longo da história pode ser resumida em três fases.

Em um primeiro momento, a filosofia se ocupou da essência. Segundo a metafísica clássica, o sentido está na coisas. De forma direta: “as coisas têm sentido porque há nelas uma essência” (STRECK, 2013, p. 13). É ARISTÓTELES quem entende e projeta a metafísica

como ciência, descrevendo-a como a doutrina que tem como objeto de estudo os caracteres fundamentais do ser (STRECK, 2013, p. 13).

A superação do paradigma objetivista (aristotélico-tomista) se dá na modernidade, que marca o nascimento da subjetividade (paradigma subjetivista ou filosofia da consciência). Conforme STRECK, a máxima *cogito ergo sum*, de DESCARTES, e o desenvolvimento do eu transcendental de KANT são fundamentais para a compreensão dessa virada paradigmática (2013, p. 13). O homem da modernidade não mais se sujeita às coisas: ele as sujeita. Não mais as coisas têm uma essência a ser descoberta, mas, sim, um significado a ser determinado pelo sujeito (esquema sujeito-objeto).

Na modernidade, portanto, é a razão que explica o mundo, ou, mais precisamente, o sujeito dotado de razão domina os significados e os determina, e é nesse contexto que surge a corrente solipsista. Segundo a lição de STRECK, o solipsismo é “uma corrente filosófica que determina que exista apenas um Eu que comanda o mundo, ou seja, o mundo é controlado conscientemente ou inconscientemente pelo Sujeito” (2013, p. 61). A máxima de DESCARTES anteriormente citada é condição de existência do solipsismo, portanto, já que o pensamento, para essa corrente, é a única certeza da existência, sendo o solipsismo, de alguma forma, “resultado da própria modernidade” (STRECK, 2020, p. 109). Ainda segundo STRECK, para o solipsismo “o mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é” (2013, p. 61).

A superação da filosofia da consciência se dá no século XX a partir do que se convencionou denominar giro linguístico (*linguistic turn*). A ruptura paradigmática não se apoia apenas na invasão da linguagem na filosofia, assevera STRECK, mas também no abandono da antiga cisão entre teoria e prática (2013, p. 14).

Explicamos. ARISTÓTELES dividiu, na metafísica clássica, a filosofia teórica da filosofia prática. Enquanto a primeira teria como objetivo a observação de determinada realidade, a segunda questionaria as ações concretas. A problemática entre teoria e prática persistiu na filosofia moderna, quando KANT não somente cindiu sua “Crítica da Razão Pura” da “Crítica da Razão Prática”, como também acresceu o problema do solipsismo do sujeito transcendental (STRECK, 2013, p. 63).

O giro ontológico promovido por HEIDEGGER (e, mais tarde, WITTGENSTEIN, além de GADAMER) possibilita, de forma inédita na tradição filosófica, uma “reconciliação entre teoria e prática” ao mesmo tempo em que “ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação” (STRECK, 2013, p. 63).

É na linguagem, conforme STRECK, que se dá a ação; é na linguagem que o mundo se descortina; e é a linguagem que dá o sentido: “o sujeito surge na linguagem e pela

linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade ‘assujeitadora’, e não o sujeito da relação de objetos” (2013, pp. 14-15). Em substituição ao sujeito na condição de lugar último e fundamento da verdade (filosofia da consciência), HEIDDEGER insere o “mundo”, que, na filosofia hermenêutica, pode ser compreendido como “instância e espaço onde o significado é encontrado e produzido no contexto de um *a priori* compartilhado” (STRECK, 2013, pp. 18-19).

Desta forma, o objeto de conhecimento não pode ser pensado de modo diferente do que aparece, não sendo mais cabível, diante do giro ontológico-linguístico, aceitar que o sujeito determine e imponha os significados. É por esse motivo que STRECK exaustivamente sustenta a impossibilidade de se falar em “grau zero de sentido” (2013, p. 108), apoiando-se, inclusive, na metáfora de DWORKIN sobre o romance em cadeia (DWORKIN, 2003, p. 276). A linguagem é, portanto, condição de possibilidade para acessarmos o mundo, sendo certo que este é um “ambiente de significância, um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está a nossa disposição” (STRECK, 2013, pp. 61-62).

Feita a breve explanação acerca do paradigma objetivista, subjetivista e, por fim, da intersubjetividade (linguagem), analisaremos, no subcapítulo seguinte, o solipsismo judicial, conceito fundamental para que possamos alcançar o objetivo principal deste escrito.

1.2 Solipsismo judicial.

O solipsismo judicial é uma decorrência direta da filiação, por parte dos tribunais e de considerável setor doutrinário, ao paradigma da subjetividade, que perfectibiliza a metodologia da decisão conforme a consciência (STRECK, 2013, p. 33). Não se olvida, igualmente, de teses que promovem inadequada mixagem, confundindo o paradigma aristotélico-tomista com o da filosofia da consciência, resultando em conceitos absolutamente sincréticos e autocontraditórios (STRECK, 2013, pp. 33-34), como as apostas em súmulas vinculantes (STRECK, 2013, p. 59) e a deformação da teoria de ALEXY envolvendo ponderação e proporcionalidade (STRECK, 2013, p. 53).

De todo modo, é possível afirmar que a raiz do solipsismo judicial está na filiação, consicente ou não, à filosofia da consciência. Em sua obra “O que é isto – decido conforme minha consciência?” (2013), STRECK dissecou um sem número de decisões, demonstrando por meio de diversas passagens que, de forma mais ou menos explícita, a concepção do juiz enquanto senhor dos sentidos é amplamente difundida, sendo comum a afirmação no sentido de que “a interpretação (ou a sentença) ‘é um ato de vontade’” (2013, p. 34), entre outras expressões da mesma ideia. Acreditamos ser ilustrativo o voto proferido por um ministro do Superior Tribunal de Justiça em 2001:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém (BRASIL, 2001 *apud* STRECK, 2013, pp. 24/25).

O dogma da decisão judicial enquanto ato de vontade deve ser prontamente repellido, pois aceita-lo seria admitir que o juiz fabrica seu objeto de conhecimento (direito) e molda-o conforme sua vontade. É a convicção de que o direito é o que o intérprete quer que ele seja.

WITTGENSTEIN já demonstrou a impossibilidade de existência da linguagem privada (STRECK, 2020, p. 160). Sendo certo que o sentido do direito se dá antes do conhecimento do juiz, jamais partiremos, conforme anteriormente destacado, de um grau zero de sentido, de modo que a decisão judicial também está impossibilitada de fazê-lo, sob pena de converter-se em arbítrio.

O arbítrio, sobretudo aquele que é oriundo do juiz, deve ser repellido, por ser inevitavelmente antidemocrático. Contudo, na prática, seu afastamento costuma ser utilizado como “argumento e álibi teórico para a justificação da discricionariedade” (STRECK, 2013, p. 69) judicial⁹², característica comum dos positivismos (STRECK, 2013, p. 57).

O positivismo aposta na discricionariedade judicial diante da incapacidade da filosofia da consciência – paradigma filosófico em que o positivismo se apoia – de oferecer soluções para a “aporia decorrente da dicotomia “razão teórica/razão prática” (STRECK, 2013, p. 67), de modo que o estudo da prática é desprezado em relação ao estudo da teoria.

A crise de toda e qualquer corrente que aposta na discricionariedade para resolver o problema da decisão judicial, segundo STRECK, é que, em maior ou menor escala, subsistirá, ali, uma aposta no sujeito solipsista. Em apertada síntese, o sujeito solipsista

⁹² Aqui, tratamos somente da discricionariedade judicial, não da discricionariedade administrativa.

seria “essa consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir” (STRECK, 2013, p. 61), e que é, sem dúvida, anacrônico, já que após o giro ontológico-lingüístico:

(...) não é mais possível pensar que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista). O giro ontológico-lingüístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos “fora” de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo (STRECK, 2013, p. 61).

Se, conforme STRECK, entre a arbitrariedade e a discricionariedade não há uma fronteira clara (2013, p. 68), o risco democrático em confiar na discricionariedade judicial é evidente. Legitimar a discricionariedade judicial equivale a autorizar o juiz a dispor dos sentidos, como se fosse proprietário deles e dos seus meios de produção (2013, p. 69). É, em outras palavras, hipertrofiar o papel do indivíduo e expandir a subjetividade ao seu limite, isolando o juiz do restante do mundo e possibilitando decisões e interpretações próprias, sem compromisso com nada além da consciência do intérprete, ainda que supostamente amparada pela lei ou Constituição.

Assim, podemos definir, de forma sucinta, o solipsismo judicial como uma acepção filiada ao paradigma da subjetividade que se encontra impregnada na doutrina e prática jurídicas, sacralizando a atividade judicante, obscurecendo a atividade de julgar e tornando-a inacessível à crítica (MADEIRA, 2020, p. 194). Ainda, acreditar no solipsismo judicial equivale a crer que o juiz possuiria características próprias e específicas que tornariam-no “capaz de dizer o que é bom, justo, certo e verdadeiro para o restante da sociedade, em especial, para aqueles que sofrerão os efeitos de suas decisões, notadamente, as partes” (MADEIRA, 2020, p. 194).

2. Sistemas de apreciação de provas.

Analisaremos os três sistemas consagrados de valoração das provas, apontando suas principais características, com destaque para o sistema do livre convencimento motivado adotado pelo Brasil, para que possamos atingir o objetivo central deste escrito.

2.1. Sistema da prova legal e sistema da íntima convicção.

Conforme DEZEM, o sistema da prova legal é típico do sistema inquisitivo (em contraponto à concepção moderna de processual penal acusatório), e tem por base a ideia de que certos meios de prova possuem um valor, ou peso, pré-fixado, inalterável pelo magistrado (2020, p. 623). Ressalta BADARÓ que a fase rudimentar do sistema da prova legal tinha como característica a prevalência de ordálias ou Juízos de Deus, sendo presentes

também os duelos (2015, p. 423). O juiz permanecia vinculado à revelação divina sobre a prova, devendo tão somente segui-la. Somente após o sistema da prova legal evolui para o sistema da prova tarifada, cuja característica fundante é a expressa previsão legal acerca dos “meios de prova aptos a provar cada fato e qual o valor de cada meio de prova” (BADARÓ, 2015, p. 423), conforme apontado por DEZEM.

Não há que se falar, quanto a esse sistema, em liberdade do magistrado, estando restrita, ao máximo, sua possibilidade de atuação⁹³. LOPES JUNIOR traz a síntese de BACILA, para quem, foi “o medo da falha humana que fez com que este sistema falhasse como um todo” (2002, p. 100 *apud* 2020, p. 419).

O sistema da íntima convicção, por sua vez, “surge como uma superação do modelo de prova tarifada” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 420). É o extremo oposto do sistema da prova legal, na medida em que não há qualquer limite imposto ao julgador para valorar a prova, sequer se falando em dever de fundamentação das decisões.

A reação ao sistema anterior (oriundo do positivismo exegético) é evidentemente desproporcional e antidemocrática, mas ainda encontra eco no Código de Processo Penal pátrio. A decisão dos jurados, como apontam DEZEM (2020, pp. 622/623), LOPES JUNIOR (2020, p. 420) e BADARÓ (2015, p. 415), é tomada com absoluta liberdade, sem necessidade de fundamentação ou motivação: basta que indiquem “sim” ou “não” ao responderem os quesitos formulados⁹⁴.

2.2. Sistema do livre convencimento motivado.

O sistema do livre convencimento motivado, expressamente adotado pelo Brasil conforme o artigo 155 do Código de Processo Penal, confere, segundo DEZEM, ampla liberdade para o juiz “quanto ao contexto probatório havido nos autos” (2020, p. 624). O risco de decisões arbitrárias presente no sistema da íntima convicção seria combatido pela dever, por parte do magistrado, de fundamentar e motivar amplamente suas decisões, apesar do livre convencimento.

⁹³ Importa dizer, também, que é desse sistema que decorre a ideia de que a confissão é a rainha das provas (DEZEM, 2020, p. 623).

⁹⁴ Necessário apontar que a incompatibilidade da íntima convicção dos jurados com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal é apontada pela doutrina (DEZEM, 2020, pp. 622/623), sendo também relevante a crítica de LOPES JUNIOR, para quem a íntima convicção dos jurados permitiria um retrocesso, inclusive, ao nefasto direito penal do autor, sem olvidar a possibilidade de decisão contrária à prova dos autos (2020, p. 420).

LOPES JUNIOR, todavia, ressalva que, mesmo diante do suposto freio ao arbítrio consubstanciado no dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, há que se perquirir com mais afinco o alcance da liberdade do magistrado na formação da convicção.

Assim, a liberdade do magistrado não permite que ele substitua a prova por conjecturas, ou, “por mais honesta que seja, sua opinião” (LEONE, 1963, p. 157 *apud* LOPES JUNIOR, 2020, p. 421). Também não pode o juiz avalizar uma decisão que reflita sua opinião pessoal, independentemente de o magistrado não estar vinculado à vontade da maioria, ou, ainda, suprimir “a dinâmica da dialeticidade do processo, cabendo a ele respeitar o tempo da acusação, da defesa, da prova e da própria maturação do ato decisório” (LEONE, 1963, pp. 158/159 *apud* LOPES JUNIOR, 2020, p. 421).

Destarte, concordando com STRECK, LOPES JUNIOR afirma que, por se tratar de um poder, é premente a necessidade de impor rígidos controles ao livre convencimento (que é muito mais limitado, como vimos, do que livre), evitando, assim, que o “juiz julgue ‘conforme a sua consciência’, dizendo ‘qualquer coisa sobre qualquer coisa’” (2020, p. 422).

3. Da necessária supressão do termo “livre”, instaurando-se o sistema do convencimento motivado.

Conquanto se afirme que o sistema do livre convencimento motivado seja um aprimoramento em relação aos sistemas da íntima convicção e da prova legal, constituindo-se em uma espécie de modelo ideal entre os dois, é preciso reconhecer que ele ainda se encontra atado ao paradigma subjetivista.

A filosofia da consciência que marca a modernidade, conforme apontado por STRECK em capítulo anterior deste escrito, foi, há muito, superada. Hoje, a filosofia parte do intersubjetividade, de modo que o livre convencimento motivado só seria aceitável se o direito estivesse separado da filosofia (STRECK, 2016, p. 4).

Não negamos, por óbvio, o progresso que o sistema do livre convencimento motivado representa em relação aos seus antecessores. A pretensão de conter o arbítrio judicial por meio do dever de fundamentar detidamente as decisões judiciais é coerente com a perspectiva democrática de processo penal instituída pela Constituição Federal brasileira.

O equívoco, todavia, está em aceitar que a decisão possa ser, em menor ou maior escala, “o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo” (STRECK, 2013, p. 50). É que, independentemente dos freios que se pretenda inserir, qualquer teoria que pretenda confiar na vontade do intérprete, conforme STRECK, possibilita arbitrariedades (2013, p.

50), o que é facilmente identificável ao analisar a jurisprudência pátria, como o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados (BRASIL, 2008 apud STRECK, 2013, p. 26).

Nos termos que expusemos anteriormente, o arbítrio ou discricionariedade judicial que buscamos extirpar do processo penal pátrio é fruto da aposta no solipsismo judicial. A filosofia da consciência, não conseguindo resolver a aporia oriunda da dicotomia entre razão teórica e razão prática, abandonou as questões relativas à segunda do seu campo de investigações. Por conseguinte, insistir em um sistema que segue pautado no paradigma subjetivista – na medida em que confere ao juiz o “livre” convencimento motivado –, equivale a plantar uma árvore em solo sabidamente infértil. É somente incorporando o direito no paradigma da intersubjetividade que alcançaremos resultados concretos, sendo necessário assumir que “o direito não é uma mera racionalidade instrumental” (STRECK, 2013, p. 90).

A partir da hermenêutica, assevera STRECK, “não há mais espaço para qualquer tipo de raciocínios que levam à discricionariedade judicial, justamente pelo fato de ter superado o problema filosófico que aí se instaura, o solipsismo” (2020, p. 112). A filosofia hermenêutica (HEIDEGGER e WITTGENSTEIN, por todos) e a hermenêutica filosófica de GADAMER têm sua utilização fundada a partir da introdução do mundo prático na filosofia, algo que nem o paradigma essencialista-objetivista ou a filosofia da consciência foram capazes de fazer (STRECK, 2013, p. 62). Outorgando os devidos créditos, ainda, à teoria integrativa de DWORKIN, que é compatível com essa compreensão, é evidente pretensão dos autores citados de controlar o voluntarismo e a subjetividade solipsista “a partir da força da tradição, do círculo hermenêutico e da incindibilidade entre interpretação e aplicação⁹⁵” (STRECK, 2020, p. 112).

⁹⁵ A cisão entre interpretação/compreensão e aplicação é afastada pela hermenêutica: “Compreender é primeiro um modo de ser e um modo de acontecer. Por isso (...), compreender, e, portanto, interpretar (compreender é interpretar, pois interpretar é explicitar o que se compreendeu), não depende de um método. Existe um processo de compreensão prévio (pré-compreensão) que antecipa qualquer processo de interpretação e que é fundamental” (STRECK, 2013, p. 79). É por isso que GADAMER diz que não se interpreta por etapas (STRECK, 2013, p. 91).

Se, no paradigma da intersubjetividade, o outro se faz necessário para que eu possa compreender o mundo, então é seguro afirmar que indivíduo não se basta. Por conseguinte, não há que se falar em livre convencimento motivado, pois fazê-lo seria insistir que o intérprete, suficiente em si, pudesse proceder à valoração da prova conforme sua consciência (ainda que limitada pela necessidade de motivação conforme exigido pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal⁹⁶).

Deste modo, o que se pretende com o abandono do paradigma da subjetividade é a renúncia da aposta na discricionariedade judicial, e não a sua mitigação ou limitação. Sempre haverá uma resposta adequada à todo caso concreto, a qual não depende da consciência do intérprete. Ainda que o livre convencimento motivado tenha sido importante em determinado contexto e quadra histórica, é preciso superá-lo, tomando do intérprete algo que nunca foi verdadeiramente dele: a autoridade sobre os sentidos.

Não são os valores pessoais limitados pela necessidade de motivar – se é que isso é verdadeiramente possível⁹⁷ – que incorporarão a decisão judicial, mas os princípios do direito e o próprio texto constitucional. É nesse sentido que o grupo de estudos hermenêuticos coordenado por STRECK, o DASEIN, afirma categoricamente em breve artigo: “a autoridade é do direito, não daquilo que o julgador diz ser o direito. A decisão sobre provas e elementos e ‘questões práticas’ se dá por princípio. E princípios, sempre lembra STRECK, não são valores” (2020).

Sendo assim, é evidente que a provocação a respeito da necessidade de suprimir o termo “livre”, instaurando o sistema do “convencimento motivado” não seria suficiente para a ruptura paradigmática que pretende STRECK, mas é irrefutável que quanto menos elementos o ordenamento jurídico fornecer para os arbítrios, melhor será a perspectiva de adotarmos um sistema de valoração de provas que ofereça contornos verdadeiramente democráticos. É preciso desistir, de uma vez por todas, das apostas que fizemos na incontrolável discricionariedade judicial.

Conclusão.

⁹⁶ Cumpre destacar que, se de fato o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal fosse suficiente para limitar a discricionariedade e o arbítrio por parte de juízes, desembargadores e ministros, não haveria qualquer necessidade de inserir, no caso do Código de Processo Penal, o artigo 315, que replica o texto do Código de Processo Civil e dispõe parâmetros objetivos para que uma decisão judicial seja considerada motivada e fundamentada.

⁹⁷ O ministro MARCO AURÉLIO MELLO afirmou em entrevista ao CONJUR: “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio” (2010).

O presente escrito cumpriu seu objetivo principal, tendo concluído que o sistema do livre convencimento motivado não se compatibiliza com a noção democrática de processo penal, uma vez que se trata de um sistema preso no paradigma subjetivista e, portanto, arraigado no esquema sujeito-objeto, como se o indivíduo pudesse ser senhor dos sentidos, determinando-os independente de pré-compreensões e ignorando que somos seres no mundo. A negação do chamado "*a priori* compartilhado" redundaria na noção individualista marcante da modernidade, que, conquanto tenha sido superada pela filosofia da intersubjetividade, ainda é encampada pelo direito, conforme expusemos no primeiro capítulo. De igual maneira, ainda que o sistema do livre convencimento motivado tenha representado notável avanço em relação aos demais sistemas de valoração de provas, é preciso reconhecer que ele ainda é insuficiente para solucionar o déficit interpretativo de que padecem os tribunais brasileiros, fulminando a segurança jurídica e, em última análise, a própria democracia.

Referências.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DASEIN, Núcleo de Estudos Hermenêuticos. *Livre convencimento, as críticas de Streck e as críticas às críticas*. Revista Consultor Jurídico, 7 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-07/diario-classe-livre-convencimento-criticas-streck-criticas-criticas>. Acesso em 19 jun. 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *O que é solipsismo judicial?* Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 126, fev./mai. 2020, p. 191-210. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1916>. Acesso em: 19 jun. 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 6. ed. Forianópolis: EMais, 2020.

STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio. *Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente?* Revista Consultor Jurídico, 5 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-05/senso-incomum-livre-convencimento-ncpp-nao-apanharam-suficiente>. Acesso em 19 jun. 2021.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

IMPORTÂNCIA DO MARKETING DE VENDAS COMO FERRAMENTA DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA

ANTÔNIA MÔNICA RIBEIRO NASCIMENTO:

Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito (Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA). Licenciada em Pedagogia (Faculdade de Educação Santa Teresinha – FEST). MBA em Gestão Estratégica Empresarial e MBA em Gestão de Operações e Logística (ambos pela UNISULMA).

THIAGO SOUSA SILVA

(orientador)⁹⁸

RESUMO: Este trabalho que tem como objetivo analisar a importância do marketing de vendas como ferramenta de lucratividade e crescimento. Neste novo milênio, onde se dá relevância ao marketing, é importante considerar, nos estudos organizacionais, a perspectiva da competitividade em todos os setores da empresa, principalmente o de vendas. Desta forma, as organizações devem repensar sua maneira de conduzir negócios, seu posicionamento no mercado e suas estratégias empresariais consecução de suas metas no que se refere ao marketing de vendas. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica como principal fonte de coleta de dados e informações. Por meio dos estudos bibliográficos foi possível chegar ao objetivo desejado e constatar que de fato o marketing de vendas é uma ferramenta relevante para a lucratividade e crescimento de todos os setores da empresa uma vez que por meio da publicidade e propaganda pode-se atrair diversos tipos de consumidores e desta forma gerar crescimento no número de vendas e consequentemente alavancar os lucros da organização empresarial.

Palavras-chave: Importância. Marketing de vendas. Lucratividade. Crescimento.

ABSTRACT: This work aims to analyze the importance of sales marketing as a tool for profitability and growth. In this new millennium, where marketing is given relevance, it is important to consider, in organizational studies, the perspective of competitiveness in all sectors of the company, especially sales. Thus, organizations must rethink their way of conducting business, their positioning in the market and their business strategies, achieving their goals with regard to sales marketing. As a methodology, bibliographic research was used as the main source of data and information collection. Through the

98 Professor Orientador, Thiago Sousa Silva, Administrador, Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional, MBA em Gerenciamento de Projetos

bibliographic studies it was possible to reach the desired objective and to verify that in fact sales marketing is a relevant tool for the profitability and growth of all the company's sectors, since through advertising and propaganda it is possible to attract several types of consumers and thus generate growth in the number of sales and consequently leverage the profits of the business organization.

Keywords: Importance. Sales Marketing. Profitability. Growth.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Conceito de marketing – 3. Composto de marketing – 3.1 Mix marketing - 3.2 Estratégias de marketing – 4. Administração de vendas - 4.1 Definição de vendas - 4.2 A venda como ferramenta de marketing - 4.3 Propaganda - 5. Considerações finais - 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

Atualmente discute-se que conhecer e antecipar os desejos dos clientes virou uma obrigação, pois há muito tempo sabe-se que reter custa menos do que adquirir e muito menos do que recuperar. Tudo isso começou com a mudança de orientação das empresas que, ao longo do tempo, vem transformando sua relação com seus consumidores, passando de foco no produto para o foco no cliente e, finalmente, para foco do cliente.

Entretanto é preciso deixar bem claro que marketing de vendas é essencial, pois consiste em desenvolver e gerenciar estratégias integradas, para que os pontos de contato entre a empresa e os seus públicos durante a venda sejam administrados, com o objetivo de aumentar a rentabilidade e lucratividade da empresa ao longo do tempo.

Em relação à metodologia, foi utilizada basicamente a pesquisa bibliográfica através de livros e artigos relacionados ao tema em questão. Diante dos fatos relatados, pode-se afirmar que é bastante pertinente este trabalho que tem como objetivo analisar a importância do marketing de vendas como ferramenta de lucratividade e crescimento.

2 CONCEITO DE MARKETING

É relevante salientar que o marketing tem sido definido de várias maneiras, algumas dessas maneiras estão registradas na organização por pessoas envolvidas no assunto. Las Casas (2004, p. 26), define marketing como:

A área do conhecimento que engloba todas as atividades concernentes relações de troca, orientadas para a satisfação dos desejos e necessidades dos consumidores, visando alcançar determinados objetivos da organização ou indivíduo considerando

sempre o meio ambiente de atuação e o impacto que estas relações causam no bem estar da sociedade.

Sem dúvida, são vários os conceitos e definições em torno do marketing e tudo a ver com esse termo tão citado na administração. Logo abaixo é possível visualizar outra visão do marketing. É um processo social gerencial pelo qual indivíduos e grupos obtém o que necessitam e desejam através da criação, oferta e troca de produtos de valor com os outros, destaca Kotler (1998, p.27).

Na busca por uma melhor transformação para a organização, É imprescindível que toda equipe deve sempre manter a satisfação da qualidade, gerando a inovação no mercado consumidor. Kotler (2004) afirmam que o marketing hoje não deve ser visto apenas como vendas e propagandas. Apesar de estas constituírem duas das várias funções do marketing, este vai muito além, e deve ser entendido como “satisfazer as necessidades dos clientes”.

No Marketing deve se obter a multiplicidade de fatores voltados para designar expectativas ao cliente, fatores como: a atenção, o respeito, a preocupação constante em se identificar os desejos e necessidades dos clientes, direcionando todas as ações das empresas à satisfação dessas necessidades. É saber o que o consumidor quer e oferecer esse produto ou serviço a ele, agregando assim, uma oportunidade de negócio, conquistando o cliente de maneira que se obtenha sua fidelidade acima de tudo, convertendo essa parceria gerada através da satisfação do seu consumidor em estabilidade no mercado, ou como diria Kotler (1999, p. 54) “marketing é a arte de descobrir oportunidades, desenvolvê-las e lucrar com elas”. Analisando assim, podemos entender que devemos ter originalidade quanto à procura de oportunidades, planejar a melhor informação e fazer com que a mesma seja fonte de lucro para o futuro da empresa.

Segundo Peter Drucker (apud Kotler, 1998, p. 22). “[...] marketing é tão básico que não pode ser considerado uma função separada. É o negócio total do ponto de vista de seu resultado final, isto é, do ponto de vista do consumidor [...]”.

O marketing não é mais um “setor” ou “departamento” dentro de uma empresa, ele faz parte da organização como um todo e está presente em todas as etapas de um produto ou serviço, desde sua concepção até a pós-venda. O marketing possibilita saber de antemão o que o mercado espera, para que se possa sanar essa necessidade e evoluir constantemente de acordo com a evolução do cliente.

Segundo Minarelli (2000, p. 6) o marketing atual tem a função de “fazer com que o outro perceba as vantagens e se sinta realmente recebendo alguma coisa em seu

benefício”, portanto, sem entender o comportamento, expectativas e desejos do outro - o cliente - não se é capaz de conquistá-lo e muito menos fidelizá-lo, afinal, a empresa como um todo, tem que estar direcionada para a conquista da preferência do cliente como fato gerador de estabilidade e lucratividade, não apenas fazendo o que ele quer, mas indo muito além das suas expectativas.

Para Cobra (1997, p. 16), “Manter os clientes satisfeitos não basta, ou seja, não se mantêm clientes apenas satisfeitos. É preciso encantá-los, ou melhor, é preciso surpreendê-los”. [...] “Cliente satisfeito é cliente feliz. Essa é a meta do marketing”.

O marketing supõe então incentivar o consumo de produtos e serviços que tragam melhorias na qualidade de vida dos clientes, de acordo com as suas necessidades, desejos e qualidade, preço e acesso, ou seja, produtos e serviços que tenham valor agregado.

3 COMPOSTO DE MARKETING

O composto de marketing ou mercadológico, estar no domínio de se adequar às estratégias que contemplem decisões da base de marketing que poderão ser relacionados ao mercado garantindo melhor eficácia no intuito de atingir um público-alvo. Boone e Kurtz (1998, p. 19) consideram que:

A tomada de decisões em marketing pode ser dividida em quatro estratégias: de produto, de preço, de distribuição e de comunicação. Seu conjunto forma o composto de marketing, ou marketing mix – mistura dos quatro elementos de estratégia para atender às necessidades e preferências de um mercado-alvo. Cada estratégia é uma variável no composto.

A equipe responsável pela tomada de decisões referente ao composto de marketing deve saber distribuir cada composto adequadamente, caso contrário, comprometerá a imagem da empresa, e sua relação juntamente com o mercado.

3.1 Mix Marketing

O composto de marketing ou Mix de Marketing são componentes que determinam ações mercadológicas. Seguindo o conceito de Baker (2005, p.427) diz que, é o conjunto de ferramentas disponível para uma organização a fim de modelar a natureza das suas ofertas aos clientes.

Porém, conduz que essas ferramentas são centradas para a identificação de atividades onde o administrador deverá estudar suas decisões pertinentes para a

organização. Para Sant'Anna (2002 p.19) "Marketing-mix é a estratégia mercadológica", ou seja, o mix de marketing ou marketing – mix será a ênfase em se obter um planejamento que o gestor de marketing pode implementar em seus objetivos para atingir suas metas.

Para Rocha (2001 p.10) afirma que:

De todas as fases do processo de marketing, a mais famosa é o desenvolvimento do mix de marketing. Ele consiste em todas as ações da empresa com a intenção de influenciar a demanda do seu produto. Cada um dos seus 4P's conta com ferramentas específicas.

Basicamente na utilização dessas fases que compõem o composto mercadológico cabe aos profissionais da área efetivar a construção do trabalho de marketing para que a organização cresça simultaneamente, e convença o consumidor através de um trabalho árduo e atrativo.

Justifica-se então que mix de marketing ou composto de marketing, trata-se da abordagem dos 4 P's para a seleção de ferramentas no intuito de alcançar os objetivos traçados no planejamento da organização. O esquema de: Produto, Preço, Praça ou (Ponto de venda) e Promoção foi proposto por McCarthy em 1960.

Conforme Las Casas (2005, p.17), "em qualquer trabalho de comercialização o administrador deverá realizar um planejamento das quatro variáveis".

À luz de McCarthy e Perreault (1997, p.148) "O conceito dos 4Ps também é mencionado por diversos autores como um dos mais significativos esforços de definição do escopo de marketing".

Dessa forma é possível analisar que as organizações conduzem atributos para diferenciar o rigoroso mercado dos seus concorrentes. Existem diversas definições a respeito do Composto de Marketing ou Mix de Marketing, mas todas elas nos levam ao mesmo significado, ou seja, um conjunto de elementos organizados e que resumem as atividades realizadas pelo Marketing.

De acordo com Campos (1998, p.97) "composto de marketing é o conjunto de ferramentas que a empresa usa para atingir seus objetivos de marketing no mercado-alvo." Verifica-se que esse programa, deve integrar-se ao marketing, proporcionando ao cliente à conscientização de que a empresa preocupa-se por prestar um serviço de qualidade.

Todavia existem vários conceitos sobre o Produto, engajado no Composto de Marketing. Para (MCCARTHY E PERREAULT, 1997, p. 148) "Produto significa a oferta de uma empresa que satisfaz a uma necessidade".

Entende-se o produto como um elemento ofertado pelas organizações ao um mercado que possua necessidades a serem atendidas, de modo que exponham estes bens garantindo maior produtividade tanto como um bem palpável ou não-palpável.

Segundo Kotler (2004, p.416): "Produto é algo que pode ser oferecido a um mercado para satisfazer uma necessidade ou desejo". O consumidor atualmente, está sempre em busca de novos desejos, novas necessidades e realização pessoal, tudo isso em períodos relativamente curtos, por isso é necessário que a empresa entre em consenso com toda sua equipe de estar renovando seus produtos que ao ser lançado deverá ser avaliado afim de atender aos seus respectivos membros.

Outro fator de associação na qual podemos referir é o Preço. Neste sentido, Nickels e Wood (1999, p. 222) definem preço como sendo "(...) quantidade de dinheiro ou algo mais de valor que a empresa pede em troca de um produto"; Em sentido mais amplo, o fator econômico da organização viabiliza a influência do controle monetário para a análise de lucro e desenvolvimento da empresa.

Segundo Vaz (2003, p.80) "preço é a qualificação monetária do valor do produto", ou seja, ao ser formulado o preço de um produto, uma série de fatores são focados como: Custo, circunstâncias do mercado no que diz respeito ao equilíbrio entre demanda e oferta, concorrência e etc.

Após a produção é necessário colocar este produto à disposição do consumidor e o meio como isso é feito é essencial. Ressalta-se que, é preciso analisar e verificar a Praça ou o Ponto de distribuição em que esse produto será ofertado. Sabe - se que quando a praça é oportuna, causa reflexo imediato, porém é a partir da Praça ou Ponto de distribuição que o consumidor terá acesso e interesse sobre o produto que está sendo ofertado.

Vaz (2003, p.81) afirma que as atribuições de praça vão muito mais além, "Praça é toda estrutura de distribuição de produtos, no atacado e no varejo, englobando ainda o acompanhamento de qualidade após o ato de venda", ou seja, dentre as atribuições de praça estão a assistência técnica e os serviços necessários ao bom atendimento do consumidor.

Entende-se por Promoção de um produto a comunicação entre quem vende e quem compra este produto. Segundo Nickles e Wood (1999, p. 320). "O objetivo da comunicação integrada de marketing é manter um diálogo com os clientes e outros grupos de interesse, permitindo que a empresa responda de forma rápida à suas necessidades e desejos em constante mutação". A melhor forma interagir através de anúncios e o uso frutífero de boas estratégias motivadoras para maior destaque na comunicação, embasa eficazmente e torna-se dinâmico e criativo o momento que a publicidade impacta o consumidor e retém sua atenção.

Porém, Vaz (2003, p. 80) informa ainda não apenas as atribuições da promoção, mas também suas ferramentas principais, o autor ainda afirma que, a promoção "compreende a elaboração das mensagens mais adequadas para persuadir os diversos segmentos de mercado através de técnicas de publicidade, propaganda, merchandising de promoção de vendas e de relações públicas". Independentemente da situação financeira do cliente, caso a promoção seja realmente tentadora, assim como também bem apresentada e visualizada pelo cliente, é quase certo que terá êxito.

3.2 Estratégias de Marketing

O conceito de estratégia é amplo, porém o propósito é estimular uma visão mais formalizada para estabelecer planos de procedimentos para o futuro escolhido. Andrews (1974, p.59) define estratégia como:

Conjunto dos principais objetivos, propósitos e metas, e as políticas e planos essenciais para alcançar essas metas estabelecidas de tal forma que definam em que classe de negócios a empresa está ou quer estar e que classe de empresa é ou quer ser.

Na inspiração de Kotler (1998, p.71) que afirma estratégia com a seguinte visão: "Os princípios gerais por meio dos quais uma unidade de negócios espera alcançar seus objetivos de marketing em um mercado-alvo".

A estratégia é um recurso que oferece condições de mudança que atualmente atinge as empresas, essas por sua vez programam a estratégia e notam que seu uso, é complexo e seu custo é alto. Portanto, constantemente questionada sempre como ferramenta de gestão merece atenção, exercendo assim resultados não apenas para a empresa, mas também para as amplas organizações.

4 ADMINISTRAÇÃO DE VENDAS

É importante lembrar que a Administração de Vendas está diretamente ligada a promoção, propaganda e divulgação da marca e imagem da empresa. Pelo fato da venda ser considerada uma comunicação direta com o consumidor.

Segundo Cobra (1994, p.60): “Administração de vendas é um processo dinâmico que realiza os objetivos de negócios da empresa como um todo e, em particular, os objetivos de marketing”. Daí, a importância de estudar e compreender a Administração de Vendas.

4.1 Definição de vendas

Não adianta falarmos de marketing, sem focar no entendimento de vendas. Na visão de Rocha (2008, p.151) que define vendas da seguinte forma: “Venda é a concretização do negócio entre o vendedor e o comprador”.

Em um sentido mais amplo Rackham (apud Kotler 1998, p.618): “O processo de venda movimenta-se desde as investigações preliminares sobre os problemas e necessidades do cliente passando pela demonstração da capacidade do fornecedor e finalmente chegando-se a um compromisso a longo prazo”.

Justifica-se que alguns clientes preferem preço atrativo e coerente para que possam obter o fechamento de um bom negócio, enquanto outros fundamentam na qualidade do produto. Implica dizer que o Marketing direciona às atividades que determina a viabilidade do estudo constante de dois personagens principais: o consumidor e as tendências de mudanças do mercado.

Com base nesses dados citados, pode-se afirmar que é importante para uma empresa tratar os clientes de forma personalizada, pois cada pessoa traz para empresa um papel fundamental para o crescimento da organização; além do mais, para que um consumidor se desloque de um determinado local, conseqüentemente, é o fato de suprir uma necessidade ou desejo que se influencia e que se leva em conta.

O cliente, muitas vezes, é influenciado por algum fator ao qual o mesmo denota-se do motivo de influência no comportamento de compra. Pinheiro (2004 p.21) diz que:

O estudo do comportamento do consumidor é de fundamental importância para os profissionais de marketing, posto que a criação de estratégias eficazes de marketing deve levar em consideração as características individuais, sociais e culturais, além das influências situacionais que interferem no momento da compra.

Infelizmente muitas empresas não estão aptas para atender essas exigências, já que nem todas as empresas contam com profissionais para essa finalidade.

Portanto, Pinheiro (2004) ainda afirma que, os fatores que influenciam o comportamento de compra podem ser classificados em três níveis; e são eles: Fatores Psicológicos, fatores Socioculturais e fatores Situacionais.

4.2 A venda como ferramenta de marketing

Compreende-se que o departamento de venda ocupa uma posição em destaque nas empresas, o setor é viável de extrema comunicação com o mercado, os objetivos e as estratégias da empresa, tendo como missão atingir ou superar as expectativas através do correto posicionamento do empreendimento, da constante habilidade e aptidão por parte das equipes.

À medida que as empresas adotam uma abordagem mais forte de orientação ao mercado, suas forças de vendas tornam-se cada vez mais focadas no mercado, e mais orientadas ao cliente. Segundo a antiga visão, os vendedores deveriam se preocupar com as vendas, e a empresa, com os lucros. Já a visão corrente sustenta que eles não devem se limitar apenas a produzir vendas - devem também saber como produzir satisfação para o cliente e lucro para a empresa. Além de ganhar novos clientes e fazer vendas, devem estar habilitados a auxiliar à empresa a criar relacionamentos duradouros e lucrativos com os clientes (KOTLER, 2003, p.416).

Diante dessa avaliação é importante que se tenha o hábito de construir um gerenciamento com uma análise, planejamento, implementação e controle das atividades a serem executadas. A empresa deve criar várias estratégias para o profissional de vendas, este por sua vez deve ter conhecimento cultuando a segurança no momento de repartir a responsabilidade sobre as vendas, buscando sempre a melhor comunicação em cima dos produtos oferecidos e focalizando os tipos de clientes. As fases mais destacadas no processo de vendas são:

1. Pré-venda: fase de desenvolvimento do planejamento e a concretização de inúmeras atividades que irão auxiliar a sequência do processo de vendas.

2. Venda: fase de acompanhamento do recebimento do produto, informação ao cliente sobre o pedido e acompanhamento do pedido internamente.

3. Pós-venda: fase que inclui a assistência técnica, o fornecimento de peças para reposição e manutenção, garantia troca rápida, acompanhamento da instalação e utilização do produto (MOREIRA, 2000, p.45)

É preciso dominar técnicas de vendas se quiser impactar a empresa com bons resultados, diante dessa afirmação acredita-se que para essa habilidade, o gestor deve desenvolver para seus membros constantes treinamentos que a partir daí detém-se benefícios de comportamento e atitudes por parte dos seus colaboradores.

Diante da experiência de Luppa (2007, p.120) afirma que para ser um especialista no processo de vendas é de fundamental importância durante a negociação, estabelecer o seguinte requisito: Avaliar a promessa – Pré – venda; Cumprir a promessa – Venda; Avaliar o valor da promessa – Pré venda da Próxima venda.

O vendedor moderno trabalha através de um complemento organizado e orientado dissipando a padronização de qualidade nos negócios prestados para o incremento nos serviços prestados, sendo ágil e aumentando o lucro na organização.

Continuando no mesmo segmento de Luppa (2007, p.120) constata que: “Estamos na era do profissional de vendas, sem a ajuda direta de um vendedor, o cliente jamais conseguirá reconhecer valor na solução oferecida”.

Só para entendermos melhor essa concepção; determinar essa missão sem a presença de um vendedor “nato”, o consumidor não assimila a mensagem de forma correta, e a partir daí obtêm uma oportunidade desperdiçada.

4.3 Propaganda

Atualmente, o setor varejista vem utilizando os recursos da propaganda que geralmente tem aumentado devido o grande volume de telespectadores que estão atentos a qualquer tipo de informações que são repassadas, pois as notícias correm rápidas, e os clientes estão em busca de novidades, e qualidade.

A propaganda é uma forma de transmitir imagens que se adaptam através das diversas mídias, dos desejos e necessidades da sociedade e especialmente as necessidades comerciais. É uma ferramenta que

se amolda à mudança nas necessidades, hoje predominantes comerciais, da sociedade da qual faz parte (COBRA 1997, p. 361).

Os gestores devem estar sempre atentos para desenvolver a melhor forma de mídia para sua empresa, lembrando sempre que dentro da atividade de comunicação externa, o gestor tem que provocar atitudes de informar e lembrar os clientes potenciais, além do importante papel de comunicação a comprar um produto ou a contratar um serviço.

Na ideia de Zenone e Buairide (2002, p.78) “a propaganda é uma técnica de comunicação de massa com a finalidade de fornecer informações a um público determinado, para provocar atitudes e ações positivas em relação ao produto/serviço ou idéia”,

Por isso é importante que a equipe de marketing, estude e desenvolva suas propagandas criteriosamente, estabelecendo, por exemplo: seus objetivos, custo e benefícios, uma mensagem criativa e os tipos de mídias, e por fim fazer uma avaliação geral da campanha. Conforme Kotler (2004, p.568): Ao determinar qual a mídia ideal para os clientes de uma agência ou para uma empresa, é necessário que sejam determinados os seguintes aspectos: Hábitos de mídia da audiência – alvo; Tipo de mensagem e Custo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste trabalho pode-se dizer que à medida que o novo milênio avança, especialistas se ocupam cada vez mais em avaliar o impacto das forças ambientais sobre os consumidores e as empresas que os atendem.

O Marketing de vendas pode e deve voltar seus esforços para atender as necessidades e desejos deste mercado que consiste no grupo definido de clientes, que possuem suas características próprias que os diferem dos demais com um planejamento e estratégias voltadas exclusivamente para eles.

Considerando a importância do marketing na vida moderna, a falta de conhecimento a respeito deste assunto ainda é expressiva. No Brasil, embora haja ocorrido melhora nos últimos anos, muita gente ainda pensa que marketing significa apenas vendas, ou somente propaganda, entre outras interpretações erradas. Portanto, é interessante conhecê-lo, conceituá-lo e aplicá-lo de forma eficiente.

Assim, o *marketing* de vendas ganha força, já que é através desta ferramenta que as organizações podem projetar e lançar ações voltadas aos clientes, buscando sempre que estes tornam-se cada vez mais próximos de seus produtos e/ou serviços.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rodenilson Cabral de. **A arte de administrar**. 2008. Disponível em: www.tce.ro.gov.br/nova/publicacoes/AartedeAdministra.doc. Acesso em: 10 out. 2021.

ANDREWS, Kenneth. **O conceito de estratégia empresarial**. Pamplona, Espanha: Universidad de Navarra, 1974.

BAKER, Michael J. **Administração de marketing**. Michael J. Baker; tradução Arlete Simille Marques. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BOONE, Louis E.; KURTZ, David L.. **Marketing Contemporâneo**. 8. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1998.

CAMPOS, José Antônio. **Cenário balanceado**: painel de indicadores para a gestão estratégica dos negócios. São Paulo: Aquariana, 1998.

COBRA, Marcos. **Administração de vendas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994. Disponível em: <http://www.eduardohomem.com/interno/download/130.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

COBRA, Marcos. **Marketing Básico**: uma abordagem brasileira. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DECENZO, David; ROBBINS, Stephen. **Administração de Recursos Humanos**. 6 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2001.

KOTLER, Philip. **Administração de Marketing "A Edição do Novo Milênio**. 10. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

KOTLER, Philip. **Administração de marketing**: São Paulo: Atlas, 1998.

KOTLER, Philip. **Marketing para o século XXI**: como criar, conquistar e dominar mercados. São Paulo: Futura, 1999.

KOTLER, Philip. **Princípios de marketing**. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

LAS CASAS, Alexandre Luzzi. **Marketing: conceitos, exercícios, casos** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LAS CASAS, Alexandre Luzzi. **Marketing: conceitos, exercícios, casos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

LUPPA, Luis Paulo. **Tropa de elite de vendas**: como formar, treinar e motivar equipes de vendas para dominar mercados/ Luis Paulo Luppa. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2007.

McCARTHY, E Jerome; PERREAULT Jr, William D. **Marketing Essencial “uma abordagem gerencial e global**. São Paulo: Atlas, 1997.

MINARELLI, José Augusto. **Venda seu peixe**. São Paulo: Infinito, 2000.

MOREIRA, Júlio César Tavares, et al. **Administração de vendas**. São Paulo: Saraiva, 2000.

NICKELS, William G.; WOOD, Marian Burk. **Marketing: relacionamento, qualidade, valor**. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

PINHEIRO, Roberto Meireles. **Comportamento do consumidor e pesquisa de mercado**. Roberto Meireles Pinheiro et al. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2004.

ROCHA, Ângela da. **Marketing**: teoria e prática no Brasil. Ângela da Rocha, Carl Christensen. 2.ed. 6. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

ROCHA, Júlio César (organizador) et al. **Grandes temas de marketing**. Fortaleza-CE: Editora de Ponta. 2001.

SANT’ANNA, Armando. **Propaganda**: Teoria, técnica e prática. 7 ed. São Paulo: Pioneira Thomson learning. 2002.

VAZ, Gil Nuno. **Marketing Institucional: o mercado de ideias e imagens**. 2. ed. rev. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.

ZENONE, Luiz Cláudio; BUAIRIDE, Ana Maria Ramos. **Marketing da comunicação**. São Paulo: Futura, 2002.

CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

CARMEN FERREIRA SARAIVA:
Mestranda em Direito Fumec.
Especialização em Direito PUC/Minas,
Unicid, UGF e UnP. Graduação
Administração de Empresas 1980 e
Ciências Contábeis 1985 pela UFMG e
Direito pelas Faculdades Milton
Campos 2000. Funcionária Pública
Federal.

INGRID SARAIVA DE ALENCAR⁹⁹

(orientador)

Resumo: Busca-se examinar o controle judicial do ato administrativo com enfoque na jurisprudência do STF. Para tanto, utiliza-se a pesquisa bibliográfica por meio do método dedutivo e comparativo. O regime jurídico da Administração Pública revela a supremacia do interesse público, delineado por princípios e poderes, sobre o particular. como objetivo primordial da lei. O conteúdo normativo do ato exterioriza a declaração estatal com efeitos jurídicos, traduzindo-se em atributos presuntivos e elementos. Os atributos são a presunção de legitimidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade. Os elementos são agente competente, objeto lícito, forma prescrita e não defesa em lei, finalidade pública e motivo fundamental. O controle jurisdicional do ato vinculado ou discricionário alcança aqueles ilegais e abusivos. Esse mecanismo excepcional contribui para a segurança jurídica, imprimindo os necessários avanço e fluidez ao sistema legal.

Palavras-chave: Regime Jurídico; Ato Administrativo; Atributos; Elementos; Controle Judicial; STF.

Abstract: We seek to examine the judicial control of the administrative act with focus on the case law of the Supreme Court. For this purpose, bibliographic research is used by means of the deductive and comparative method. The legal regime of the Public Administration reveals the supremacy of the public interest, outlined by principles and powers, over the particular. as a primary objective of the law. The normative content of the act externalizes the state declaration with legal effects, resulting in presumptive attributes

⁹⁹ Especialização em Direito Administrativo pela Faculdade Signorelli e em Português pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Graduação em Ciência da Computação pela PUC/Minas em 2005. Funcionária Pública Estadual.

and elements. Attributes are the presumption of legitimacy, imperativity, self-execution, and typicity. The elements are competent agent, lawful object, prescribed form and no defense in law, public purpose and fundamental reason. The jurisdictional control of the binding or discretionary act reaches those illegal and abusive. This exceptional mechanism contributes to legal certainty by giving the necessary progress and fluidity to the legal system.

Keywords: Legal Regime; Administrative Act; Attributes; Elements; Judicial Control; Supreme Court.

Sumário: Introdução. 1. Regime Jurídico da Administração Pública. 2. Conteúdo Normativo do Ato Administrativo. 3. Controle Jurisdicional do Ato Administrativo pelo STF. 4. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O assunto abordado neste artigo diz respeito ao controle judicial do ato administrativo no ordenamento jurídico pátrio e à utilização dessa possibilidade na perspectiva jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF).

O tema-problema que se apresenta é o exame dos critérios adotados no modelo jurídico brasileiro.

No desenvolvimento da investigação, utiliza-se a pesquisa bibliográfica em conjunto com o método dedutivo e comparativo a partir da análise da legislação pertinente, da doutrina e da jurisprudência.

Aplicam-se como referencial teórico as ideias de Maria Sylvia Zanela di Pietro sobre o Direito Administrativo brasileiro.

Examina-se o regime jurídico da Administração Pública, e busca-se demonstrar o conteúdo normativo do ato administrativo. Por fim, analisa-se o controle jurisdicional do ato administrativo pelo STF.

1. Regime Jurídico da Administração Pública

A autonomia do Direito Administrativo inaugura-se na França no início do século XIX no Estado de Direito liberal a partir da legalidade própria do modelo *civil law*, do primado da separação das funções estatais, da isonomia e do controle judicial. Institui-se a dualidade da jurisdição, comum e administrativa, cuja competência é definida pelo critério do serviço público. Nesse cenário, os princípios têm força normativa ainda na ausência de lei. O Estado-juiz pode agir de forma criativa, avançando na interpretação do

direito positivo para fins de preenchimento de lacunas. A aplicação do direito civil é subsidiária na análise do contrato administrativo, havendo possibilidade de imputação da responsabilidade ao poder público e o dever de reparação de danos. Em consequência, as decisões têm força executória unilateral. Esses pressupostos irradiaram para países de tradição romano-germânica (DI PIETRO, 2020, p. 8-12)

Da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988) emergem a soberania popular, a supremacia dos direitos fundamentais centralizados na pessoa humana, a consensualidade e a organização política que

concilia Estado democrático e Estado de Direito, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado. Revela, em verdade, um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do *status quo* (SILVA, 1988, p. 21).

O Estado Democrático de Direito pauta-se pelo princípio participativo e reconhece uma ordenação estatal mantenedora dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, incorporando o constitucionalismo dialógico na perspectiva social, fraternal e solidária (MORAES, 2019, p. 5-6), no sentido de que:

1. O grande desafio da Democracia representativa é fortalecer os mecanismos de controle em relação aos diversos grupos de pressão, não autorizando o fortalecimento dos “atores invisíveis de poder”, que tenham condições econômicas de desequilibrar o resultado das eleições e da gestão governamental. 2. Os princípios democrático e republicano repelem a manutenção de expedientes ocultos no que concerne ao funcionamento da máquina estatal em suas mais diversas facetas. É essencial ao fortalecimento da Democracia que o seu financiamento seja feito em bases essencialmente republicanas e absolutamente transparentes (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5394/DF) (BRASIL, 2019).

Influenciado pelo fenômeno da constitucionalização e com a contribuição do direito francês, o Direito Administrativo pode ser definido como

o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens e

meios de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública (DI PIETRO, 2020, p. 69-70).

Suas fontes são as normas constitucionais e infraconstitucionais, atos normativos expedidos pela Administração Pública, a jurisprudência com efeito vinculante, a doutrina orientadora, o costume e os princípios gerais do direito.

No aspecto objetivo, a Administração Pública é a “atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos”. No âmbito subjetivo, é o “conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado” (DI PIETRO, 2020, p. 79-80). Abrange as pessoas jurídicas de direito público e aquelas de direito privado que integram a administração indireta, órgãos que compõem a administração direta e agentes públicos.

O regime jurídico administrativo é afeto ao direito público e excepcionalmente ao direito privado, conforme as determinações legais próprias. Em qualquer caso, a Administração Pública “nunca se despe de determinados privilégios, como o juízo privativo, a prescrição quinquenal, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens; e sempre se submete a restrições concernentes à competência, finalidade, motivo, forma, procedimento, publicidade” (DI PIETRO, 2020, p. 84). As prerrogativas são consectárias do atendimento dos interesses coletivos, e a legalidade restritiva protege os direitos individuais. Ambos são os pilares que asseguram a supremacia do interesse público sobre o particular e constituem o sistema jurídico próprio.

Os princípios fundamentais são inspirados nas normas com alto nível de generalização e abstracionismo. Significam o ponto de partida ou a razão que justifica a existência, organização e funcionamento de um sistema jurídico. Como mandamentos de otimização, são normas que contêm permissões ou proibições, cujas satisfações dependem das possibilidades normativas. Caracterizam-se por consubstanciar valores sociais, ser interferentes por contraposição ou complementação, e ainda autoaplicáveis, autoconceituáveis e onivalentes. Classificam-se em individuais, sociais, econômicos, do consumidor, coletivos e difusos, de nacionalidade, políticos, bem como implícitos (CARVALHO, K. G., 2017b, p. 37-46; ALEXY, 2008, p. 90).

No seu sentido irradiante, os princípios fundamentais favorecem a eficácia das normas programáticas alcançadas pelas garantias que conferem concretude aos preceitos fundamentais pela aproximação da legalidade através da hermenêutica jurídica (DEZEN JUNIOR, 2015, p. 1584-2578). **A imutabilidade desses preceitos pauta-se pelo pressuposto de que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] os direitos e garantias individuais”,** alçando-os a cláusulas pétreas que refletem

limitações ao poder estatal que direciona a atividade legislativa (art. 60 da CRFB) (BRASIL, 1988). Consubstanciam mecanismos de fomento da previsibilidade, da segurança jurídica e verdadeiras demarcações materiais ao poder constituinte derivado de alteração, não podendo assim haver supressões.

A dignidade humana é um compromisso de valor supremo e sustentáculo das limitações ao poder estatal que se positiva como fundamento republicano (art. 1º da CRFB) (BRASIL, 1988). Trata-se de um instituto aberto, fluido e plural, uma ideia-símbolo que perpassa por todo o ordenamento jurídico, consolidando-se como elemento basilar dos direitos fundamentais. Esse supraprincípio outorga “unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”, afastando o aspecto consciencial de coisificação e a “ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”. Estabiliza-se primordialmente no “mínimo invulnerável que todo estado jurídico deve assegurar” (MORAES, 2019, p. 1389-1392).

O ordenamento jurídico pátrio, inspirado na tradição romano-germânica do sistema *civil law*, tem como fonte principal a lei genérica e abstrata. O direito codificado com regras estratificadas em diversas hierarquias é sua característica essencial (STRECK; ABOUD, 2013, 17-29).

A legalidade é a aplicação da lei de ofício, ou seja, a “atuação conforme a lei e o Direito”. Estabelece os limites da atividade pública e tem por objeto o exercício de direitos individuais em benefício da coletividade. A vontade da autoridade decorre tão somente da lei, de modo que apenas se pode fazer o que a lei permite. Sem expressa previsão legal, o agente não pode por ato conceder direitos, criar obrigações ou impor proibições aos sujeitos passivos. Trata-se de parâmetro de atuação da autoridade (art. 37 da CRFB) (BRASIL, 1988) (art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999).

A supremacia do interesse público, como objetivo primordial da lei, não é absoluta, pois de forma reflexa protege o particular. Propicia que o Estado atenda às necessidades coletivas e tutele valores sociais, na dimensão da indisponibilidade que exige o “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências” (art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999).

Pela impessoalidade, exige-se “objetividade no atendimento do interesse público”, estando proibida a atuação da autoridade em benefício ou prejuízo de pessoas determinadas. Estão vedadas ao agente a participação em ato em que seja suspeito ou impedido e a promoção pessoal, inclusive por meio de nomes, símbolos ou imagens (art. 37 da CRFB) (BRASIL, 1988) (art. 2º, art. 18 e art. 21 da Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999).

O agir dentro da legalidade e dos padrões éticos de probidade institucional, decoro e boa-fé objetiva traduz-se na moralidade administrativa, que tem a licitude e a honestidade como traços distintivos. As premissas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural afastam o exercício abusivo e o desvio de finalidade do ato. Cabe ação popular para sua apreciação (inciso LXXIII do art. 5º e art. 37 da CRFB) (BRASIL, 1988).

A publicidade é a regra geral que destaca o dever de transparência pela divulgação oficial do ato administrativo e a legítima fiscalização participativa promovida pelos interessados na divulgação dos atos. Executam-se as hipóteses de sigilo na defesa da intimidade e do interesse social, casos que exigem a observância da necessidade, adequação e proporcionalidade (incisos X, XI, XII e LX do art. 5º e art. 37 da CRFB (BRASIL, 1988) (art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999).

A eficiência ou dever da boa administração é um modo de atuação do agente no desempenho da melhor forma possível de suas atribuições públicas na obtenção dos melhores resultados de forma organizada, estruturada e disciplinada. Trata-se de controle de resultado que fortalece o sistema meritório pessoal e institucional de prestação de serviços adequadamente (art. 37 da CRFB) (BRASIL, 1988) (art. 2º e o art. 29 da Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999).

A finalidade pode ser entendida como o “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências” com “objetividade no atendimento do interesse público” pela adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados do modo menos oneroso. Pela motivação, é necessária a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Trata-se de formalidade a explicitação de razão necessária ao controle de legalidade do ato que, entre outros, afete direitos, imponha sanção, decida processo, deixe de aplicar norma jurídica ou importe anulação ou revogação do ato (art. 2º e art. 50 da Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999).

Pela razoabilidade e proporcionalidade, busca-se a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”, na perspectiva da limitação à discricionariedade do juízo de oportunidade e conveniência e da vedação do excesso (art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999). Alcança-se, assim, a adoção de formas simples, a obrigatoriedade de formalidades essenciais, a realização do modo menos custoso e a razoável duração do processo. “Ninguém deve estar obrigado a suportar constringimentos em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público” (MELLO, 1999, p. 68). Exige-se que sejam consideradas na aplicação de sanção pela conduta sobre gestão pública “a natureza e a gravidade da infração

cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente” (art. 21 do Decreto-lei nº 4.657, de 1942) (BRASIL, 1942).

A entrega pelo Estado-juiz da prestação jurisdicional é um imperativo previsto no ordenamento jurídico que faz a intermediação do diálogo entre o sistema constitucional do procedimento e os direitos e garantias fundamentais. Baseiam-se na dialética republicana atinente à solução da lide com garantia das partes a exaustão argumentativa e a amplitude fático-probatória que exurgem da pretensão deduzida em juízo. Tem-se a “proibição de cobrança de despesas processuais” e o impulso oficial “sem prejuízo da atuação dos interessados”. A sistematização das limitações ao poder estatal decorre da “existência de um *substantive due process of law* ao lado de um *procedural due process of law*”, uma vez que está previsto expressamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV do art. 5º da CRFB) (BRASIL, 1988) (art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999).

Está literalmente preconizado que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV do art. 5º da CRFB) (BRASIL, 1988). O contraditório é um elemento essencial da estrutura dialética de participação dos interessados no processo com o escopo de dar efetividade à prestação jurisdicional. Trata-se do reconhecimento da legitimidade, no âmbito do processo, da dialética com participação dos jurisdicionados de forma democrática e equânime. A ampla defesa tem como especificidade o dever de o julgador garantir aos jurisdicionados, entre outros, os direitos à proteção oral ou escrita, à produção de provas obtidas por meios lícitos e a demonstrar todos os pontos discordantes relativamente às razões fáticas e jurídicas como forma de destacar a verdade real a partir da qual a decisão deve ser fundamentada. De acordo com a motivação, as decisões devem demonstrar a necessidade e adequação da medida decretada considerando os seus efeitos jurídicos, sendo permitida a modulação para mitigação do ônus ou de perdas, vedada a fundamentação em valores abstratos ou conceitos indeterminados (inciso IX do art. 93 da CRFB) (BRASIL, 1988) (art. 20 e art. 21 do Decreto-lei nº 4.657, de 1942) (BRASIL, 1942).

A isonomia processual consiste em conferir equanimidade de condições e oportunidades aos litigantes de debates e de produção de prova de suas alegações sobre as matérias alcançadas pela litigiosidade. Deriva do encadeamento dedutivo dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa que asseguram indistintamente o dialogismo democrático aos litigantes na prestação jurisdicional (*caput* do art. 5º da CRFB) (BRASIL, 1988).

A segurança, a proteção à confiança e a boa-fé objetiva encontram guarida na conduta leal e honesta e no preceito da “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. Orientam o comportamento dos administrados que participam da relação jurídica adequada a confiança e a não surpresa, valores previstos no ordenamento jurídico pátrio. O pressuposto é que a lei deve resguardar a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Para fomentar a segurança, a autoridade deve utilizar instrumentos como regulamentos, súmulas administrativas e consultas com “caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão” (art. 5º da CRFB) (BRASIL, 1988) (art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999) (art. 30 do Decreto-lei nº 4.657, de 1942) (BRASIL, 1942).

Com relação à estabilidade das relações jurídicas e à confiança legítima do administrado, o princípio da segurança jurídica estabelece que a “interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado” seja precedida de regime de transição e tenha vigência prospectiva (art. 23 e art. 24 do Decreto-lei nº 4.657, de 1942) (BRASIL, 1942).

Com o escopo de eliminar a incerteza jurídica por uma solução “proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”, a autoridade pode celebrar compromisso para correção da irregularidade, ainda que litigiosa, mediante a consensualidade ou por imposição da compensação de prejuízos experimentados (art. 26 e art. 27 do Decreto-lei nº 4.657, de 1942) (BRASIL, 1942). Em decorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público pode ser responsabilizado na emissão de decisões ou opiniões técnicas, já que a simples divergência não serve de parâmetro para este fim. A possibilidade de prévia consulta pública para que os interessados se manifestem alcança a edição de atos normativos (art. 28 e art. 29 do Decreto-lei nº 4.657, de 1942) (BRASIL, 1942). A essencialidade impõe continuidade do serviço público prestado à coletividade (art. 37 da CRFB) (BRASIL, 1988).

Os poderes da Administração Pública são reconhecidos em benefício da coletividade, e por isso são irrenunciáveis. O poder vinculado caracteriza uma restrição aos ditames normativos, e aquele discricionário evidencia uma prerrogativa em relação aos aspectos de conveniência e oportunidade valorados pelo ordenamento. O poder normativo gera efeitos gerais e abstratos ao ato que explicita a lei sem ultrapassá-la. Na apuração de infrações em procedimento legal, cabe à autoridade aplicar penalidades por força do poder disciplinar. O poder decorrente da hierarquia organizacional é o “o vínculo que coordena e subordina uns aos outros os órgãos [Administração Pública], graduando a autoridade de cada um” (DI PIETRO, 2020, p. 124).

2. Conteúdo Normativo do Ato Administrativo

O ato administrativo, como espécie de ato jurídico, é a “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2020, p. 232).

Os atributos são as prerrogativas qualificativas presuntivas que distinguem o ato administrativo.

A legitimidade “diz respeito à conformidade do ato com a lei”, e a veracidade atrai a suposição de que os fatos espelham a realidade, até prova em contrário, cujo ônus inverte-se e recai sobre o administrado. A imperatividade é a imposição do ato a terceiros independentemente de sua concordância no caso de imposição de obrigações. Pela autoexecutoriedade, o agente pode executar seus próprios atos por meios diretos e indiretos de coação. Trata-se, nesse caso, de execução do ato pela própria administração sem a necessidade da intervenção do Poder Judiciário. A autoridade deve controlar e fiscalizar as atividades próprias com o escopo de garantir a observância das finalidades institucionais de modo a equacionar os mecanismos a um patamar democrático e republicano. A tipicidade significa que o ato unilateral deve corresponder às formas previamente prescritas em lei como aptas a produzir determinados efeitos (DI PIETRO, 2020, p. 233-237).

Os elementos ou requisitos do ato referem-se a sua anatomia. Pautam-se pela premissa de que a validade do negócio jurídico depende de “agente capaz”, “objeto lícito, possível, determinado ou determinável” e “forma prescrita ou não defesa em lei” (art. 104 do Código Civil) (BRASIL, 2002).

O agente capaz é aquele a quem a lei atribui competência para prática do ato com capacidade de ser titular de direitos e obrigações de forma inderrogável. “A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”. A “incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou” (Lei nº 4.717, de 1965) (BRASIL, 1965) (Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999) (DI PIETRO, 2020, p. 237-241).

O efeito jurídico imediato que o ato produz é o seu objeto ou conteúdo. O “objeto é a coisa, a atividade, a relação de que o ato se ocupa e sobre a qual vai recair o conteúdo do ato”. O “objeto deve ser lícito (conforme à lei), possível (realizável no mundo dos fatos e do direito), certo (definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar), e moral (em consonância com os padrões [...], aceitos como corretos, justos, éticos)”. A

“ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo” (Lei nº 4.717, de 1965) (BRASIL, 1965) (Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999) (DI PIETRO, 2020, p. 241-242).

A forma prescrita e não defesa em lei é a exteriorização do ato que lhe confere garantia jurídica procedimental de existência, validade e eficácia. A não ser que a lei estabeleça determinado feito, pelo informalismo a autoridade pode praticar o ato da forma que entenda adequada, desde que seja por escrito, em vernáculo, com exposição dos fatos e dos direitos, com local, data e assinatura. Observe-se que nas relações com os usuários dos serviços públicos, os documentos prescindem do reconhecimento de firma e autenticação, exceto em casos excepcionais em que podem ser efetivados pelo órgão, dada a presunção de boa-fé objetiva e visando à “eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido” (Decreto nº 9.094, de 2017) (BRASIL, 2017). O “vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato” (Lei nº 4.717, de 1965) (BRASIL, 1965) (Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999) (DI PIETRO, 2020, p. 242-244).

A finalidade pública é o efeito mediato do ato. Traduz-se no resultado que se pretende alcançar com a sua prática, de acordo com a lei. O “desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (Lei nº 4.717, de 1965) (BRASIL, 1965) (Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999) (DI PIETRO, 2020, p. 244-245).

O motivo é o pressuposto de fato ou o conjunto de circunstâncias e situações de direito ou dispositivos normativos em que se baseia que serve de fundamento à elaboração do ato. A motivação necessária para atos vinculados e discricionários é a “exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram”, e assim não se confunde com o motivo. A teoria dos motivos determinantes prescreve que “a validade do ato se vincula aos motivos como seu fundamento”. A “inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido” (Lei nº 4.717, de 1965) (BRASIL, 1965) (Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999) (DI PIETRO, 2020, p. 245-246).

A posição de supremacia da Administração Pública sobre o particular tem seus contornos delimitados em lei. O poder vinculado atinge vários aspectos da atividade administrativa. O ato vinculado é aquele em que a lei obriga o servidor a agir estabelecendo determinados requisitos, sob pena de responsabilidade funcional, observando que não há qualquer restrição quanto ao seu controle pelo Poder Judiciário, uma vez que todos os seus elementos estão definidos em lei.

No poder discricionário a lei possibilita a opção por uma das várias soluções possíveis, segundo os critérios de "oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade". O ato discricionário é aquele em que a lei deixa certa margem de liberdade de decisão do agente diante do caso concreto e no qual o Poder Judiciário não pode avaliar a parcela de discricionariedade que a lei reservou à Administração Pública. Os aspectos discricionários do ato alcançam o mérito, ou seja, o motivo do pressuposto de fato e o objeto ou conteúdo do ato. Com o advento da constitucionalização dos princípios fundamentais, a legalidade atinge uma dimensão mais alargada com "redução da discricionariedade e ampliação do controle judicial". Necessário é que na "motivação se contenham os elementos indispensáveis para controle da legalidade do ato" para a verificação dos limites de atuação da autoridade. A opção legítima discricionária "assegurada à Administração Pública pela lei" é o traço delineador do espaço reservado à atuação do Poder Judiciário, inclusive no que se refere às noções imprecisas ou "conceitos legais indeterminados" (DI PIETRO, 2020, p. 247-256).

No que se refere às prerrogativas, a classificação do ato pode ser de império na atuação com privilégios ou de gestão em igualdade com o particular. Atinente à declaração de vontade, o ato pode ser propriamente dito ou somente mero ato. A respeito da formação da vontade, o ato pode ser simples, complexo ou composto. No que tange aos destinatários, o ato pode ser geral ou individual. Sobre a exequibilidade, o ato pode ser perfeito, imperfeito, pendente ou consumado. No tocante aos efeitos, o ato pode ser constitutivo, declaratório ou enunciativo. No que diz respeito ao conteúdo, tem-se a autorização, a licença, a admissão, a permissão, a aprovação, a homologação, o parecer e o visto. Em relação à forma encontram-se o decreto, a resolução, a portaria, a circular, o despacho e o alvará (DI PIETRO, 2020, p. 256-269).

A extinção do ato dá-se por "cumprimento de seus efeitos", por "desaparecimento do sujeito ou do objeto", por retirada (revogação, invalidação, cassação, caducidade e contraposição) ou por renúncia. A anulação ou invalidação decorre da desconformidade do ato com a lei com efeito retroativo, exceto em caso de interpretação superveniente com efeito prospectivo.

No caso de vício com prejuízo para o administrado, o ato deve ser anulado pela própria autoridade, o que consiste no seu desfazimento por razões de ilegalidade por força do poder de autotutela. A nulidade dá-se por provocação da parte prejudicada através do Poder Judiciário ou por requerimento na Administração Pública. A autoridade pode "declarar a nulidade de seus próprios atos" (Súmula STF nº 346) (BRASIL, 1969) e ainda "anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"

(Súmula STF nº 473) (BRASIL, 1969). A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade. Tem-se que o “direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaiu em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé” (art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999). A anulação pode ser efetivada pelo Poder Judiciário, quando provocado. A nulidade do ato pode ser efetivada em decorrência da lei ou de atos praticados “por sujeito passivo incompetente, com vício de vontade e com defeito de formalidade” (DI PIETRO, 2020, p. 269-279).

Convalida-se o ato por correção quando for possível suprir o defeito sanável assegurando a validade dos efeitos produzidos retroativamente à data de sua prática. Essa faculdade é possível quando não cause lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiro (art. 55 da Lei nº 9.784, de 1999) (BRASIL, 1999). A competência exclusiva ou em razão da matéria, o motivo de um fato não ocorrido, a finalidade contra o interesse público e o objeto ou conteúdo ilegal não são passíveis de convalidação. O ato é confirmado sem alteração por decurso de prazo ou quando não causar prejuízo a terceiros (DI PIETRO, 2020, p. 279-282).

A revogação do ato discricionário por conveniência e oportunidade dá-se com efeitos prospectivos, em respeito àqueles já produzidos. O ato vinculado, o ato que exaure seus efeitos e a competência, o mero ato, o ato que integra o procedimento e o ato que gera direito adquirido não podem ser revogados (DI PIETRO, 2020, p. 282-283).

3. Controle Jurisdicional do Ato Administrativo pelo STF

O ordenamento jurídico pátrio, inspirado na tradição romano-germânica do sistema *civil law*, tem como fonte principal a lei genérica e abstrata. Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 263-264) mostra que:

a lei, pura e simplesmente, muitas vezes não garante mais automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo “filtro” dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si.

O direito constitucional, como um elemento indispensável da estrutura do ordenamento jurídico prevalente na CRFB (BRASIL, 1988), assenta-se nos direitos fundamentais, já que estabelece a estrutura do Estado como uma unidade indivisível, define competências e fixa os direitos fundamentais basilares que limitam a concentração

do poder. A organização estatal pauta-se pelo critério de separação funcional com controle recíproco sem exclusividade absoluta, quais sejam, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário independentes e harmônicos entre si com predominância, respectivamente, de legislar e fiscalizar, de praticar atos de chefia de estado, de governo e de administração e de julgar a partir da imposição do sistema legal. Vale indicar ainda a função estatal controladora exercida, entre outros, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União (art. 70 e art. 127 da CRFB) (BRASIL, 1988) (MORAES, 2019, p. 451-456).

Como leciona Bruce Ackerman, há ideais que justificam a separação dos poderes:

O primeiro ideal é a democracia. De uma forma ou de outra, a separação pode servir (ou dificultar) o projeto de autogoverno popular. O segundo ideal é a competência profissional. As leis democráticas permanecem puramente simbólicas a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de forma relativamente imparcial. O terceiro ideal é a proteção e o reforço dos direitos fundamentais. Sem estes, o governo democrático e a administração profissional podem facilmente tornar-se motores da tirania (2000, p. 639-640) (tradução livre).

A jurisdição constitucional tem por finalidade aferir a conformidade das normas infraconstitucionais com a CRFB (BRASIL, 1988), em especial aquelas que sejam discrepantes dos direitos fundamentais.

A propagação universal de ideias garante a “existência de um patrimônio comum de valores, conceitos e instituições que aproximam os países democráticos, criando uma gramática, uma semântica e um conjunto de propósitos comuns”. A divulgação de técnicas procedimentais fomenta a absorção de institutos adequados à solução de questões orgânicas conflituosas (BARROSO, 2018, p. 2217-2219).

Luís Roberto Barroso (2018b, p. 3694) ensina que

o juiz contemporâneo, não apenas nos países do *common law*, mas também na tradição de direito civil, é, com frequência, coparticipante do processo de criação do direito. Não se trata de uma opção filosófica ou metodológica, mas de uma imposição da realidade da vida.

O acesso à justiça consagrado pela inafastabilidade da jurisdição de interpretar e declarar o direito pelo magistrado (art. 5º da CRFB) (BRASIL, 1988) traduz-se na substituição da vontade dos litigantes em processo judicial ou administrativo. Os sistemas exegéticos

adotados, isolada ou concomitantemente, são o literal, o sistemático, o teleológico e o histórico.

O STF argumenta que:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. [...] O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional (Mandado de Segurança nº 23452/RJ) (BRASIL, 2000).

A CRFB (BRASIL, 1988) estabelece vários institutos básicos do processo que se manifestam com o surgimento do Direito Constitucional Processual, dada a "condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo" que "abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional" (BARACHO, 1984, p. 61-73, 75-82, 98, 125-130, 347, 356, 358 e 363).

Sérgio Henrique Zandoná Freitas (2014, p. 81-82) defende a necessidade de que haja um "procedimento legalmente estruturado" qualificado "na obrigação consagrada no poder-dever do Estado, que, por este motivo, converte-se em direito fundamental, adquirido pela garantia do devido processo constitucional, a todos da sociedade". Ele destaca que os elementos que configuram o processo encontram-se na principiologia do devido processo legal insculpido na CRFB (BRASIL, 1988), "com especial observância ao contraditório e à ampla defesa, vistos sob o prisma do Estado Democrático de Direito, todos institutivos do processo, administrativo ou judicial".

No democratismo, é imperioso o reconhecimento do "direito legítimo de todos os interessados no provimento participarem de sua construção" dialógica e simétrica nas esferas jurisdicionais, legislativas e administrativas. O processo democrático desempenha

a tarefa de “reconstruir paradigmaticamente a forma de ler, compreender, aplicar e interpretar o direito [...] baseada na racionalidade crítica como referencial de análise dos pontos controvertidos” (COSTA, F. V., 2020, p. 21-22).

O processo, instrumento da jurisdição, “é um conjunto harmônico e coordenado de atos, sujeitos a uma disciplina imposta por lei”. Desenvolve-se de modo preordenado no contexto de uma relação jurídica entre sujeitos para solução da lide sobre direito material (ALVIM, 2020, pp. 6622-6642).

A CRFB (BRASIL, 1988) prevê expressamente o acesso à justiça, uma vez que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, assegurando aos litigantes, de forma isonômica, “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” na dimensão do fomento do supraprincípio da dignidade da pessoa humana. A sistematização das limitações ao poder estatal, que não podem ser objeto de “proposta de emenda tendente a abolir”, decorre da “existência de um *substantive due process of law* ao lado de um *procedural due process of law*”, uma vez que a “limitação, supressão ou restrição de direitos fundamentais é uma exceção”. Trata-se da medida da democratização da relação jurídico-processual, de modo a obstar a coisificação dos interessados e a autocracia da autoridade julgadora. A resolução da lide sucede-se pelo método dedutivo a partir da lei aplicável à questão a ser decidida (COSTA, F. V., 2020, p. 100-106; CÂMARA, 2013, p. 43).

O dever de fundamentar as decisões consiste em um modo de limitar o poder decisório do juiz no exercício da atividade jurisdicional, garantindo a previsibilidade e a segurança jurídica no julgamento, sob pena de nulidade de pleno direito (inciso IX do art. 93 da CRFB) (BRASIL, 1988) (COSTA, F. V., 2020, p. 136-138).

A declaração, universalização e concretização dos direitos fundamentais encontra azo essencial no Estado Democrático de Direito e na proposição de que

a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência (NEVES, 2017, p. 1522).

Tratando do sistema eclético ou híbrido do controle de constitucionalidade no modelo de jurisdição constitucional, Luís Roberto Barroso (2015a, p. 2) esclarece que:

O Brasil adota um próprio de controle de constitucionalidade, que combina aspectos do sistema americano e do sistema europeu. Do sistema americano, colhemos o controle incidental e concreto: todo juiz ou tribunal interpreta a Constituição ao julgar os casos que lhe são submetidos, podendo inclusive deixar de aplicar norma que considere inconstitucional. Do sistema europeu temos a possibilidade de ajuizamento de ações diretas perante a Suprema Corte, nas quais se discute em tese (isto é, independentemente de um caso ou controvérsia) a constitucionalidade ou não de uma lei.

Incumbe ao STF, como órgão de cúpula do Poder Judiciário considerado o Guardião da Constituição, exercer, entre outras atribuições, o “controle concentrado, abstrato ou por via de ação [objetivando] retirar do sistema jurídico a lei ou ato normativo em tese, ou em abstrato, tidos por inconstitucionais”. Observe-se que somente a violação *direta* à CRFB enseja a interposição de recurso de competência do STF. “A suposta ofensa à Constituição Federal, caso configurada, seria meramente reflexa ou indireta, não sendo sua análise cabível em sede de controle abstrato de constitucionalidade” (Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 688/SP) (BRASIL, 2020). Nesse contexto, irrompem no ordenamento jurídico crises de legalidade que se revelam “insuscetíveis de controle jurisdicional concentrado, pois a finalidade a que se acha vinculado o processo de fiscalização normativa abstrata restringe-se, tão somente, à aferição de situações configuradoras de inconstitucionalidade direta, imediata e frontal” (Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5582/DF) (BRASIL, 2020). “O exame da alegada ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal” (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 723380/RJ) (BRASIL, 2013).

A jurisdição constitucional brasileira identifica-se com o sistema eclético de controle de constitucionalidade. Ajusta-se ao controle americano incidental, difuso e concreto em que todos os juízes e tribunais a interpretar as normas constitucionais podem deixar de aplicar normas legais. Concomitantemente, harmoniza-se com o regime europeu de controle concentrado de discussão em tese da constitucionalidade de lei ou ato normativo mediante ações diretas perante o STF pelo rol de órgãos e agentes públicos e de entidades privadas legitimados (BARROSO, 2018, p. 2217-2219).

Prestigia-se o processo constitucional a partir do encadeamento dedutivo dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa que asseguram indistintamente o dialogismo democrático aos litigantes na prestação jurisdicional. O Estado-juiz, como coparticipante do processo de criação do direito, pode atrair a atitude

de “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos” (BARROSO, 2018d, p. 1117-2219).

O STF entende que:

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. [...] Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais [...] (Mandado de Segurança nº 23452/RJ) (BRASIL, 2000).

Com o escopo de fomentar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, o controle jurisdicional do ato administrativo encontra-se na dimensão do regular exercício da função jurisdicional nos limites circunscritos na CRFB (BRASIL, 1988).

Colacionam-se julgados do STF que tratam da questão relacionada com controle jurisdicional do ato administrativo na hipótese de ilegalidade ou de abuso de poder.

Sobre a aplicação de penalidade no processo administrativo disciplinar regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o STF esclarece que:

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a

atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos (Recurso em Mandado de Segurança nº 24699/DF) (BRASIL, 2005).

Concernente à implantação de políticas públicas, o STF expressa que:

2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 367432/PR) (BRASIL, 2010).

No tocante ao ato administrativo ilegal que determina desvio de função de policial militar, o STF revela que:

I – Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. II – Consoante jurisprudência deste Tribunal, é inválido o enquadramento, sem concurso público, de servidor em cargo diverso daquele de que é titular. III - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF (Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 559114/DF) (BRASIL, 2011).

Respeitante à execução de políticas públicas de segurança, o STF cita:

1. O direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário

determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 559646/PR) (BRASIL, 2011).

No que se refere à realização de políticas públicas de educação, o STF interpreta que:

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. [...] A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil. [...] O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. [...] Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar — mediante supressão total ou parcial — os direitos sociais já concretizados (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337/SP) (BRASIL, 2011).

Atinente à implementação de políticas públicas de meio ambiente, o STF enfatiza que:

1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 417408/RJ) (BRASIL, 2012).

A respeito da regulação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária no que se refere à importação e comercialização de produtos derivados do tabaco, o STF aduz que:

9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do *controle jurisdicional* da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*) (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF) (BRASIL, 2012).

No que tange à exclusão da corporação do servidor público militar, o STF menciona que:

1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos. 2. A Corte de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório da causa, concluiu que a punição aplicada foi excessiva, restando violados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 3. Não se presta o recurso extraordinário ao reexame de fatos e provas da causa. Incidência da Súmula nº 279/STF (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 609184/RS) (BRASIL, 2013).

Referente ao controle judicial do ato administrativo ilegal, o STF observa que:

2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República, o que não enseja o reexame da matéria em recurso extraordinário. 3. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle pelo Poder

Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, o qual envolve a verificação da efetiva ocorrência dos pressupostos de fato e direito, podendo o Judiciário atuar, inclusive, nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 800892/BA) (BRASIL, 2013).

Com relação à alteração de penalidade aplicada ao servidor público no processo administrativo disciplinar, o STF diz que:

1. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 2. A eventual ofensa ao princípio da ampla defesa em processo administrativo disciplinar possui natureza eminentemente processual, o que enseja a análise prévia da legislação infraconstitucional pertinente e, também, não prescinde, no caso, do reexame dos fatos e das provas da causa. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 3. O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes, podendo-se aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da sanção aplicável à conduta do servidor (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634900/PI) (BRASIL, 2013).

Pertinente à previsão de tarifa diferenciada por localidade no âmbito de concessão de serviço público de telefonia, o STF esclarece que:

O controle judicial de atos administrativos tidos por ilegais ou abusivos não ofende o princípio da separação dos Poderes, inclusive quando a análise é feita à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afasta o cabimento de recurso extraordinário para o questionamento de alegadas violações à legislação infraconstitucional sem que se discuta o seu sentido à luz da Constituição. Precedentes. Ademais, a decisão está devidamente fundamentada, embora em sentido contrário aos interesses da parte agravante. A parte recorrente se limita a postular uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constantes dos autos.

Incidência da Súmula 279/STF (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 580642/PR) (BRASIL, 2014).

Relativamente ao “controle jurisdicional do ato administrativo que avalia questões em concurso público”, o STF defende que “os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário”. Tem-se como regra geral que “não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas”. Porém, “excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame” (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 632853/CE) (BRASIL, 2015).

Respeitante à entrega de documentos prevista no edital de concurso público, o STF lembra que:

1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos, incluídos aqueles praticados durante a realização de concurso público. 2. O Plenário do STF, no exame do ARE nº 690.113/RS, Relator o Ministro Cezar Peluso, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo ao preenchimento de requisitos exigidos em edital de concurso para provimento de cargo público, dado o caráter infraconstitucional da matéria (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 921576/GO) (BRASIL, 2016).

No que diz respeito à revisão de vencimentos relativa à gratificação especial de atividade do policial militar, o STF interpreta que:

1. O controle, pelo Poder Judiciário, de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes. 2. Não se presta o recurso extraordinário para a análise de matéria ínsita ao plano normativo local, tampouco para o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos. Incidência das Súmulas nºs 280 e 279/STF (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 998344/RJ) (BRASIL, 2017).

Atinente à redução do campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica pelas concessionárias, o STF expressa que:

2. O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais. 3. Não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 627189/SP) (BRASIL, 2017).

Referente à avaliação de questões de provas de concurso público, o STF menciona que:

1. O acórdão recorrido não destoa da jurisprudência desta Corte, sedimentada no julgamento do RE RG 632.853, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 29.06.2015 (tema 485), no sentido de que não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora de concurso para avaliar respostas dadas às questões e notas pertinentes, salvo na hipótese de ilegalidade, de ocorrência de erro flagrante nas questões impugnadas, como na hipótese em análise. 2. Eventual divergência ao entendimento adotado pelo Juízo a quo quanto à ocorrência de erro grosseiro na correção de prova de concurso público, demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida na Súmula 279 do STF (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1114732/MS) (BRASIL, 2019).

No tocante à reintegração no cargo de servidor público municipal no estágio probatório, o STF revela que:

1. Conforme firme jurisprudência desta Suprema Corte, o *controle jurisdicional* do *ato administrativo* considerado ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos Poderes, sendo permitido, inclusive, ao Judiciário sindicarem os aspectos relacionados à

proporcionalidade e à razoabilidade. 2. Eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo Tribunal de origem, no que se refere à falta de razoabilidade/proporcionalidade na aplicação da penalidade ou, ainda, a respeito da reintegração de servidor público municipal em estágio probatório, demandaria o reexame de fatos e provas, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida na Súmula 279 do STF (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1174793/ PI) (BRASIL, 2019).

Sobre a “responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos” no que se refere aos atos relacionados à pandemia do coronavírus, o STF esclarece que:

Teses: “1. Configura erro grosseiro o *ato administrativo* que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos” (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421/DF) (BRASIL, 2020).

No que se refere ao ato administrativo do Tribunal de Contas da União que rejeitou as contas preliminares prestadas sobre o convênio firmado com a União no âmbito do Plano Nacional de Qualificação no cumprimento das metas, o STF interpreta que a “matéria veiculada nesta ação originária é similar a diversos julgados já examinados por esta Corte, no tocante à necessidade de observância do contraditório e ampla defesa, além de o controle de legalidade de atos administrativos serem permitidos ao Poder Judiciário” (Segundo Agravo Regimental em Ação Civil Ordinária nº 822/PA) (BRASIL, 2020).

Atinente à incorporação do adicional por tempo de serviço público de professor, o STF enfatiza que:

1. De acordo com o art. 102, III, a, da Constituição Federal, o cabimento do recurso extraordinário está limitado às hipóteses de ofensa a dispositivos da Constituição, de modo que, nos termos da jurisprudência desta Corte, “não enseja acesso à via recursal

extraordinária o eventual dissídio interpretativo que oponha a decisão proferida pelo Tribunal *a quo* ao conteúdo de enunciado sumular do Supremo Tribunal Federal desvestido de fundamento constitucional” (ARE 893282, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 13.9.2015, e AI 126187 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 1º/9/1995). 2. Nos termos da orientação firmada no STF, o *controle jurisdicional do ato administrativo* considerado ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos Poderes, sendo permitido, inclusive, ao Judiciário sindicar os aspectos relacionados à proporcionalidade e à razoabilidade. 3. Eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo *a quo* [...] demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos e o exame da legislação local aplicável à espécie (Leis Complementares 13/1994 e 33/2003), o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida nas Súmulas 279 e 280 do STF (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1185293/PI) (BRASIL, 2020).

A respeito da adoção de medidas sanitárias de contenção à disseminação do coronavírus “com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes”, o STF aduz:

Ressalte-se, entretanto, que o caráter discricionário das medidas realizadas pelo Presidente da República, bem como de suas eventuais omissões, é passível de controle jurisdicional, pois está vinculado ao império constitucional, exigindo a obediência das autoridades ao Direito, e, em especial, ao respeito e efetividade aos direitos fundamentais. Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente,

arbitrárias (Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF) (BRASIL, 2020).

No que tange à concessão de indulto pelo Presidente da República em avaliação do juízo de oportunidade, o STF menciona:

4. Possibilidade de o Poder Judiciário analisar somente a constitucionalidade da concessão da *clementia principis*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5874/DF) (BRASIL, 2020).

Com relação ao impedimento de inclusão no Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal por descumprimento da Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, o STF diz que “a situação em tela perfaz o controle judicial de legalidade dos atos administrativos, na medida em que os argumentos esgrimidos pelos Entes Federativos serão avaliados pelo Poder Judiciário, na linha da jurisprudência pacífica desta Corte” (Ação Civil Ordinária nº 3333/GO) (BRASIL, 2021).

Da análise dessas decisões, infere-se que o regular exercício da função jurisdicional não fere o princípio da separação dos poderes. Embora o controle de legalidade do ato administrativo seja prerrogativa da Administração Pública, excepcionalmente o controle judicial é possível. A partir da efetivação dos princípios fundamentais na dimensão da proibição do retrocesso social e dos critérios legais balizadores, surge a possibilidade do efetivo controle judicial de atos vinculados e discricionários. Entre outros paradigmas, tem-se a aplicação de conceitos indeterminados, a implantação de políticas públicas relegadas referentes à segurança, à educação e ao meio ambiente, o exame do ato administrativo tido como ilegal, abusivo e com erro flagrante com base na proporcionalidade e razoabilidade, e ainda a violação a princípios expressos e implícitos.

O limite de atuação da autoridade administrativa encontra-se na máxima da proibição da arbitrariedade, marco material esse que, em sendo extravasado, nasce a possibilidade de controle jurisdicional. Existindo a necessidade de tutela efetiva de direitos fundamentais e, também, quando o tema afetar solução técnica que possa ser equacionada de várias maneiras possíveis, impõe-se a manifestação jurisdicional.

4. Considerações Finais

O regime jurídico da Administração Pública alcança diretamente o direito público e de forma reflexa o direito privado na dimensão da supremacia do interesse público sobre o particular. Pauta-se pelos parâmetros delineadores dos poderes e dos princípios irradiantes imutáveis, em especial legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança e proteção à confiança.

O conteúdo normativo do ato administrativo exterioriza a declaração estatal com efeitos jurídicos. Tem como atributos presuntivos relativos a legitimidade, a imperatividade, a autoexecutoriedade e a tipicidade. O agente capaz, o objeto lícito, a forma prescrita e não defesa em lei, a finalidade pública e o motivo são os elementos que lhe conferem existência, validade e eficácia. Os poderes de autoridade vinculados e discricionários de conveniência e oportunidade têm seus contornos fixados em lei, inclusive nos casos de extinção, nulidade, convalidação e revogação.

Em regra, o controle de legalidade do ato administrativo incumbe à Administração Pública. Excepcionalmente, o controle jurisdicional pelo STF dos atos vinculados e discricionários ilegais e abusivos é possível com o escopo de concretizar preceitos jurídicos no contexto democrático e republicano da separação dos poderes.

A constitucionalização dos princípios fundamentais propicia o alargamento da legalidade com a restrição da discricionariedade e a ampliação do controle jurisdicional do ato administrativo. A integração sistêmica da matriz procedimental proporciona condições para a realização da adequação à proibição do retrocesso social, infundindo-a no ordenamento jurídico pátrio na dimensão de avanço social, dada a propagação universal de ideias.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers . **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, Janeiro 2000. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 14 maio 2022.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de SILVA, Virgílio Afonso de. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANTES,

ARAÚJO, Carlos Maurício Lociks de. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e seu campo de aplicação nos julgados do tcu. **Revista do TCU**. Brasília, out/dez 2004. Disponível em:
<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/605/666>. Acesso em: 14 maio 2022.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Consultor Jurídico**. São Paulo. 07 dez. 2015a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 09 maio 2022.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Praxis**. Rio de Janeiro, v. 9, nº 4, 2018b. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 346. Julgamento em 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula346/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 473. Julgamento em 03 de dezembro de 1969. Publicação em 10 de dezembro de 1969. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9094.htm. Acesso em: 19 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 19 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso em Mandado de Segurança nº 24699/DF. Ministro Relator: Eros Grau. Primeira Turma. Julgamento em 30 de novembro de 2004. Publicação em 01 de julho de 2005. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94317/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 367432/PR. Ministro Relator: Eros Grau. Segunda Turma. Julgamento em 20 de abril de 2010. Publicação em 14 de maio de 2010. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur177549/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 559114/DF. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. Julgamento em 23 de março de 2011. Publicação em 14 de abril de 2011. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur191047/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 559646/PR. Ministra Relatora: Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgamento em 07 de junho de 2011. Publicação em 24 de junho de 2011. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur194147/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337/SP. Ministro Relator: Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento em 23 de agosto de 2011. Publicação em 15 de setembro de 2011. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur198252/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 417408/RJ. Ministro Relator: Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgamento em 20 de março de 2012. Publicação em 26 de abril de 2012. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur208199/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 609184/RS. Ministro Relator: Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgamento em: 05 de março de 2013. Publicação em 26 de abril de 2013. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur228946/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 800892/BA. Ministro Relator: Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgamento em 12 de março de 2013. Publicação em 07 de maio de 2013. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229653/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 634900/PI. Ministro Relator: Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgamento em 02 de abril de 2013. Publicação em 22 de maio de 2013. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur230975/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 580642/PR. Ministro Relator: Luis Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgamento em 09 de setembro de 2014. Publicação em 02 de outubro de 2014. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur278704/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 632853/CE. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em 23 de abril de 2015. Publicação em 29 de junho de 2015. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur310454/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 921576/GO. Ministro Relator: Dias Toffoli. Segunda Turma. Julgamento em 15 de dezembro de 2015. Publicação em 08 de março de 2016. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur341555/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 998344/RJ. Ministro Relator: Dias Toffoli. Segunda Turma. Julgamento em 07 de março de 2017. Publicação em 28 de março de 2017. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur365318/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 627189/SP. Ministro Relator: Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgamento em 08 de junho de 2016. Publicação em 03 de abril de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur365602/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1114732/MS. Ministro Relator: Edson Fachin. Segunda Turma. Julgamento em 18 de outubro de 2019. Publicação em 30 de outubro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur414162/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5394/DF. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 22 de março de 2018. Publicação em 18 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur398459/false>. Acesso em 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF. Ministra Relatora: Rosa Weber. Tribunal Pleno. Julgamento em 01 de fevereiro de 2018. Publicação em 01 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397310/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1174793/ PI. Ministro Relator: Edson Fachin. Segunda Turma. Julgamento em 25 de outubro de 2019. Publicação em 08 de novembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur414573/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421/DF. Ministro Relator: Luis Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento em 12 de maio de 2020. Publicação em 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436268/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segundo Agravo Regimental em Ação Civil Ordinária nº 822/PA. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em 11 de maio de 2020. Publicação em 01 de junho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425708/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1185293/PI. Ministro Relator: Edson Fachin. Segunda Turma. Julgamento em 18 de agosto de 2020. Publicação em 26 de agosto de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429686/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 13 de outubro de 2020. Publicação em 29 de outubro de 2020. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5874/DF. Ministro Redator: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 09 de maio de 2019. Publicação em 05 de novembro de 2020. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435644/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Referendo Segunda em Tutela Provisória Incidental na Arguição de Preceito Fundamental nº 754/DF. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgamento em 01 de março de 2021. Publicação em 13 de março de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441917/false>. Acesso em 19 maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Civil Ordinária nº 3333/GO. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em 25 de maio de 2021. Publicação em 02 de junho de 2021. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447565/false>. Acesso em: 14 maio 2022.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição**. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015a. 1 v.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: direito constitucional positivo**. 22. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017b. 2 v.

COSTA, Fabrício Veiga. **Princípios regentes do processo civil no estado democrático de direito**: ensaios de uma teoria geral do processo civil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. *Teoria constitucional esquematizada em quadros*. Brasília: Alumnus, 2015. Edição Kindle.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Edição Kindle.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológica constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 211 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em:

http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSHZ_1.pdf. Acesso em: 09 maio 2022.

JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre o controle da administração pública**. Salvador: Malheiros, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Edição Kindle.

SHAPIRO, Mario G., Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. **Revista Direito GV**. São Paulo: vol. 12, nº 2, mai-ago. 2016. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/63625/61706>. Acesso em 14 maio 2022.

SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, vol. 173, jul./set. de 1988. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126>. Acesso em 09 maio 2022.

COMENTÁRIOS SOBRE O PROCEDIMENTO DE ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JOANA SCHMIDT ARTES:
Mestranda no Núcleo de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo.

RESUMO: Tendo não só a doutrina mas a legislação superado a aplicabilidade de arbitragem a litígios que tenham como parte a Administração Pública, faz-se oportuna uma análise acerca de assuntos que envolvam a realização destes procedimentos arbitrais. Nesta linha, o presente artigo traz considerações acerca da seleção e da vinculação da câmara arbitral com a Administração Pública, os deveres de publicidade e transparência dos atos arbitrais em litígios em que a Administração é parte e se encerra tecendo comentários sobre o pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios destes procedimentos arbitrais.

Palavras-chave: arbitragem - Administração Pública - câmaras arbitrais - seleção - publicidade - custas - despesas

Sumário: I. Pressuposto: a admissão de arbitragem para a Administração Pública; II. Seleção da câmara de arbitragem para atuação na arbitragem que envolve a Administração Pública; III. Publicidade dos atos no procedimento arbitral; IV. Pagamento de custas e despesas; V. Conclusões; VI. Referências bibliográficas.

1. PRESSUPOSTO: A ADMISSÃO DE ARBITRAGEM PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Arbitragem, segundo professor Francisco José Cahali (2012), consiste em um procedimento no qual

as partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma cláusula contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial¹⁰⁰.

A análise da possível submissão de um litígio à arbitragem deve necessariamente passar pelo exame da arbitrabilidade. Este que comporta duas etapas: a arbitrabilidade

¹⁰⁰ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 77.

subjetiva e a arbitrabilidade objetiva. A arbitrabilidade subjetiva determina quem pode se submeter à arbitragem, ao passo que a arbitrabilidade objetiva estabelece quais matérias podem ser resolvidas por juízo arbitral, estando, portanto, relacionada ao objeto da controvérsia.

Assim, para se verificar, à luz do Direito Brasileiro, se o Estado e entes da Administração Pública brasileira (direta e indireta) podem se submeter à arbitragem é preciso analisar, primeiramente, se estes passam pelo crivo da arbitrabilidade subjetiva. Somente após ultrapassada essa etapa, examina-se a arbitrabilidade objetiva, perquirindo-se se o objeto da controvérsia pode ser resolvido por arbitragem, ou seja, se a matéria se relaciona à disponibilidade de direitos.

A Lei 9.307/96, Lei de Arbitragem, em sua redação original faculta “às pessoas capazes de contratar” (art. 1º) a possibilidade de solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis por arbitragem. Somente com a inclusão feita pela Lei nº 13.129/2015 (art. 1º, § 1º) a legislação passou a prever expressamente a utilização da arbitragem em litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis que envolvessem a Administração Pública. No mesmo sentido, a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21), em seu Capítulo XII, arts. 151 a 154, em cumprimento ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, Constituição Federal), positivou o uso da arbitragem pela Administração Pública¹⁰¹, de forma que se entende que foi superada a discussão acerca da suposta inarbitrabilidade subjetiva da Administração Pública.

Quanto à arbitrabilidade objetiva, ou seja, a verificação de quais conflitos que envolvem a Administração podem ser resolvidos por juízo arbitral, o principal ponto de discussão é a ideia de “disponibilidade de direitos”. Em relação a este ponto, interessante mencionar os ensinamentos de Adriana Regina Sarra de Deus¹⁰². A autora sintetiza três principais correntes doutrinárias sobre o assunto: a primeira, superada, de que nenhum ato da Administração Pública poderia ser submetido à arbitragem em razão da indisponibilidade do interesse público¹⁰³. A segunda corrente sugere uma análise de

¹⁰¹ Novamente, vale enfatizar que o uso da arbitragem pela Administração Pública é cabível para controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações, da forma como consta no parágrafo único, art. 151, da Nova Lei de Licitações.

¹⁰² SARRA DE DEUS, Adriana Regina. Arbitrabilidade objetiva e administração pública: quais matérias podem ser arbitradas?, em João Bosco Lee e Flavia Mange (eds), Revista Brasileira de Arbitragem, 2021, p. 10-46.

¹⁰³ Como sintetiza a autora, esta corrente defenderia que, em razão da indisponibilidade dos direitos que a Administração é titular, verificar-se-ia uma inarbitrabilidade objetiva. Ou seja, a Administração por tutelar

dicotomia entre interesse público primário (questões que envolvem interesses públicos coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração) e interesse público secundário (ou seja, questões que envolvem o interesse da Administração enquanto um órgão autônomo) para determinar quais atos seriam passíveis de submissão ao regime arbitral. Desta forma, segundo esta corrente, somente os interesses secundários seriam disponíveis e, portanto, passíveis de serem discutidos em arbitragem. A autora aponta falhas nesta dicotomia em razão da dificuldade em se diferenciar, na prática, os interesses primários e secundários, além de ser possível entender que o interesse público secundário também não seria disponível, dado que a Administração não pode dispor livremente de seus bens e serviços.

Conclui a autora, então, que a terceira corrente é a que possui a maior aplicabilidade prática. Esta consiste na distinção entre atos de gestão e de império. Em suma, para verificar se uma matéria é arbitrável, deve-se observar se o objeto do conflito se relaciona a atos de império, ou seja, atos que a Administração pratica em posição de "superioridade hierárquica", impondo obrigatoriedade a seus destinatários, ou se tratar-se-ia de atos de gestão, nos quais a Administração age em situação de paridade com os destinatários. Neste último caso, tem-se, por exemplo, os contratos administrativos, nos quais se verifica consentimento do particular perante a Administração. Assim, os atos de império não seriam arbitráveis, enquanto os atos de gestão, sim. Vale pontuar que a legislação brasileira não especifica quais são atos de império, ou seja, prerrogativas de poder exorbitante da Administração, e quais são atos de gestão, ou seja, decorrentes de fundamento contratual, no entanto, a análise dos casos concretos muitas vezes elucida essa situação. Para além disso, insta comentar que a autora considera que, mesmo se a matéria discutida relacionar-se a um ato de império, como, por exemplo, o exercício de uma prerrogativa exorbitante da Administração em contrato administrativo, os reflexos econômicos-financeiros sobre a relação contratual em questão ainda poderiam ser julgados em arbitragem.

O pressuposto neste artigo, portanto, é de que o uso da arbitragem pela Administração Pública é legalmente autorizado, podendo ser considerado até mesmo recomendável na medida em que privilegia o interesse público, especialmente em função da celeridade e especialidade do procedimento. Neste seguimento, as autoras Ana Lúcia Pretto Pereira e Ana Elisa Pretto Pereira Giovanni (2017, p. 1154)¹⁰⁴ defendem que a arbitragem privilegia o interesse público, não só em razão da celeridade do procedimento,

direitos que não seriam supostamente disponíveis, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse pública, não poderia dirimir conflitos por arbitragem.

¹⁰⁴ PEREIRA, Ana Lucia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. Arbitragem na Administração Pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, ed. 02, 2017. p.1154.

mas também em virtude da redução dos custos totais dos contratos, associados às perdas decorrentes de eventual litigância em juízo. Para elas (PEREIRA, GIOVANNI, 2017, p. 1155)

utilizar o termo interesse público de uma forma genérica como fator impeditivo para a realização de métodos autocompositivos de resolução de conflitos acaba por prejudicar a melhoria do funcionamento da própria máquina estatal. Já não mais é compatível com a atual estrutura social, econômica e jurídica do Estado Brasileiro essa noção genérica de interesse público, pois incapaz de regular com efetividade as atividades estatais, embora sirva como condicionante de suas ações.¹⁰⁵

Solidificado o pressuposto de arbitrabilidade subjetiva e objetiva da Administração Pública, passa-se ao objeto do presente artigo: tecer alguns comentários sobre três questões práticas relacionadas à adoção de procedimentos arbitrais pela Administração Pública brasileira: (I) a seleção e vinculação da Câmara de Arbitragem e a Administração Pública; (II) a publicidade dos atos nestes procedimentos arbitrais; e (III) o pagamento de custas e despesas destes processos arbitrais. Vale ressaltar que o presente artigo não pretende esgotar cada um destes pontos, mas tão somente levantar algumas questões e críticas, quem sabe, apresentar algumas possíveis soluções, relacionadas à prática arbitral que envolve a Administração Pública brasileira.

2. A SELEÇÃO DA CÂMARA DE ARBITRAGEM PARA ATUAÇÃO NA ARBITRAGEM QUE ENVOLVE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sobre o tema desta seção, a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) se limitou a prever que o processo de escolha pela Administração deverá observar critérios "isonômicos, técnicos e transparentes", sem trazer mais detalhes de como deve ser feita a opção por determinado árbitro ou colegiado arbitral. Vale mencionar também que apesar de ser permitida a arbitragem tanto institucional como *ad hoc* em conflitos que tenham a Administração como parte, nota-se uma preferência pela escolha por uma câmara arbitral.

A doutrina brasileira muito já discutiu sobre qual é a relação jurídica que se estabelece entre a Administração Pública e a câmara arbitral e/ou árbitros selecionados para dirimir conflitos que a envolvam. Já foi considerado que se tratava de uma relação contratual (como um contrato de prestação de serviços), de forma que, quando da seleção de uma câmara ou árbitro pela Administração, deveria-se compor um processo administrativo que comprovasse a inexigibilidade de licitação para a seleção devido inviabilidade de competição e notória especialização, nos termos do art. 25 da Lei nº

¹⁰⁵ PEREIRA; GIOVANNINI. Op. cit. p. 1155.

8.666/93. Neste sentido, inclusive, havia previsão no Decreto nº 8.465/2015 (art. 7º, § 3º) que regulamentava as arbitragens para dirimir conflitos no âmbito do setor portuário. O Decreto foi posteriormente revogado e entende-se pelo não cabimento desta concepção. Isto porque, numa relação contratual tem-se a obrigação de uma parte perante a outra ou então obrigações recíprocas entre as partes. No caso da arbitragem, tem-se uma convenção na qual um terceiro (câmara ou árbitro) compõe um litígio e o resultado tem impacto perante toda a coletividade, já que esta decisão tem eficácia de sentença judicial.

Também se considerava como uma solução para definir o vínculo jurídico entre a câmara arbitral/ árbitro e a Administração a concepção de que, na verdade, não se trataria de um contrato de prestação de um serviço mas de um convênio, como nos termos daqueles firmados no âmbito da Lei nº 13.019/14, já que poderia se considerar que tratava-se de uma mútua cooperação que visa ao interesse comum. No entanto, é evidente que a câmara arbitral/ árbitros, contrariamente do que se verifica nas parcerias com as organizações da sociedade civil, se apropriam dos valores recebidos para a realização das suas atividades, distribuindo eventuais lucros auferidos. Novamente, verifica-se o descabimento desta relação jurídica como uma das hipóteses de inexigibilidade para chamamento público conforme previstas na Lei das OSCs.

Tendo tudo isso em vista, o professor Marçal¹⁰⁶ conclui que a escolha da câmara arbitral/ árbitros pela Administração Pública nada mais seria do que uma decisão discricionária que deve ser devidamente motivada. Interessante notar que Marçal também fala do credenciamento das câmaras arbitrais como mais uma solução desastrosa para formalizar esta relação jurídica.

Como se sabe, no credenciamento a Administração Pública estabelece critérios mínimos de qualificação das câmaras de arbitragem, critérios estes que podem compreender desde tempo de funcionamento da instituição, atestado de idoneidade e até mesmo comprovação de experiência prévia na condução de procedimentos que a Administração figurou como parte. Estes requisitos são comprovados no momento do credenciamento das referidas instituições e, caso o mesmo seja negado o registro pela Administração, a decisão é passível de recurso administrativo. Desta forma, a seleção da câmara arbitral em caso de controvérsia instaurada que decorra de contrato administrativo se daria entre uma das câmaras arbitrais credenciadas junto à Administração.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 110, abril de 2016, disponível em <https://www.justen.com.br/pdfs/IE110/IE%20110%20-%20MJF%20-%20Escolha%20de%20Institui%C3%A7%C3%B5es%20e%20%C3%81rbitros%20e%20a%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es.pdf>. Acesso em 20 jun. 2022.

Considerando, portanto, como já pontuado, que a escolha da câmara arbitral não se submete às regras de licitação, mas à um juízo de conveniência e oportunidade, o principal desafio reside na escolha pública da instituição. Basicamente os autores pontuam a dificuldade no exercício de escolha pública em razão tanto da tradicional cultura do regime administrativo, a qual colide frontalmente com a noção de autonomia da vontade, própria das práticas arbitrais. Também menciona-se a inibição das escolhas públicas diante o “medo” dos servidores do controle externo, o que ficou conhecido como o “apagão das canetas”.

Assim, poderia se entender que o credenciamento surgiu como uma alternativa viável para suprir essas dificuldades de escolha na medida em que parece se adequar melhor ao regime de direito público, supostamente cumprindo os critérios supramencionados trazidos pela Nova Lei de Licitações, especialmente isonomia e transparência. Além disso, pode-se observar o credenciamento como um formato de escolha que dá segurança e conforto decisório aos gestores, sendo um meio célere de escolha da câmara arbitral e que reduz comportamentos oportunistas que poderiam surgir quando desta decisão.

O Decreto nº 10.025/2019, que regulamenta a arbitragem nos setores portuário, de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário tem um capítulo específico para a escolha da câmara arbitral por credenciamento. Em resumo, traz as exigências de credenciamento supracitadas¹⁰⁷, sendo estas: “*I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa*”. Fundamenta, assim, o que Egon Bockmann e Elisa Schmidlin chamaram de tríade “cautela, segurança jurídica e eficiência administrativa”¹⁰⁸.

A crítica de Marçal pelo credenciamento seria que ele resultaria numa situação na qual não seria possível diferenciar as câmaras credenciadas, perdendo-se, desta forma, a possibilidade de seleção baseada por critérios específicos a depender, inclusive, do conflito

¹⁰⁷ Segundo trabalho de Egon Bockmann e Eisa Schmidlin, estes critérios remontam ao art. 10 da Lei Estadual de Minas Gerais nº 19.477/2011: I - estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos; II - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; III - ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo; IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

¹⁰⁸ BOCKMANN MOREIRA, Egon; SCHMIDLIN CRUZ, Elisa. O credenciamento de câmaras arbitrais pela administração pública. Revista Jurídica da Procuradoria- Geral do Estado do Paraná, Curitiba, v. 11. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-12/2020_007_credenciamento_de_camaras_arbitrais_moreira-cruz.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022. p. 120.

a ser resolvido.

Vale também tratar da suposta reserva de mercado que o credenciamento cria para as câmaras arbitrais já existentes, dificultando o acesso a novas instituições que possam surgir, seja pelo prazo de funcionamento ou pela prévia experiência em litígios envolvendo a Administração. Por outro lado, é de se pontuar que a própria pluralidade de câmaras arbitrais, na quantidade como verificada no país, é uma peculiaridade que é praticamente única no Brasil, o que imagina que também se justifica em razão não somente da extensão territorial pátria, mas também chega a ser um atrativo para arbitragens internacionais, principalmente nos países vizinhos da América Latina.

A defesa a uma possibilidade de maior adesão a novas câmaras arbitrais a litígios envolvendo a Administração Pública poderia se relacionar a possibilidade de resolução de conflitos por arbitragem envolvendo contratações de menor vulto econômico, por exemplo, em municipalidades pequenas, distribuídas Brasil afora. Esta questão se relaciona a outro tema a ser posteriormente discutido no presente artigo: o pagamento de custas e despesas do procedimento arbitral pela Administração Pública. Quanto menor a municipalidade, menos recursos disponíveis para a adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente a arbitragem. Evidente que a constituição de novas câmaras arbitrais para discutir litígios decorrentes de contratos administrativos de menor relevância econômica devem observar não somente o ordenamento jurídico vigente no que se refere à arbitragem mas, principalmente, práticas anticorrupção. Também há certas formalidades que não podem ser abandonadas quando da criação e opção por novas câmaras arbitrais, ainda mais quando se trata de litígios envolvendo recursos públicos, como a idoneidade e impessoalidade.

Neste cenário de um vislumbre de possível popularização da arbitragem, talvez faça mais sentido abandonar a predileção por uma arbitragem institucional envolvendo a Administração Pública para certos casos e priorizar a escolha de um único árbitro, especialmente para dirimir estes conflitos de menor expressividade econômica. Esta solução poderia ser uma forma de reduzir as despesas envolvendo o processo arbitral. Verdade é que a atual realidade orçamentária de diversas municipalidades brasileiras e até mesmo de outros órgãos da Administração, direta ou indireta, impossibilita a adoção da arbitragem para resolução de conflitos. Nestes casos, abre-se mão da celeridade e especialidade do procedimento arbitral e levam-se os conflitos ao Judiciário, onde ao menos há uma isenção das custas processuais.

Outro problema relacionado ao credenciamento seria que os requisitos mencionados acima são comprovados por mera declaração da câmara, sob as penas da lei. Nesta situação esbarra-se no sigilo que muitas vezes envolve o procedimento arbitral, tema

que também será mais detalhadamente tratado abaixo. Como é possível demonstrar experiência da instituição em procedimento arbitral envolvendo a Administração se, no caso de muitas câmaras arbitrais, como se verá abaixo, estas sequer publicizam se já administraram este tipo de procedimento?

3. PUBLICIDADE DOS ATOS NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Nada impede que as câmaras arbitrais apresentem documentação referente a procedimentos envolvendo a Administração mediante solicitação de terceiros, cumprindo dever de transparência de forma passiva. Como no caso mencionado no tópico anterior, esta documentação poderia ser apresentada ao órgão da Administração quando solicitado para conseguir atender aos requisitos exigidos no credenciamento. No entanto, é de se comentar a falta de publicidade e transparência relacionada à arbitragem.

O sigilo não é uma característica relacionada exclusivamente a procedimentos arbitrais que tenham como parte a Administração Pública. Todavia, não há nenhuma previsão que imponha que a arbitragem, quando realizada entre particulares, ou não, seja sigilosa. Todavia, no caso de arbitragem entre particulares, o sigilo costuma ser convencionado entre as partes. Mas, entende-se que a mesma solução não é aplicável às arbitragens que envolvam a Administração Pública. Isto porque a Constituição Federal expressamente prevê no *caput* do art. 37 o dever de publicidade à Administração Pública. Da mesma forma, a Lei nº 13.129/2015 que alterou a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) positivou a necessidade de que seja respeitado o princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam a Administração. Isso sem mencionar o art. 22, da Lei de Concessões¹⁰⁹, e o art. 4º, V, da Lei de Parcerias Público-Privadas¹¹⁰, que geram o dever de transparência em contratos que envolvem esses modelos de contratação, podendo-se entender que este dever é estendido para caso estes contratos sejam discutidos em arbitragem. Também a Nova Lei de Licitações prevê expressamente no art. 152 o dever de observância à publicidade em arbitragens que tenham como parte a Administração Pública.

Novamente, por mais que o princípio da publicidade seja positivado em lei, a legislação não detalha qual a extensão de sua aplicabilidade: Todos os atos do procedimento arbitral que envolve a Administração deve ser público? Ou somente a publicação de algumas peças principais como iniciais, contestações e sentença já seriam suficientes para atender aos princípios da publicidade e da transparência? Mais ainda, a disponibilização destes documentos deve ser de iniciativa das câmaras arbitrais ou da

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Art. 22. É assegurada a qualquer pessoa a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 11.079/2004. Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: V – transparência dos procedimentos e das decisões.

própria Administração?

Começando pelo último questionamento, vale ressaltar que é a Administração que está sujeita a Lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011), conforme consta em seu art. 1º, o que, a primeira vista, poderia gerar o entendimento que a lei impõe ser dever exclusivo desta o fornecimento de eventual documentação relacionada a um procedimento arbitral em que seja parte. Deve-se mencionar que a Lei de acesso à informação é bastante categórica ao estabelecer em seu art. 3º que a publicidade é a regra, sendo o sigilo exceção (inciso I) e que há um dever de divulgação independentemente de solicitação, ou seja, impõe-se um dever de transparência ativa. Assim, seguindo este entendimento, uma solução seria a apresentação pela Administração Pública no site da repartição que participou do procedimento arbitral a divulgação dos documentos relacionados àquele procedimento arbitral.

Em interessante artigo publicado no site JOTA¹¹¹, Clarissa Marcondes Macéa pontua que, novamente há uma pluralidade de normativos, seja no âmbito federal ou estadual, que disciplinam de diferentes formas como deve ser cumprido o dever de transparência em caso de litígios arbitrais que envolvem a Administração Pública. A Advocacia-Geral da União disponibiliza em seu site algumas informações e documentos sobre arbitragens em que a União figura como parte. A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) divulga ainda mais documentos do que a AGU referentes a arbitragens que participou, sendo exceção dentre as demais agências reguladoras federais. A autora ainda pontua que, no Estado de São Paulo, a Procuradoria-Geral do Estado divulgaria os principais atos de processo arbitral em seu sítio eletrônico, enquanto o Município de São Paulo impõe este dever à câmara arbitral. No caso do Estado do Rio de Janeiro, a autora pontua que a PGE-RJ somente disponibilizaria os atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado.

Nota-se, portanto, que dado a pluralidade de repartições públicas e inclusive de seus sítios eletrônicos (que podem ser desde *sites* de fácil acesso com vasta gama de informações até outros com *layouts* um pouco acessíveis e de escassa documentação), entende-se que essa solução pode não ser a mais eficaz para que o princípio da publicidade seja satisfatoriamente atendido.

Há de se observar, no entanto, que a Lei de acesso à informação impõe ao Judiciário (art. 1º, I) os mesmos deveres de transparência, sendo evidente que este dever é cumprido por todos os Tribunais, sejam estaduais ou federais, de primeira e segunda

¹¹¹ MACÉA. Clarissa Marcondes. Publicidade na arbitragem com a Administração Pública: normativa e prática recentes. Portal Jota. 21 out. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/publicidade-arbitragem-administracao-publica-21102021>. Acesso em 20 jun. 2022.

instância, bem como Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Evidente notar que é de maior facilidade ao órgão julgador disponibilizar os documentos que recebe das partes que embasam sua decisão, de forma que se nota um claro paralelismo com esta situação à um julgamento realizado por uma câmara arbitral. Portanto, nota-se uma resistência, na opinião da autora deste artigo, desrazoável, por parte das câmaras arbitrais do país em disponibilizar em seus sítios eletrônicos dados sobre arbitragens envolvendo a Administração Pública.

Em pesquisa realizada, em junho de 2022, nos sites oficiais das câmaras arbitrais credenciadas junto ao Estado de São Paulo¹¹² (AMCHAM Brasil, CAM-CCBC, CIESP/FIESP, CCI, CAESP) e ao Estado do Rio de Janeiro¹¹³ (CAM-CCBC, CBMA, FGV, CAMARB) foi possível verificar que, dentre as oito câmaras credenciadas, quatro não trazem nenhuma informação sobre a realização de procedimentos arbitrais que tenham como parte a Administração Pública (CAESP, FGV, AMCHAM e CBMA). Dentre as outras quatro, três (CAM-CCBC, CAMARB e CIESP/FIESP) trazem informações sobre a quantidade de procedimentos arbitrais que administraram e tiveram como parte órgãos da Administração Pública, trazendo também o nome das partes em alguns destes procedimentos. Por fim, a CCI somente traz estas informações se realizada busca especificamente do órgão da Administração, não trazendo dados sobre a totalidade dos procedimentos arbitrais já administrados, ou ainda em andamento, que envolvam estes órgãos. Em nenhum dos sites oficiais destas câmaras arbitrais foi disponibilizado qualquer documento referente a estes procedimentos. Sequer é informado qual o objeto do litígio.

Nota-se, assim, que evidentemente não tem sido iniciativa das câmaras arbitrais disponibilizar quaisquer documentos (ou sequer informações muito detalhadas) sobre procedimentos arbitrais que envolvam a Administração, afastando-se, em muito, da transparência ativa que sugere a Lei de acesso à informação. Seria possível pensar que, assim como é feito no Judiciário, estas câmaras poderiam providenciar ferramentas de acesso integral aos processos que envolvessem a Administração Pública, ressalvado, claramente, as hipóteses de sigilo previstas na legislação¹¹⁴. Ao menos poderia se definir,

¹¹² Disponível em http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/Arquivos/Camaras.pdf. Acesso em 24 jun.2022.

¹¹³ Disponível em <https://pge.rj.gov.br/entendimentos/arbitragem>. Acesso em 24 jun.2022.

¹¹⁴ Como exemplo, pode-se mencionar BRASIL. Decreto nº10.025/2019. Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.

O referido Decreto ainda vai além e prevê que: § 1º Exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações de que trata o inciso IV do **caput**.

quando do início do procedimento arbitral, em comum acordo entre as partes, quais documentos seriam disponibilizados em plataforma oficial das câmaras arbitrais. Contudo, estas instituições parecem seguir a conduta implícita de sigilo que prevalece nas arbitragens envolvendo particulares.

Não se pretende concluir com as colocações deste tópico que o dever de publicidade seria de exclusiva responsabilidade das câmaras arbitrais. Apenas que estas poderiam, em cooperação com os órgãos da Administração Pública, auxiliar para o melhor cumprimento dos princípios de publicidade e transparência.

4. PAGAMENTO DE CUSTAS E DESPESAS

Finalmente, outra dificuldade que ainda obstaculiza a adoção do procedimento arbitral pela Administração Pública brasileira é o pagamento de custas e despesas da câmara arbitral, isso sem mencionar os honorários dos árbitros. Como contrapartida à celeridade e especialização, o custo financeiro envolvido em um processo arbitral é bastante elevado, se comparado ao processo judicial. Como já mencionado anteriormente, as custas e despesas da arbitragem podem ser consideradas impedimentos para a adoção do procedimento arbitral pela Administração Pública tendo vista as limitações orçamentárias a que estão sujeitos os entes públicos.

A solução que é mais comumente se adota para os procedimentos arbitrais em que a Administração é parte é que o particular que firmou o contrato administrativo adiante o pagamento do valor necessário para a instauração do feito, incluindo-se os honorários dos árbitros. Esta solução se verifica tanto no Art. 9º do Decreto nº

10.025/2019¹¹⁵, como na Lei nº 13.448/2017, em seu artigo 31, §2º¹¹⁶. Ao final da arbitragem, a depender da sentença arbitral, a Administração pode ser condenada a restituir ao particular parte ou a integralidade deste valor. No entanto, a solução demonstra-se muitas vezes insuficiente, tanto para os casos de maior vulto econômico, quanto para os de menor. O montante despendido para instauração do processo arbitral pode ser muito excessivo ao particular e, segundo esta prática, o valor é devido à câmara arbitral pelo particular mesmo se o procedimento seja instaurado por iniciativa da Administração. Sem falar da demora para pagamento pela Administração, o qual é muitas vezes realizado pela expedição de precatórios.

É imperioso que a Administração, ao firmar um contrato administrativo que possua cláusula compromissória, faça as devidas reservas orçamentárias de forma a considerar a hipótese deste contrato vir ser questionado em juízo arbitral. Este necessário contingenciamento seria suficiente para solucionar os casos em que a Administração tivesse a iniciativa de instaurar o processo arbitral ou ao menos para adiantar algumas despesas do procedimento, desfogando o particular nestas situações e em respeito à responsabilidade fiscal com os recursos públicos.

Não é muito claro a esta autora, todavia, o motivo pelo qual as câmaras arbitrais

¹¹⁵ BRASIL. Decreto nº 10.025/2019. CAPÍTULO VI - DOS CUSTOS DA ARBITRAGEM. Art. 9º As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral, em especial: I - as custas da instituição arbitral; e II - o adiantamento dos honorários arbitrais. § 1º Para fins do disposto no caput, considera-se como contratado: I - o concessionário; II - o subconcessionário; III - o permissionário; IV - o arrendatário; V - o autorizatário; o VI - o operador portuário. § 2º Na hipótese de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da arbitragem. § 3º As despesas decorrentes da contratação de assistentes técnicos serão de responsabilidade das partes e não serão restituídas ao final do procedimento arbitral, hipótese em que caberá ao órgão ou à entidade representada assegurar-se da disponibilidade orçamentária para a eventual contratação de terceiros. § 4º Exceto quando as partes convencionarem em sentido contrário, os custos relacionados à produção de prova pericial, incluídos os honorários periciais, serão adiantados pelo contratado, nos termos estabelecidos no caput. § 5º As decisões condenatórias estabelecerão a forma de atualização da dívida que inclua correção monetária e juros de mora, observada a legislação de regência. § 6º Na hipótese de condenação em honorários advocatícios, serão observadas as regras estabelecidas no art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil, excluído o ressarcimento, por quaisquer das partes, de honorários contratuais. § 7º A restituição das custas e das despesas eventualmente devidas pelo órgão ou pela entidade representada poderá observar o disposto no § 2º do art. 15.

¹¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.448/2017. Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. § 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

não poderiam, para a instauração de um procedimento arbitral que envolva a Administração, pensar em outras alternativas. Talvez não exigir a integralidade do pagamento pelo particular, mas apenas a metade do que é necessário para a instauração do processo e depois exigir compensação da Administração, inclusive considerando a possibilidade de as próprias instituições se tornarem as credoras da Administração. Novamente, isto seria cabível em casos como nos quais os particulares que firmaram os contratos administrativos sejam, por exemplo, concessionárias em recuperação judicial. É sabido que as câmaras arbitrais são instituições bastante prósperas financeiramente e soluções como as pontuadas acima, bem como outras hipóteses de isenção de alguns custos específicos¹¹⁷, ou ao menos maior flexibilização de pagamento para a instauração dos procedimentos (por exemplo, admitindo possibilidade de parcelamento pelo particular), poderiam ser adotadas. Estas medidas poderiam a menos ser traçadas pelas câmaras, sendo certamente defendido que nenhuma delas em nenhuma hipótese deve prejudicar a realização de suas atividades.

Neste mesmo sentido, CARMONA (2016)¹¹⁸, sugere que seja estabelecido na convenção de arbitragem uma limitação à verba advocatícia. A tendência é que a Administração Pública evite a incidência dessa verba, ao contrário do que imagina o particular. Este último já tem o dever de antecipar custas para a instauração do procedimento arbitral e, neste caso, ainda se veria impossibilitado de, se vitorioso, repassar parte dos custos que teve com seu advogado. A sugestão de Carmona seria estabelecer um limite que os árbitros não poderiam ultrapassar no momento da fixação dos honorários. Este limite poderia considerar um percentual da condenação ou do valor da causa, tendo o autor até mesmo sugerido outros critérios¹¹⁹.

5. CONCLUSÕES

Ante todo o exposto, entende-se superada a impossibilidade de a Administração dirimir litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis em sede de arbitragem. A legislação brasileira positivou a possibilidade da realização de arbitragens que tenham a Administração Pública direta e indireta como parte, eliminando quaisquer dúvidas acerca da legalidade de tal opção. Muitos litígios já têm sido solucionados desta forma e os

¹¹⁷ Sugere-se isenção de custos como aluguel de salas, tendo em vista, inclusive, a possibilidade de realização de audiências *online*, cópias e outras taxas administrativas que não impliquem em prejuízo financeiro às câmaras arbitrais.

¹¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública - primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. Revista Brasileira de Arbitragem. Ano XIII. n. 51. jul. 2016. p. 16.

¹¹⁹ Fala-se em levar em conta "o decaimento parcial do pedido, o comportamento das partes durante o processo, a provocação de incidentes processuais, a duração da arbitragem, a quantidade de audiências, entre tantas outras fórmulas possíveis". CARMONA, Op. cit. p. 17

benefícios, especialmente da celeridade e da especialidade já são usufruídos.

O presente artigo, então, visou discutir três temas que são peças-chave quando o assunto é a participação da Administração em procedimentos arbitrais: a vinculação jurídica e a forma de seleção da câmara arbitral; a publicidade dos atos da arbitragem que tem como parte a Administração Pública; e o pagamento de custas e despesas em arbitragens com a Administração.

Quanto ao primeiro ponto, conclui-se, na linha do que defende Marçal Justen Filho, que a escolha da câmara arbitral deveria ser uma decisão discricionária e motivada da Administração Pública, de forma a se respeitar a especificidade de cada caso. Tal decisão, inclusive, poderia ser passível de recurso, caso verificado qualquer direcionamento ou irregularidade. No entanto, a solução que comumente tem sido adotada, inclusive em legislação para esta seleção, é de câmaras arbitrais por meio de credenciamento junto à Administração Pública ante a comprovação de certos requisitos definidos em lei. Apesar de a medida facilitar a escolha pelos administradores, eliminando o receio do abuso do controle externo, entende-se que ela pode criar uma reserva de mercado. Isto porque a exigência de experiência prévia em litígios que envolvam a Administração podem impedir, por exemplo, que outras câmaras com notoriedade possam ser credenciadas, ou até mesmo que surjam novas câmaras arbitrais que passem a se especializar neste tipo de litígio.

Passando ao assunto da transparência, nota-se que a legislação atual ou é bastante vaga, impondo somente que a arbitragem com a Administração Pública deve obedecer ao princípio da publicidade, ou difere nas diversas instâncias da Administração. Ora impõe que é dever das câmaras arbitrais disponibilizar dados sobre arbitragens que a Administração figure como parte, ora impõe este dever aos próprios órgãos públicos e difere também sobre se este dever de transparência é ativo ou se somente serão divulgados mediante requerimento. Este cenário de indefinição gera a reflexão de que caberia que as câmaras arbitrais auxiliassem no atendimento ao princípio da publicidade, vez que, em paralelo ao que se observa no Judiciário, ela é a parte que gerencia os documentos de ambas as partes do litígio e que emite a sentença que possui eficácia de sentença judicial. Isto, no entanto, sem prejuízo de que sejam respeitadas as hipóteses de sigilo previstas na legislação, bem como, até mesmo, que as partes convençionem, no início da arbitragem, quais serão os documentos públicos, respeitando, no entanto, um dever mínimo de transparência, com a disponibilidade dos principais documentos do processo. Não é, porém, o que se verifica na prática atual das câmaras arbitrais, as quais sequer tendem a divulgar qual o objeto do litígio discutido em regime arbitral, prevalecendo a confidencialidade típica de arbitragens envolvendo particulares.

Por fim, menciona-se o pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios nas arbitragens envolvendo a Administração Pública. A sugestão é de maior flexibilização das câmaras arbitrais de forma a estabelecer maneiras mais igualitárias de distribuição dos custos e despesas, sem onerar excessivamente os particulares. As câmaras poderiam adotar medidas que possibilitem maior interesse pela adoção da arbitragem em maior gama de litígios que envolvam a Administração Pública, não somente aqueles que envolvam contratos de maior vulto econômico. Assim, as câmaras, nestes casos, passariam a ter sua atividade norteada somente à obtenção de lucros, mas visando a resolução de litígios de forma a melhor atender ao interesse público. Impõe-se também que a Administração realize um contingenciamento dos contratos que firma com cláusula compromissória, agindo com maior responsabilidade fiscal, de forma a arcar com as próprias custas e despesas dos processos que pretende iniciar em sede arbitral.

Há, portanto, que se pensar em formas de ampliar a utilização da arbitragem pela Administração Pública, o que se entende que só vai poder ser alcançado na medida em que forem cada vez mais alinhados os interesses público e privados. Para tanto, nas arbitragens futuras deve-se não só incentivar maior cooperação entre a Administração e as câmaras arbitrais eliminando, mas eliminar outras barreiras que dificultem o acesso a essa forma de resolução consensual de conflitos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOCKMANN MOREIRA, Egon; SCHMIDLIN CRUZ, Elisa. O credenciamento de câmaras arbitrais pela administração pública. *Revista Jurídica da Procuradoria- Geral do Estado do Paraná, Curitiba*, v. 11, p. 111–132, Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-12/2020_007_credenciamento_de_camaras_arbitrais_moreira-cruz.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública - primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Ano XIII. n. 51. jul. 2016. p. 7-21.

JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 110, abril de 2016, disponível em <https://www.justen.com.br/pdfs/IE110/IE%20110%20-%20MJF%20-%20Escolha%20de%20Institui%C3%A7%C3%B5es%20e%20%C3%81rbitros%20e%20a%2>

0Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es.pdf. Acesso em 20 jun. 2022.

MACÉA, Clarissa Marcondes. Publicidade na arbitragem com a Administração Pública: normativa e prática recentes. Portal Jota. 21 out. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/publicidade-arbitragem-administracao-publica-21102021>. Acesso em 20 jun. 2022.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e administração pública. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/2015_003artigo_2_arbitragem_e_administracao_publica.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. Arbitragem na Administração Pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 10, ed. 02, p. 1146 - 1161, 2017.

SARRA DE DEUS, Adriana Regina. Arbitrabilidade objetiva e administração pública: quais matérias podem ser arbitradas?, em João Bosco Lee e Flavia Mange (eds), Revista Brasileira de Arbitragem, 2021, p. 10-46.

ANEXO I

Pesquisa nos sites oficiais das Câmaras Arbitrais credenciadas nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro

#	Câmara arbitral	Estado credenciado	Site Oficial	Observações
1	CAESP - Conselho Arbitral do Estado de São Paulo	SP	https://caesp.org.br/	Apesar de ser disponibilizado regulamento de arbitragem para Administração Pública em que consta que "66. O procedimento arbitral no âmbito do direito público

				<p><i>será regido pelos princípios da publicidade e transparência.", o site não traz nenhuma informação sobre procedimentos arbitrais que envolvam a Administração Pública, seja quantidade de procedimentos, as partes envolvidas ou quaisquer documentos relacionados</i></p>
2	CAM-CCBC - Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)	SP e RJ	<p>https://ccbc.org.br/</p> <p>Outros links úteis:</p> <p>https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/arbitragem-estatisticas/</p> <p>https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem-arbitragem-com-adm/</p>	<p>O site traz informações em relatório anual sobre a quantidade de procedimentos arbitrais que envolviam/ envolvem a Administração pública direta e indireta no referido ano, bem como novos procedimentos protocolados junto à Câmara. No entanto, o último relatório disponível é do ano de 2019. O site também disponibiliza lista de procedimentos arbitrais que tem como partes entes da administração pública direta. Só são disponibilizados os nomes dos órgãos. Não foi disponibilizado nenhum documento relacionado aos</p>

				procedimentos listados.
3	CBMA - Centro brasileiro de Mediação e Arbitragem	RJ	https://cbma.com.br/	O site não traz nenhuma informação sobre procedimentos arbitrais que envolvam a Administração Pública, seja quantidade de procedimentos, as partes envolvidas ou quaisquer documentos relacionados.
4	CAMARB - Câmara de mediação e Arbitragem Empresarial	RJ	https://camarb.com.br Outros links úteis: https://camarb.com.br/arbitragem-arbitragens-com-a-administracao-publica/	A CAMARB disponibiliza a quantidade de procedimentos arbitrais que administrou envolvendo a Administração. Também disponibiliza relação dos procedimentos arbitrais iniciados a partir de setembro de 2017 informando nome das partes e status atual do processo (se encerrado ou em andamento). Não foi disponibilizado nenhum documento relacionado aos procedimentos listados.
5	Câmara de Mediação e Arbitragem da FGV	RJ	https://camara.fgv.br/	O site não traz nenhuma informação sobre procedimentos arbitrais

				que envolvam a Administração Pública, seja quantidade de procedimentos, as partes envolvidas ou quaisquer documentos relacionados.
6	Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM	SP	https://www.amcham.com.br/oque-fazemos/arbitragem-e-mediacao	O site não traz nenhuma informação sobre procedimentos arbitrais que envolvam a Administração Pública, seja quantidade de procedimentos, as partes envolvidas ou quaisquer documentos relacionados.
7	Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP	SP	http://www.camaraarbitragemsp.com.br/pt/index.html Outros links úteis: http://www.camaraarbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/arbitragens-administracao-publica.html	A Câmara informa que já realizou " <i>mais de 20 procedimentos arbitrais</i> " envolvendo partes da Administração. Informa que a partir de " <i>4 de outubro de 2021, com a edição da Resolução 9/2021, a Câmara passará a publicar em seu site, para as novas arbitragens instauradas com entes da Administração Pública, os seguintes dados: número do procedimento, data do requerimento, nome das partes envolvidas e o</i> "

				<p><i>status do caso. Informações adicionais somente serão prestadas a terceiros interessados, mediante consulta às Partes e ao Tribunal Arbitral, observando-se a legislação em vigor."</i></p> <p>Ainda não constava nenhuma destas informações, possivelmente em razão de nenhuma nova arbitragem ter sido instaurada após a vigência da referida instituição. A Câmara não disponibiliza nenhum documento referente aos procedimentos arbitrais supracitados.</p>
8	Câmara de Comércio Internacional (CCI)	SP	https://www.iccbrasil.org/	<p>Foi possível localizar no site algumas informações sobre procedimentos arbitrais envolvendo a Administração desde que realizada pesquisa específica com o nome do órgão relacionado. A ferramenta de pesquisa é em inglês e as informações trazidas são: nome das partes, dos árbitros e o status da ação (se encerrado ou em andamento). Não foi</p>

				disponibilizado nenhum documento relacionado a estes procedimentos.
--	--	--	--	---

Acessos em 24 jun. 2022.

PARQUES ECOLÓGICOS COMO RECANTOS DE LAZER E CULTURA: edificando uma proposta de ampliação do Parque Urbano Maria do Socorro Moreira, Zona Ambiental Oeste de Belo Horizonte (MG)

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:

Geógrafo e Historiógrafo, Especialista na área de Educação, Patrimônio e Paisagem Cultural (Filosofia da Arte e Educação, Metodologia de Ensino de História, Museografia e Patrimônio Cultural, Políticas Públicas Municipais). Biólogo e Gestor Ambiental, Especialista na área de Educação, Patrimônio e Paisagem Natural (Administração escolar, Orientação e Supervisão, Ecologia e Monitoramento Ambiental, Gestão e Educação Ambiental)

FLÁVIO MOREIRA DA SILVA

(coautor)

RESUMO: O presente artigo centra-se em questões contemporâneas do Direito Ambiental. Belo Horizonte, (MG), se destaca como a urbe das grandes praças: Boa Viagem, Carlos Chagas, Diogo de Vasconcelos, Floriano Peixoto, Liberdade, Milton Campos, Raul Soares, Rio Branco, Rui Barbosa e São José, todas inseridas no Hipercentro da cidade, a partir do início do século XX e com mais de dez mil metros quadrados. Mas a municipalidade apresenta muitos parques ecológicos com perímetros inferiores às praças citadas como o Halley Alves Bessa, com apenas 3.200 m². Entendendo estes lugares como espaços de cultura e lazer o presente trabalho discute propostas de ampliação e requalificação de Bosques, Parques e Praças nas regionais Central, Leste, Nordeste, Noroeste, Norte, Oeste, Sudeste, Sudoeste e Sul da capital mineira. A Zona Ambiental Oeste da capital de Minas Gerais conta com 19 parques urbanos e ambientes ecológicos. O legislativo de Belo Horizonte, por sua vez, tem militado, construindo propostas de ampliação, criação e implantação de novos parques consolidando-os como ambientes de cultura e lazer. Na Zona Ambiental Oeste de Belo Horizonte, encontra-se um parque chamado Maria do Socorro Moreira, e conhecido como Parque do Aeroporto Carlos Prates. Sua importância para as adjacências é uma discussão que apenas se inicia, com vistas a mobilizar a coletividade para juntos, construir uma proposta de ampliação do Parque Urbano Maria do Socorro Moreira. A metodologia deste trabalho baseou-se em ampla revisão bibliográfica acerca da relevância cultural e ecológica dos parques urbanos, com destaque para a Unidade de Conservação mencionada

PALAVRAS CHAVE: Cultura; Ecologia; Lazer; Parque; Urbanidade;

INTRODUÇÃO

A jurisdição brasileira é de quase 8.500.000 km² dos quais, conforme dados do Cadastro Nacional de Unidades de Conservação, cerca de 2.544.917 km² estão propostos às distantes tipologias de Unidades de Conservação, eliminadas as Terras de Comunidades Tradicionais como áreas indígenas e quilombolas. Da superfície do mundo, cerca de 14,7 % da plano terrestre (menos a Antártida) estão prometidos às perspectivas de proteção socioambiental. O Brasil, por inexplicável que pareça, é o país que capta o maior número de áreas socioambientais resguardadas no Planeta Terra. Prontamente, o Brasil não tem déficit de espaços protegidos, ainda que determinados biomas permaneçam insuficiente representados e façam jus a preservação mais apropriada. O que se caracteriza como uma Unidade de Conservação - UC? Para o Site do WWF (2022-a, on line) "é uma área de proteção ambiental":

As unidades de conservação (UCs) são legalmente instituídas pelo poder público, nas suas três esferas (municipal, estadual e federal). Elas são reguladas pela Lei no. 9.985, de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). Estão divididas em dois grupos: as de proteção integral e as de uso sustentável.

O problema neste assunto permanece na essência dos chamados "Parques de papel" que são as unidades de conservação simplesmente inventadas e não efetivamente implantadas. Restringem-se a apenas consignações retóricas de um hipotético acordo estatal com a salvaguarda ambiental. Entretanto, há um crescente agitação de coligações "conservacionistas" reivindicando a concepção de novas UCs. E além disso: conceitualmente, demandam-se a criação de UCs integrantes do grupo de cobertura integral, ou seja, com impedimento de ações socioeconômicas e com a reivindicação de desapropriação. Não é necessário empenho intelectual para se averiguar que tratando-se de exigência sem nexos e fadada a falha perante conflitos fiscais do Estado e do elevado custo socioambiental envolvido. A retirada de extensas parcelas do território da atividade econômica exclusivamente se explica porque os lucros ambientais excedem os valores resultantes da medida, ou contrariamente, atuar-se apenas no campo figurado e sem nenhuma implicação prática para a área socioambiental. De acordo com o site do WWF (2022-b, on line), "existem cinco tipos de unidades de conservação de proteção integral". A organização não governamental afirma que "as unidades de proteção integral não podem ser habitadas pelo homem, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais - em atividades como pesquisa científica e turismo ecológico".

ESTAÇÕES ECOLÓGICAS (ESEC): Têm como objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas. São áreas de posse e

domínio públicos, sendo que as propriedades particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas. É proibida a visitação pública, exceto com objetivo educacional, de acordo com o que dispuser o Plano de Manejo da unidade ou regulamento específico.

RESERVAS BIOLÓGICAS (REBIO): Têm como objetivo a preservação integral dos recursos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais. A exceção são as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais. São áreas de posse e domínio públicos, sendo que as propriedades particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas. É proibida a visitação pública, exceto aquela com objetivo educacional, de acordo com o que dispuser o Plano de Manejo da unidade ou regulamento específico. A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições pré-estabelecidas.

PARQUES NACIONAIS (PARNA): Têm como objetivo a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação e de turismo ecológico. São áreas de posse e domínio públicos, sendo que as propriedades particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas. A visitação pública e a pesquisa científica estão sujeitas às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração e àquelas previstas em regulamento. As unidades desta categoria, quando criadas pelo governo do estado ou prefeitura, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal.

MONUMENTOS NATURAIS (MONAT): Têm como objetivo preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica. Podem ser constituídos por áreas particulares, desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários. Caso contrário, as propriedades particulares devem ser desapropriadas. A visitação pública e a pesquisa científica estão sujeitas às normas e restrições

estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, pelo órgão responsável por sua administração ou em regulamento.

REFÚGIOS DE VIDA SILVESTRE (RVS): Têm como objetivo proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória. Podem ser constituídos por áreas particulares, desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários. Caso contrário, as propriedades particulares devem ser desapropriadas. A visitação pública e a pesquisa científica estão sujeitas às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, pelo órgão responsável por sua administração ou em regulamento.

No âmbito das UCs, a ampla empreitada alocada para a coletividade e o Estado Brasileiro é a modificação das UCs existentes em mecanismos vivos, com planos de manejo, regularização fundiária e sustentabilidade ambiental e econômica. Conquanto, o SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação tenha uma extensa listagem de opções e tipologias, o poder público tem se aprimorado em cunhar UCs que se distinguem por serem as mais custosas para a sociedade e para o próprio estado, como os parques que ordenam expropriações e locação de populações. Fonte de confusões, o exemplo não tem gerado resultados apropriados, determinando a consolidação das tais UCs de papel. O WWF (2022-c, on line) declara que "existem sete tipos de unidades de conservação de uso sustentável". A ONG, disserta que "as unidades de conservação de uso sustentável admitem a presença de moradores". o site registra ainda que "elas têm como objetivo compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável dos recursos naturais".

ÁREAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL (APA): Constituídas por terras públicas ou privadas. Respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada em uma APA. As condições para a realização de pesquisa científica e visitação pública nas áreas sob domínio público serão estabelecidas pelo órgão gestor da unidade. Nas áreas sob propriedade privada, cabe ao proprietário estabelecer as condições para pesquisa e visitação, observadas as exigências e restrições legais. A APA terá de um conselho presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes dos órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e da população residente.

ÁREAS DE RELEVANTE INTERESSE ECOLÓGICO (ARIE): Áreas geralmente de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional. Têm como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas. A Arie é constituída por terras públicas ou privadas. Respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada em seu interior.

FLORESTAS NACIONAIS (FLONA): São áreas com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e têm como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica.

Elas são de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas. Nas Flonas é admitida a permanência de populações tradicionais que a habitam quando de sua criação, em conformidade com o disposto em regulamento e no Plano de Manejo da unidade. A visitação pública e a pesquisa científica são permitidas, condicionadas às normas estabelecidas para o manejo da unidade pelo órgão responsável por sua administração. A Flona terá de um Conselho Consultivo, presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e, quando for o caso, das populações tradicionais residentes. A unidade desta categoria, quando criada pelo governo estadual ou pela prefeitura, será denominada, respectivamente, Floresta Estadual e Floresta Municipal.

RESERVAS EXTRATIVISTAS (RESEX): São áreas utilizadas por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte. Têm como objetivos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade. A Resex é de domínio público, com uso concedido às populações extrativistas tradicionais, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas. As Reservas Extrativistas serão geridas por um Conselho Deliberativo, presidido pelo órgão responsável por

sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e das populações tradicionais residentes na área. A visitação pública e a pesquisa científica são permitidas, condicionadas às normas estabelecidas para o manejo da unidade pelo órgão responsável por sua administração. A exploração comercial de recursos madeireiros só será admitida em bases sustentáveis e em situações especiais, complementares às demais atividades desenvolvidas na unidade.

RESERVAS DE FAUNA (REF): São áreas naturais com fauna de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias. Elas são adequadas para estudos técnico-científicos sobre o manejo econômico sustentável desses animais. São de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas. A visitação pública é permitida, desde que compatível com o manejo da unidade e de acordo com as normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração.

RESERVAS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (RDS): São áreas naturais que abrigam populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações. Essas técnicas tradicionais de manejo estão adaptadas às condições ecológicas locais e desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica. A RDS tem como objetivo básico preservar a natureza e, ao mesmo tempo, assegurar as condições e os meios necessários para a reprodução e a melhoria dos modos e da qualidade de vida das populações tradicionais. Ela se constitui como área de domínio público, sendo que as propriedades particulares incluídas em seus limites devem ser, quando necessário, desapropriadas. A reserva será gerida por um Conselho Deliberativo, constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e das populações tradicionais residentes na área. Nela é permitida e incentivada a visitação pública e a pesquisa científica voltada à conservação da natureza, à melhor relação das populações residentes com seu meio e à educação ambiental. A exploração de componentes dos ecossistemas naturais em regime de manejo sustentável e a substituição da cobertura vegetal por espécies cultiváveis são permitidas, desde que sujeitas ao zoneamento, às limitações legais e ao Plano de Manejo da área.

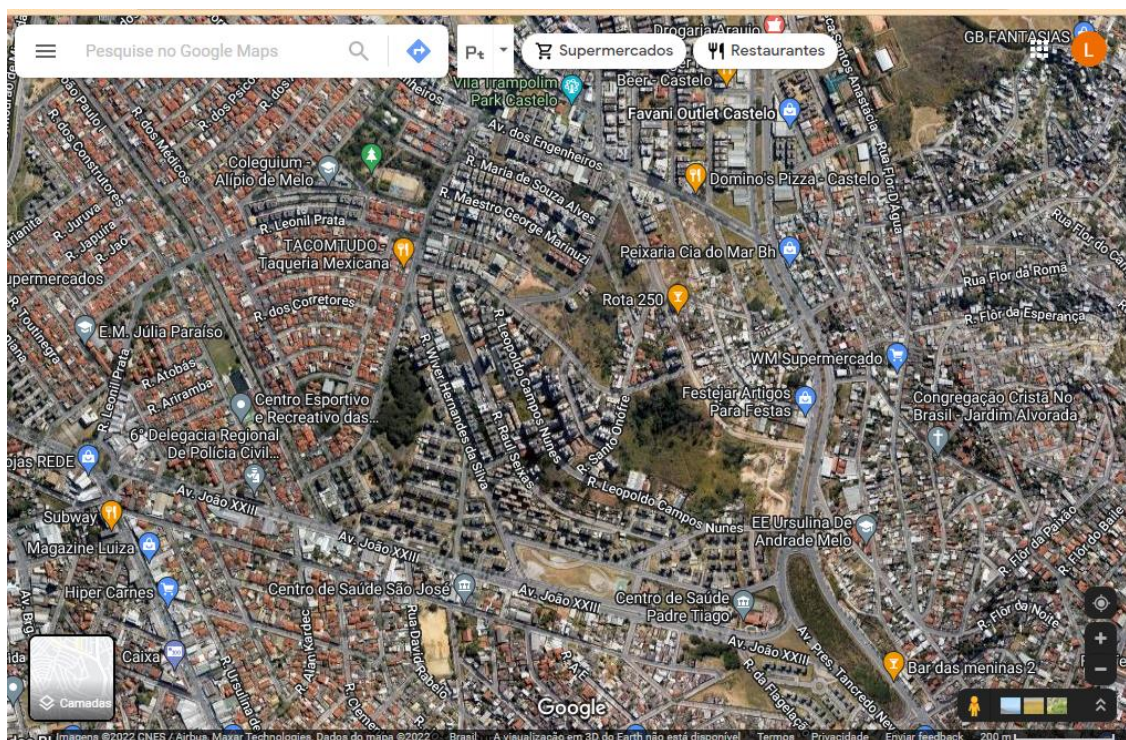
RESERVAS PARTICULARES DO PATRIMÔNIO NATURAL (RPPN): São áreas privadas com o objetivo de conservar a diversidade biológica. O termo de compromisso entre o proprietário e o governo será assinado perante o órgão ambiental, que verificará a existência de interesse público. Na RPPN só será permitida a pesquisa científica e a visita com objetivos turísticos, recreativos e educacionais.

Admiravelmente, o próprio estado não expõe um proeminente sinal que tem sido dado pelas RPPN - Reservas Particulares do Patrimônio Natural que já correspondem a cerca de um terço das áreas oficialmente protegidas no país, com custo zerado para a sociedade e o estado. Essa passagem está posta, ampliando a participação da coletividade, instalando a cooperação com os cidadãos e enfraquecendo o número de tensões. Implantar efetivamente as UCs é a expectativa comum da administração pública inovadora. A criação de novas UCs, salvo em circunstâncias específicas não é uma dianteira plausível, ao oposto, as suas finalidades tendem a ser a mera cópia de desacertos pretéritos. Seguramente, foi elogiável o movimento recente de criação de UCs, nos anos 1990 e 2000, apesar disso, os dados demonstram que, em geral, a empreitada já foi exercida. Hoje em dia, a complicação alargou. Transformar o papel em lugar vivo é o desafio da pós-modernidade brasileira.

HISTÓRIA DA ZONA OESTE DE BELO HORIZONTE - MG

A região administrativa Noroeste no município brasileiro de Belo Horizonte, no estado de Minas Gerais, é gerida pela Administração Regional Noroeste. Sua população está em torno de 340 mil habitantes. Nela acham-se os clássicos bairros nascidos com a ampliação da Capital para além dos limites da Avenida 17 de Dezembro, atual do Contorno. O Carlos Prates e o Sagrados Corações (atual Padre Eustáquio) seriam os primeiros bairros e em 1972, a prefeitura já intencionava a transformação de uma área rural (Figura 01) com atributos ecológicos destinada “a preservação de matas naturais, à implantação de parque florestal recreativo, de autódromo ou de outras obras públicas de interesse do Município”:

Figura 01 - Área da Fazenda São José, totalmente parcelada e ocupada com as duas últimas áreas verdes



Fonte: Google Earth (2022)

A Regional Noroeste, neste estudo, renomeada de Zona Oeste é a mais velha da capital (Quadro I e Figura 02). Sua ocupação começou com a estabelecimento de Belo Horizonte, como paralela ao projeto de extensão suburbana nas laterais do centro da urbe, se consolidando como a zona da boémia e de operários. A primeira ocupação deu-se em 1907 quando os primeiros habitantes abrigaram-se na Pedreira Prado Lopes, a primeira favela da nova capital, localizada na área da Lagoinha.

DECRETO Nº 2225, DE 27 DE JUNHO DE 1972.

DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO, ÁREAS DE TERRENO NO LUGAR DENOMINADO "FAZENDA SÃO JOSÉ", NAS PROXIMIDADES: DO BAIRRO PADRE EUSTÁQUIO NESTA CAPITAL.

O Prefeito de Belo Horizonte, usando de atribuições legais, e de acordo com o que lhe faculta o Decreto-lei Federal nº 3.365, de 21 de junho de 1941, decreta:

Art. 1º Ficam declaradas de utilidade pública, para fins de desapropriação, a se efetivar mediante acordo ou judicialmente, as áreas de terreno adiante descritas, situadas no lugar denominado

“Fazenda São José”, nas proximidades do Bairro Padre Eustáquio, nesta Capital:

a) área de 828.400,00 m² (oitocentos e vinte e oito mil e quatrocentos metros quadrados), de forma poligonal, compreendida dentro dos seguintes limites: a partir do ponto 0 (zero), situado no encontro dos eixos da Rua Beta com a Avenida Alfa120, limites do conjunto habitacional do BNH, de coordenadas X =31.707,171 e Y=23.737,721, do levantamento aerofotogramétrico realizado pela Cruzeiro do Sul em 1953; segue azimute 63°14` NW (sessenta e três graus e quatorze minutos NW), em linha reta, 123,14 m (cento e vinte e três metros e quatorze centímetros), até o ponto 1 (um); deste ponto, seguindo pelo eixo da Avenida Alfa, com deflexão à direita de 15°18` (quinze graus e dezoito minutos), segue 911,86 m (novecentos e onze metros e oitenta e seis centímetros), até o ponto 2 (dois) (Córrego da Ressaca); deste, com deflexão à direita, de 56°15` (519cinquenta e seis graus e quinze minutos), segue 268,00 m (duzentos e sessenta e oito metros), até o ponto 3 (três) (Valo de divisa); deste, com deflexão à direita de 87°00` (oitenta e sete graus e zero minuto), segue 94,90 m (noventa e quatro metros e noventa centímetros), até o ponto 4 (quatro); deste, com deflexão à direita de 57°30` (519cinquenta e sete graus e trinta minutos), segue 11,50 m (onze metros e 519cinquenta centímetros), até o ponto 5 (cinco); deste, com deflexão à esquerda, de 51°45` (519cinquenta e um grau e quarenta e cinco minutos), segue 80,60 m (oitenta metros e sessenta centímetros), até o ponto 6 (seis); deste, com deflexão à esquerda, de 0°30` (zero grau e trinta minutos), segue 75,40 m (setenta e cinco metros e quarenta centímetros), até o ponto 7 (sete); deste, com deflexão à direita, de 0°15` (zero grau e quinze minutos), segue 82,80 m (oitenta e dois metros e oitenta centímetros), até o ponto 8 (oito); deste, com

¹²⁰ DECRETO Nº 3693, DE 25 DE MARÇO DE 1980.

DENOMINA VIAS PÚBLICAS LOCALIZADAS NO CONJUNTO HABITACIONAL ALÍPIO DE MELO, NA CAPITAL.

O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições e tendo em vista o desejo manifestado pelos habitantes da região, decreta:

Art. 1º As Ruas Alfa e Beta, e as de indicações numéricas passa a ter as seguintes denominações:

I - Avenida Alfa - Avenida dos Engenheiros

II - Rua Beta - Rua dos Geólogos

(...)

deflexão à esquerda, de $0^{\circ}45'$ (zero grau e quarenta e cinco minutos), segue 84,75 m (oitenta e quatro metros e setenta e cinco centímetros), até o ponto 9 (nove); deste, com deflexão à direita, de $1^{\circ}00'$ (um grau e zero minuto), segue 64,00 m (sessenta e quatro metros), até o ponto 10 (dez); deste, com deflexão à esquerda, de $38^{\circ}30'$ (trinta e oito graus e trinta minutos), segue 31,60 m (trinta e um metros e sessenta centímetros), até o ponto 11 (onze); deste, com deflexão à esquerda, de $11^{\circ}30'$ (onze graus e trinta minutos), segue 73,00 m (setenta e três metros), até o ponto 12 (doze); deste, com deflexão à direita, de $33^{\circ}30'$ (trinta e três graus e trinta minutos), segue 45,75 m (quarenta e cinco metros e setenta e cinco centímetros), até o ponto 13 (treze); deste, com deflexão à esquerda, de $15^{\circ}00'$ (quinze graus e zero minuto), segue 52,00 m (cinquenta e dois metros), até o ponto 14 (quatorze); deste, com deflexão à esquerda, de $11^{\circ}00'$ (onze graus e zero minuto), segue 45,40 m (quarenta e cinco metros e quarenta centímetros), até o ponto 15 (quinze); deste, com deflexão à direita, de $41^{\circ}30'$ (quarenta e um graus e trinta minutos), segue 50,40 m (cinquenta metros e quarenta centímetros), até o ponto 16 (dezesseis); deste, com deflexão à direita, de $42^{\circ}30'$ (quarenta e dois graus e trinta minutos), segue 61,40 m (sessenta e um metros e quarenta centímetros), até o ponto 17 (dezessete); deste, com deflexão à esquerda, de $15^{\circ}15'$ (quinze graus e quinze minutos), segue 63,00 m (sessenta e três metros), até o ponto 18 (dezoito); deste, com deflexão à direita, de $0^{\circ}30'$ (zero grau e trinta minutos), segue 122,75 m (cento e vinte e dois metros e setenta e cinco centímetros), até o ponto 19 (dezenove); deste, com deflexão à direita, de $0^{\circ}15'$ (zero grau e quinze minutos), segue 174,30 m (cento e setenta e quatro metros e trinta centímetros) até o ponto 20 (vinte); deste, com deflexão à esquerda, de $17^{\circ}00'$ (dezessete graus e zero minuto), segue 41,90 m (quarenta e um metros e noventa centímetros), até o ponto 21 (vinte e um); deste, com deflexão à esquerda, de $12^{\circ}30'$ (doze graus e trinta minutos), segue 67,80 m (sessenta e sete metros e oitenta centímetros), até o ponto 22 (vinte e dois); deste, com deflexão à direita, de $0^{\circ}45'$ (zero grau e quarenta e cinco minutos) segue 93,50 m (noventa e três metros e cinquenta centímetros), até o ponto 23 (vinte e três); deste, com deflexão à direita, de $92^{\circ}30'$ (noventa e dois graus e trinta minutos), segue 116,00 m (cento e dezesseis metros), até o ponto 24 (vinte e quatro); deste, e deflexão à esquerda. De $26^{\circ}15'$ (vinte e seis

graus e quinze minutos), segue 167,00 (cento e sessenta e sete metros), até o ponto 25 (vinte e cinco); deste, com deflexão à direita, de $61^{\circ}30'$ (sessenta e um graus e trinta minutos), segue 242,00 m (duzentos e quarenta e quarenta e dois metros), até o ponto 26 (vinte e seis); deste, com deflexão à esquerda de $47^{\circ}30'$ (quarenta e sete graus e trinta minutos), segue 228,00 m (duzentos e vinte oito metros), até o ponto 27 (vinte e sete); deste, com deflexão à direita, de $32^{\circ}30'$ (trinta e dois graus e trinta minutos), segue 129,00 m (cento e vinte e nove metros), até o ponto 28 (vinte e oito); deste, com deflexão à direita, de $84^{\circ}15'$ (oitenta e quatro graus e quinze minutos), segue 328,65 m (trezentos e vinte e oito metros e sessenta cinco centímetros), até o ponto 0 (zero) inicial, de propriedade, referida área, de Inácio de Andrade Melo e outros, e

b) área de 202.000,00 m² (duzentos e dois mil metros quadrados), de forma também poligonal, adjacente à descrita no item anterior, entre os indicados pontos 3 (três) e 22 (vinte e dois), e pela mesma limitada, assim como pelo Córrego da Ressaca e pela faixa da Cia. Força e Luz de Minas Gerais, utilizada pela linha de transmissão de energia elétrica que liga a subestação da CEMIG, em Santa Luzia, à subestação da Vila Adelaide, nesta Capital, da mesma Cia. Força e Luz de Minas Gerais, de propriedade, esta área, de sucessores de Francisco Menezes Filho.

Art. 2º A desapropriação, de que trata o artigo anterior, se destina a preservação de matas naturais, à implantação de parque florestal recreativo, de autódromo ou de outras obras públicas de interesse do Município.

Art. 3º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Mando, portanto, a quem o conhecimento e execução do presente Decreto pertencer, que o cumpra e o faça cumprir tão inteiramente como nele se contém.

Belo Horizonte, 27 de junho de 1972

Oswaldo Pieruccetti, Prefeito de Belo Horizonte

Vicente Rodrigues, Secretário Municipal da Fazenda

Constantino Dutra Amaral, Secretário Municipal de Administração

Roberto Vicch, Vice-presidente do Conselho Municipal de Planejamento do Desenvolvimento

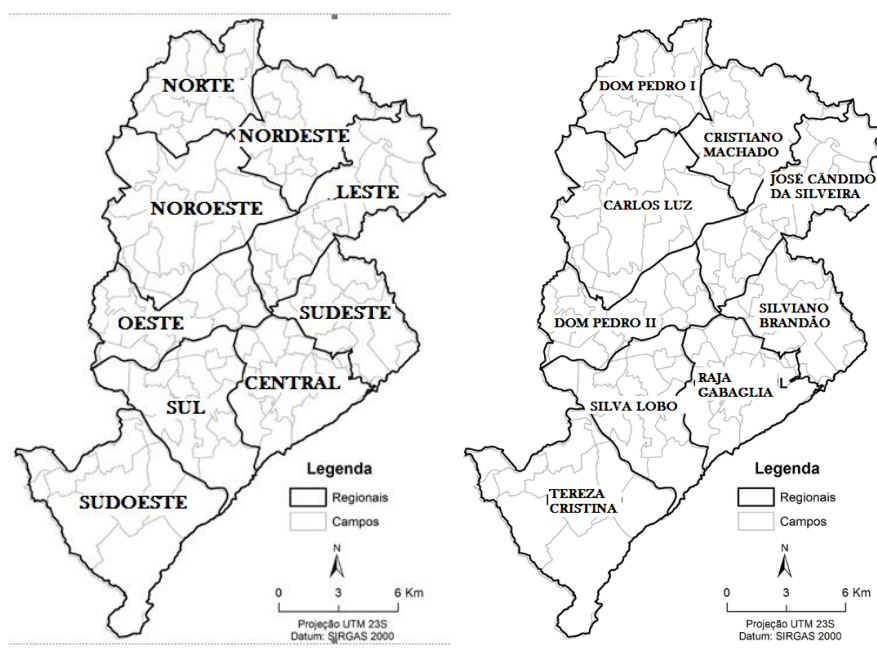
Quadro I - Relação das Denominações Administrativas por regionais culturais e zonas ambientais

Distrito Político	Área Administrativa	Zona Ambiental	Região Cultural	Setor	Unidade e Planejamento
Sede	Centro	Hipercentro	Afonso Pena	Zero	Cinza
Sede	Serra	Central	Senhora do Carmo	Um	Azul
Sede	Piteiras	Sul	Silva Lobo	Dois	Bege
Barreiro	Barreiro	Sudoeste	Tereza Cristina	Três	Amarelo
Sede	Pastinho	Oeste	Dom Pedro II	Quatro	Marrom
Pampulha	Pampulha	Noroeste	Carlos Luz	Cinco	Rosa
Venda Nova	Vilarinho	Norte	Dom Pedro I	Seis	Lilás
Venda Nova	Isidoro	Nordeste	Cristiano Machado	Sete	Creme

Pampulha	Onça	Leste	José Cândido da Silveira	Oito	Laranja
Sede	Navio	Sudeste	Silviano Brandão	Nove	Verde

Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Figura 02 - Zonas regionais de Belo Horizonte, a direita Zonas culturais e à esquerda, zonas ambientais



Fonte: Elaborado pelos autores (2022)

Os decênios entre 1930 a 1950 foram caracterizados por amplas operações urbanas objetivando o desenvolvimento de inúmeras atividades gerando progresso socioeconômico para a Zona Oeste (Figura 02). Entre elas sobressaiu a abertura da avenida Antônio Carlos, a avenida Pedro II, a avenida Teresa Cristina e o Conjunto Habitacional do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários - IAPI (projetado por White Lírio Martins). Em 1958, foi implantada a Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Inicialmente UCMG e posteriormente PUC Minas), no Seminário Coração Eucarístico de

Jesus. Na década de 1970 foi construída a Via Urbana Leste Oeste - VULO (Via Expressa), avenida de tráfego veloz que interliga o município de Belo Horizonte à Cidade Industrial Coronel Juventino Dias. Por ter sido a primeiras das áreas adjacentes ao Hipercentro (perímetro interno da Contorno a ser ocupada, os parcelamentos precisariam ser disciplinados, o que talvez não tenha acontecido, pois hoje a Zona Oeste é a que tem o menor índice de arborização e áreas verdes da Cidade. São cerca de 19 áreas, sendo a maioria parques de papel (Quadro II), Vale destacar um ato normativo datado de 1975 voltados à proteção das árvores:

LEI Nº 2.804, DE 10 DE OUTUBRO DE 1977

Declara imunes de corte áreas verdes em Belo Horizonte.

O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Ficam declaradas imunes de corte nos termos do Artigo 7.º, da Lei 4771, de 15 de setembro de 1965 - Código Florestal - as seguintes áreas verdes, em todo o município de Belo Horizonte.

§ 1º - As árvores existentes, em todas as vias públicas, plantadas ou a serem plantadas.

§ 2º - As árvores ou conjuntos de árvores, existentes em loteamentos aprovados (VETADA).

§ 3º - As árvores ou conjuntos de árvores, existentes junto a lagos, lagoas artificiais ou naturais e junto a cursos d'água.

§ 4º - As árvores ou conjunto de árvores existentes em clubes, áreas de lazer, pátios de recreação (VETADA) públicos.

§ 5º - Os conjuntos de árvores, bosques, matas e similares existentes em qualquer ponto de Belo Horizonte, não mencionados acima.

Art. 2º - Aplicam-se aos infratores da presente Lei as penalidades do artigo 26 do Código Florestal - Lei 4771, de 15 de setembro de 1965, bem como outras penalidades previstas no mesmo Código e em legislações correlatas.

Art. 3º - Não se aplicam, os dispositivos da presente Lei, às árvores já declaradas "imunes de corte", por ato do Poder Público Executivo, em Belo Horizonte.

Art. 4º - Nos casos da necessidade de derrubar ou cortar árvores "imunes de corte", nos termos desta lei, os interessados deverão ouvir o Departamento de Parques e Jardins, que para decisão, se pautará pelos ditames do Código Florestal, legislações correlatas e da real e efetiva necessidade do corte.

Art. 5º - Quando for concedida licença de corte para árvores "imunes de corte", nos termos do artigo 4.º, o interessado deverá efetuar o plantio de (5) cinco árvores para cada uma cortada, sob a orientação direta do Departamento de Parques e Jardins da Prefeitura.

Art. 6º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário.

Mando, portanto, a quem o conhecimento e a execução da presente Lei pertencer, que a cumpra e a faça cumprir, tão inteiramente como nela se contém.

Belo Horizonte, 10 de outubro de 1977

Luiz Verano, Prefeito de Belo Horizonte

Publicada no Minas Gerais de 13/10/1977

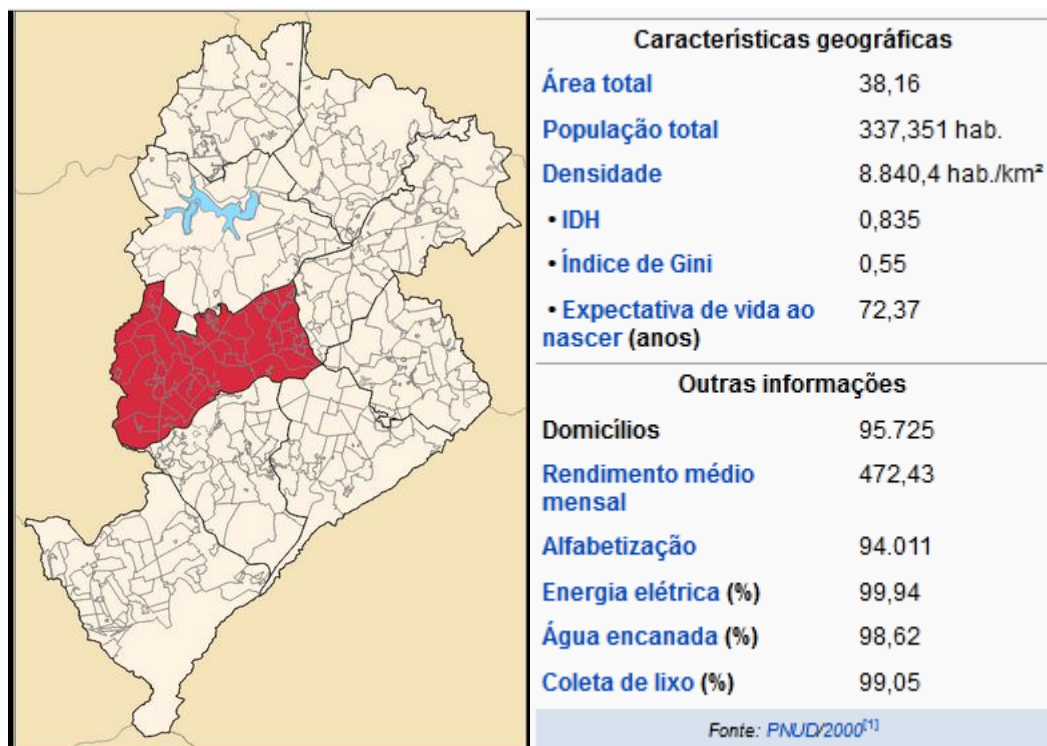
Quadro II - Lista de parques urbanos, verdadeiros e no papel por bairros

<u>Nome</u>	<u>Data</u>	<u>Área</u>	<u>Bairro</u>
1. <u>CEA</u> Regional Noroeste	Sem dados	Sem dados	<u>Inexistente</u>
2. CEVAE Coqueiros	Sem dados	Sem dados	Coqueiros

3. Parque Bacia do Calafate (Parque das Jabuticabeiras)	Sem dados	Parque Papel	no Bela Vista
4. Parque da Estação Alípio de Melo	Sem dados	Parque Papel	no Alípio de Melo
5. Parque Florestal Recreativo Fazenda São José	Sem dados	Parque Papel	no São José
6. Parque Jardins de São José	Sem dados	Parque Papel	no Inconfidência
7. Parque Nova Cachoeirinha	Sem dados	Parque Papel	no Nova Cachoeirinha
8. Parque São Cristóvão	Sem dados	Parque Papel	no São Cristóvão
9. Parque Trevo BR 040 (Mata do Morcego)	Sem dados	Parque Papel	no Califórnia
10. Parque Urbano Anfiteatro Paranaíba	Sem dados	Parque Papel	no Santo André
11. Parque do Aterro Sanitário	Sem dados	Sem dados	Jardim Filadélfia
12. Praça João XIII	Sem dados	Sem dados	São José
13. <u>Parque Cemitério do Bonfim</u>	1897	160.000 m ²	<u>Bonfim</u>

14. <u>Parque Cemitério da Paz</u>	1967	289.000 m ²	<u>Aparecida</u>
15. <u>Bosque Vencesli Firmino da Silva</u>	1995	20.200 m ²	Alípio de Melo
16. <u>Bosque do Caiçara</u>	1996	<u>11.500</u> m ²	<u>Bairro Caiçara</u>
17. Parque Maria do Socorro Moreira	2000	97.600 m ²	Progresso
18. Praça Jardim Montanhês	2006	10.000 m ²	Jardim Montanhês
19. Praça Pedro Machado	2006	5.800 m ²	Santa Maria

Figura 02 - Dados socioeconômicos da Zona Oeste



Fonte: Wikipédia (2022)

A Zona Oeste abarca uma totalidade de 67 bairros (Figura 03), dentre os quais: Adelaide, Alípio de Melo, Alto Caiçaras, Alto dos Pinheiros, Álvaro Camargos, Antena Montanhês, Aparecida, Sétima Seção, Bom Jesus, Bonfim, Caiçaras, Califórnia, Camargos, Carlos Prates, Conjunto Califórnia I, Conjunto Califórnia II, Conjunto Celso Machado, Conjunto Jardim Filadélfia, Coqueiros, Coração Eucarístico, Delta, Dom Bosco, Dom Cabral, Ermelinda, Glória, Inconfidência, Jardim Alvorada, Jardim Inconfidência, Jardim Montanhês, Jardim São José, João Pinheiro, Lagoinha, Maravilha I, Maravilha II, Maria Aparecida, Marmiteiros, Minas Brasil, Monsenhor Messias, Nova Cachoeirinha, Nova Esperança, Novo Dom Bosco, Novo Glória, Padre Eustáquio, Peru, Pindorama, Prado Lopes, Santa Maria, Santo André, Santo Antônio da Barroquinha, São Cristóvão, São Joaquim, São Salvador, Senhor dos Passos, Serrano, Sumaré, Vila Alvorada, Vila Califórnia, Vila Coqueiral, Vila das Oliveiras, Vila Jardim Montanhês, Vila Jardim São José, Vila Lorena, Vila Maloca, Vila Nova Cachoeirinha I, Vila Nova Cachoeirinha II, Vila Oeste I, Vila Oeste II, Vila PUC, Vila Sumaré e Vila Trinta e Um de Março. No Alípio de Melo foi criado um parque municipal, com área de vinte e oito mil duzentos e cinquenta e seis metros quadrados, em 1999

LEI Nº 7928/99 DE 28 DE DEZEMBRO DE 1999

(Projeto de Lei nº 1.298/99 - Executivo)

DISPÕE SOBRE OPERAÇÕES URBANAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DE ESTAÇÕES DE INTEGRAÇÃO DE ÔNIBUS DO BHBUS.

O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º As estações de integração de ônibus do Plano de Reestruturação do Sistema de Transporte Coletivo de Belo Horizonte - BHBUS - poderão ser construídas em parceria com o setor privado, mediante a utilização do instrumento de operação urbana, previsto no Título IV, Capítulo II, da Lei nº 7.165, de 27 de agosto de 1996 - Plano Diretor do Município de Belo Horizonte.

(...)

ANEXO ÚNICO

MEMORIAL DESCRITIVO DAS ESTAÇÕES DE INTEGRAÇÃO

1.1 Estação Alípio de Melo

1.1.1. Perímetro e descrição da área

Área de 63.256,30m² (sessenta e três mil duzentos e cinquenta e seis metros e trinta decímetros quadrados), no Bairro Manacás, delimitada pelas avenidas João XXIII e João Paulo I e pelas ruas dos Geólogos, Coletora A e Grande Otelo, constante do CP. 51-2-M, em parte do quarteirão 112 - 16.876,30m² (dezesesseis mil oitocentos e setenta e seis metros e trinta decímetros quadrados) nos lotes 1 a 24 e 56 a 58 e 46.380,00m² (quarenta e seis mil trezentos e oitenta metros quadrados) em área indivisa.

1.1.2 Plano urbanístico da área

O projeto desta estação está compreendido no Plano de Urbanização da Pampulha, com a extensão da Avenida Pedro II, a canalização do córrego São José e o reassentamento de 2.300 (duas mil e trezentas) famílias. A localização da estação é estratégica em relação às articulações viárias que existirão após a conclusão das avenidas João XXIII e Pedro II, pontos em que o sistema de transporte receberá tratamento preferencial. A estação ocupará 35.000m² (trinta e cinco mil metros quadrados), de frente para a Av. João XXIII. O restante da área, 28.256m² (vinte e oito mil duzentos e cinquenta e seis metros quadrados), será destinado a parque municipal para preservação da vegetação. O projeto possibilitará o acesso da comunidade da área reurbanizada da Avenida João XXIII ao parque e o dos moradores do Bairro Alípio de Melo - nas proximidades das ruas Coletora A e dos Geólogos - à estação, através do parque. A BHTRANS, a Superintendência de Desenvolvimento da Capital - SUDECAP - e a Secretaria Municipal do Meio Ambiente serão responsáveis pela elaboração dos projetos relativos à estação, ao sistema viário da área em torno e ao parque municipal.

1.1.3 Ajustes na Classificação Viária

Fica alterada a classificação viária abaixo relacionada.

Figura 03 - Relação de Unidades de Planejamento e Bairros da Zona Oeste

SCOMGER	SUB. REG.	UP	BAIRROS/ VILAS
Noroeste	SUB 1	Antônio Carlos	Vila Sumaré, Aparecida, Aparecida 7ª Seção, Ermelinda, Vila Nova Cachoeirinha, Bom Jesus, Nova Esperança, Santo André, São Cristóvão (esquerda da avenida Antônio Carlos), Lagoinha, Bonfim e Vila Real
		Prado Lopes	Vila Pedreira Prado Lopes e Vila Senhor dos Passos
	SUB 2 SUB ESPECIAL	Caiçara	Caiçara, Alto do Caiçara, Caiçara Adelaide, Pedro II, Monsenhor Messias e Minas Gerais
		Padre Eustáquio	Carlos Prates, Padre Eustáquio e Minas Brasil
		PUC	Alto dos Pinheiros, João Pinheiro, Dom Cabral e Coração Eucarístico
	SUB 3	Camargos	Califórnia (Direita da BR 040) e Área dos Camargos (Área Verde)
		Santa Maria	Governador Benedito Valadares, Camargos, Santa Maria, Vila Maravilha e Vila Oeste
	SUB 4	Abílio Machado	Serrano, Conjunto Celso Machado, Conjunto Itacolomi, Alípio de Melo, Inconfidência, São José, Vila Santo Antônio (Barroquinha), Primavera, Vila 31 de Março, Vila PUC, Vila Lorena, Vila Delta, Dom Bosco e Ipanema
		Jardim Montanhês	Jardim Montanhês, Vila Antena, Jardim Alvorada, Vila São José e Vila São Vicente (Marmiteiros) e Vila São Francisco das Chagas (Vila de Peru)
	SUB 5	Glória	São Salvador, Coqueiros, Pindorama, Filadélfia, Glória, Álvaro Camargos, Conjunto Habitacional Jardim Filadélfia, Vila da Paz (Coqueiral), Califórnia, Vila Califórnia, Conjunto Califórnia I e II e Conjunto Novo Dom Bosco

Fonte: http://www.pbh.gov.br/comunicacao/CARTILHA_METODOLOGIA.pdf

Parque do Aeroporto Carlos Prates

O Parque Urbano Maria do Socorro Moreira, popularmente conhecido como Parque do Aeroporto Carlos Prates, foi inserido, numa área de aproximadamente 97.600 metros quadrados, designada pela Infraero em 2000. O local, inserido no alto da Bacia Hidrográfica do Córrego Pastinho, canalizado sob a Avenida Dom Pedro II, tem declividade variável, não havendo cursos d'água ou nascentes. A vegetação dominante em seu projeto paisagístico é de gramíneas e algumas espécies ornamentais, nativas e exóticas. Como alternativas de lazer, o parque proporciona campo de futebol, pista de skate, quadras e um teatro de arena. A Câmara Municipal de Belo Horizonte (2017) afirma que:

Conhecido como parque do Aeroporto Carlos Prates, o Parque Maria do Socorro Moreira ocupa uma área de aproximadamente 97.600 m², adjacente ao equipamento, cedida pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). A atual situação do convênio

entre a empresa pública e a Prefeitura de Belo Horizonte para manutenção do espaço será debatida na próxima terça-feira (25/4), na Comissão de Administração Pública. Requerida pelo vereador Jorge Santos (PRB), e aberta à participação de qualquer cidadão interessado, a audiência pública será às 14h, no Plenário Camil Caram.

Implantado no ano 2000, mediante cessão da área pela Infraero ao município, o Parque Maria do Socorro Moreira, localizado à Avenida Itaú, esquina com Av. Pedro II, no Bairro Padre Eustáquio, possui declividade variada, com vegetação predominante de gramíneas e algumas espécies ornamentais e não abriga nascentes ou cursos d'água. Utilizado pela comunidade e agremiações esportivas como espaço de lazer e prática esportiva, o espaço oferece pista de skate, campo de futebol amador, quadras, teatro de arena, pista de caminhada e brinquedos para crianças.

Em maio do ano passado, audiência pública também requerida por Jorge Santos (PRB) debateu a possibilidade de fechamento do local em decorrência do término da validade do termo de cessão do espaço por parte da Infraero. Na ocasião, representantes de times de futebol amador e da comunidade do entorno defenderam a importância do parque, um dos poucos equipamentos públicos de lazer disponíveis na região, essencial para a convivência, sociabilidade e prática de esportes; a Infraero anunciou a decisão de renovar a parceria com a PBH, mantendo o equipamento aberto à população.

A realização do novo debate, segundo o parlamentar, se justifica pela necessidade de verificar a situação atual do convênio, ouvindo todas as partes envolvidas com a participação da comunidade.

Figura 04 - Foto do Parque Urbano Maria do Socorro Moreira



Fonte

<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2017/04/comiss%C3%A3o-vai-debater-situa%C3%A7%C3%A3o-de-parque-cedido-pela-infraero-ao>

LEITURA AMBIENTAL EM PARQUE URBANO

NOME OFICIAL/ LEGISLAÇÃO/BIOGRAFIA DO (A) HOMENAGEADO (A)

O nome oficial do Parque Público é Maria do Socorro Moreira, denominação dada pela Lei municipal nº. 8.038 de 15 de junho de 2000. Não se conhecem dos dados acerca da homenageada, quando e onde nasceu e onde e quando faleceu.

NOMES POPULARES

O Parque Urbano é popularmente conhecido como Aeroporto Carlos Prates

LOCALIZAÇÃO (REGIONAL, BAIRRO, QUADRA, ENDEREÇO)

Localiza-se na regional Oeste

VISITAÇÃO (PORTARIAS, ONÍBUS, VIAS DE ACESSO)

Ônibus: Linha 9408 (Santa Efigênia/Padre Eustáquio)

Embarque: Avenida Afonso Pena, em frente ao Parque Municipal

Desembarque: Praça Tejo, Bairro Padre Eustáquio

APARATO LEGAL DE CRIAÇÃO/IMPLANTAÇÃO

O parque foi criado pelo Decreto Municipal nº. 4360 de 12/11/1982

INAGURAÇÃO/ADMINISTRAÇÃO/FUNIONAMENTO

O parque inaugurado em 1993 é administrado pela FUMPAZ - Fundação Municipal de Parques Zoobotânicos. Funciona de terça a domingo das 08h00 as 17h00. A manutenção ocorre às segundas.

ÁREA PERIMETRAL TOTAL

97.600 metros quadrados (9,76 hectares)

ABRANGÊNCIA REGIONAL

Visa atender à população dos bairros Padre Eustáquio e entorno.

ASPECTOS HISTÓRICOS

O parque corresponde à área do antigo Aeroporto Carlos Prates

TOPOGRAFIA/RECURSOS HÍDRICOS

Sub-bacia do Córrego Pastinho (canalizado debaixo da Avenida Dom Pedro II), afluente do Ribeirão Arrudas, e afluente dos rios São Francisco e das Velhas

LEVANTAMENTO DE FLORA

A existência de vegetação significativa, e inexistência de espécies nativas representativas. Apesar de estar em área de divisor de águas, desconhece-se o que houve com a mata ciliar ao longo do Córrego Pastinho, quando da construção do aeroporto.

LEVANTAMENTO DE FAUNA

Não há ocorrência de registros, nem da mastofauna, avifauna, herpetofauna, icitiofauna e nem invertebrados.

PROCESSO DE IMPLANTAÇÃO

A área do parque está atualmente cedida em concessão pela INFRAERO

PROJETO DE IMPLANTAÇÃO

Inexistência de EQUIPAMENTOS DE APOIO (Administração, Estacionamento, Guaritas, Lanchonete, Sanitários e Vestiários), Inexistência de EQUIPAMENTOS CULTURAIS (Área de preservação e Teatro de Arena), Inexistência de EQUIPAMENTOS ESPORTIVOS (Campo de futebol, Equipamentos de ginástica, Pista de cooper, Quadras de peteca, Quadras poliesportivas, Quadras de vôlei), Inexistência de EQUIPAMENTOS INFANTIS (Play-ground), Inexistência de EQUIPAMENTOS DE LAZER (Lago, Mesas e churrasqueiras, Mesas de jogos):

DECRETO Nº 4360 DE 12 DE NOVEMBRO DE 1982.

APROVA O REGULAMENTO DO CONCURSO DE PROJETOS DE ARQUITETURA E PAISAGISMO PARA O PARQUE DE LAZER CARLOS PRATES.

O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista o Convênio celebrado com o Ministério da Aeronáutica e o Governo do Estado de Minas Gerais, para aproveitamento do ex-Aeroporto do Carlos Prates, decreta:

Art. 1º Fica aprovado o Regulamento do Parque de Lazer e Paisagístico Carlos Prates, a ser implantado pelo Município.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 12 de novembro de 1982

Júlio Arnoldo Laender, Prefeito de Belo Horizonte

REGULAMENTO DO CONCURSO DE PROJETOS DE ARQUITETURA E PAISAGISMO PARA O PARQUE DE LAZER CARLOS PRATES

O concurso, ora aberto, para julgamento do Projeto de Arquitetura e Paisagismo do Carlos Prates, obedecerá às normas abaixo estipuladas:

DO OBJETIVO DO CONCURSO

O objeto do presente concurso será o desenvolvimento de projeto de criação e um Parque de Lazer no antigo Aeroporto Carlos Prates, nesta Capital.

Art. 1º Poderão concorrer, individualmente ou em equipe, os arquitetos associados ao Instituto de Arquitetos do Brasil.

Art. 2º Os candidatos terão ampla liberdade de criar os componentes físicos do projeto, dentro do conceito de recreação, lazer e paisagismo, tendo sempre em vista o caráter social do empreendimentos.

DAS INSCRIÇÕES

Art. 3º As inscrições são abertas aos sócios titulares do Instituto de Arquitetos do Brasil e em gozo de seus direitos, e serão recebidos no período de 22 de novembro a 31 de dezembro do corrente ano, no horário de 8,30 às 18,30 horas, na sede do IAB-MG, à Rua Mestre Lucas, nº 70, em Belo Horizonte.

Art. 4º No mesmo local e horário, serão prestados quaisquer esclarecimentos ou instruções solicitadas pelos interessados.

Art. 5º No ato da Inscrição, o candidato recolherá a taxa de inscrição de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros), seja o trabalho apresentado individualmente ou por equipe.

Art. 6º Não serão recebidas inscrições posteriores à data mencionada no artigo 2º.

DO JULGAMENTO

Art. 7º Juntamente com a apresentação do trabalho, o candidato indicará três nomes constantes da relação do parágrafo único do art. 8º, para constituição da Comissão Julgadora.

Art. 8º A Comissão será constituída de cinco membros, sendo três os que obtiverem maior número de indicações, um de escolha do PLAMBEL e outro de livre escolha do Prefeito, que presidirá os trabalhos do julgamento.

Parágrafo Único - Poderão receber sufrágios apenas os componentes do Corpo de Jurados do IAB-MG que são os seguintes: José Eduardo Ferolla, Ana Maria Schmidt, Reinaldo Guedes Machado, Humberto José Serpa, Marcus Vinícius Reis Meyer, Maria Elisa Baptista, Alípio Pires Castelo Branco, Eólo de Castro Maia, Flávio Almeida, Roberto Luiz de Melo Monte-Mor, Rodrigo Ferreira Andrade, José Abílio Belo Pereira, Maria Helena de Almeida Magalhães, Ronaldo Massotti Gontijo e Selma Melo Miranda Silva

Art. 9º Dos trabalhos apresentados serão selecionados 10 (dez), premiando-se os 5 (cinco) primeiros colocados e concedendo-se menção honrosa aos demais premiados. A decisão será tomada por maioria de votos, tendo o representante do Prefeito o voto de desempate, caso haja.

DOS PRÊMIOS

Art. 10 - Ao Projeto considerado vencedor será concedido o contrato para o seu desenvolvimento, a ser assinado no ato da proclamação, atribuindo-se-lhe o valor de Cr\$ 8.000.000,00 (oito milhões de cruzeiros), segundo a Tabela do Instituto de Arquitetos do Brasil-MG:

I - ao 2º lugar - Cr\$ 1.000.000,00

II - ao 3º lugar - Cr\$ 500.000,00

III - ao 4º lugar - Cr\$ 300.000,00

IV - ao 5º lugar - Cr\$ 200.000,00

DISPOSIÇÕES ESPECIAIS

Art. 11 - Os projetos constarão de 3 (três) partes:

- a) Parque de Lazer
- b) Projeto urbanístico e tratamento paisagístico
- c) Aproveitamento das benfeitorias existentes.

Art. 12 - Deverão constituir partes integrantes do empreendimento as seguintes equipes:

I - campos para pelada, peteca, vôlei, futebol de salão e uso múltiplo;

II - pista para atletismo, saltos, aerodelismo, corrida rústica, ciclo cross e para veículos de manutenção;

III - área para arco e flecha, play-ground, orquidário, viveiros e administração;

IV - piscinas, lago artificial, dois campos de futebol, coreto, repuxos, viveiros e

V - "Cidade das Crianças" equipada com brinquedos infantis, inclusive corredores para bicicletas e veículos infantis;

VI - vestiários, chuveiros e todas as demais instalações sanitárias, bem distribuídas;

VII - bares, cinemas e teatros em área livre ou concha acústica, lavatório, assim como creches e berçários;

VIII - orquidário e área para clube de viveiro de pássaros, inclusive de bichos e curiosos;

IX - equipamentos educacionais.

Parágrafo Único - O programa acima representa sugestões, sem importar em condicionamento à capacidade criativa dos concorrentes.

DAS NORMAS DE APRESENTAÇÃO

Art. 13 - Os trabalhos serão apresentados em uma via, em cópia heliográfica azul, papel 80 gramas, dobrada de acordo com as normas da ABNT, ficando o desenho original em poder do autor do projeto.

§ 1º - Não será permitido o tratamento dos desenhos em cópias com hachuras, coloridas, aplicação de retículas e qualquer outro tipo de tratamento que contribua para o embelezamento do trabalho e a sua consequente identificação.

§ 2º - Os desenhos (cópias) caixa "Kartro" e sobre-carta não poderão trazer nomes, pseudônimos, ou qualquer elemento que facilite a identificação do autor.

§ 3º - Qualquer texto explicativo ou memorial deverá ser escrito nas pranchas-padrão, sendo a inserção de qualquer material diferente deste considerada como fator de identificação do trabalho, acarretando sua exclusão do julgamento.

Art. 14 - Os trabalhos deverão ser embalados de acordo com as seguintes normas:

I - as cópias deverão ser dobradas e colocadas na caixa "Kartro",

II - a ficha de identificação será preenchida, colocada com cola;

III - o envelope sobre-carta será colocado na caixa "Kartro", que, por sua vez, será fechada e colada.

Art. 15 - No ato da entrega, as caixas "Kartro" serão numeradas segundo a ordem de Inscrição, à vista dos concorrentes que receberão um comprovante contendo o número correspondente à sua inscrição.

Art. 16 - O IAB-MG relacionará os números de inscrição em carta que acompanhará os volumes a serem remetidos ao Arquiteto-Consultor, ao final das entregas.

Art. 17 - O Representante da Prefeitura de Belo Horizonte, após conferir a relação das inscrições com os volumes recebidos, abrirá cada caixa "Kartro", retirará a sobre-carta, registrando nela o mesmo número de inscrição anotado na parte externa da caixa.

Art. 18 - Após a sua cuidadosa numeração, as sobre-cartas, contendo a ficha de identificação do concorrente, permanecerão fechadas, sob a guarda do Representante da Prefeitura de Belo Horizonte até o momento da divulgação dos resultados.

DA CONSULTORIA

Art. 19 - O Representante da Prefeitura de Belo Horizonte, a quem caberá coordenar e/ou desenvolver todas as atividades ligadas à realização do concurso, será designado pelo Prefeito Municipal, através de ato próprio.

Art. 20 - Nos termos do art. 3º, os concorrentes poderão solicitar ao Representante da Prefeitura de Belo Horizonte, até o dia 05 de fevereiro de 1983, os esclarecimentos de dúvidas que, porventura, possam surgir, sobre o presente Regulamento ou outros elementos fornecidos.

§ 1º - Os pedidos de esclarecimentos deverão ser encaminhados, por escrito, ao Representante da Prefeitura, que responderá as consultas até seis dias após o seu recebimento, através de circular dirigida a todos os concorrentes, sem identificar o consulente.

§ 2º - As consultas deverão ser endereçadas ao IAB-MG, Rua Mestre Lucas, nº 70, Belo Horizonte - MG - CEP 30000 - Concurso "Parque de Lazer CARLOS PRATES":

Art. 21 O Representante da Prefeitura organizará a exposição dos trabalhos para julgamento, e presidirá o ato de encerramento do concurso.

DOS PRAZOS

Art. 22 - Fica estabelecido o seguinte cronograma de eventos:

01 - Publicação 13.11.82

02- Inscrições de 22.11.82 a 31.12.82

03- Consultoria de 01.01.83 a 05.02.83

04- Entrega dos ante-projetos 11.02.83

05- Julgamento de 18.02.83 a 27.02.83

06- Resultado 28.02.83

07- Contratação de 28.02.83 a 15.03.83

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 23 - Os dez trabalhos selecionados pelo júri passarão a ser propriedade da Prefeitura de Belo Horizonte, devendo os demais ser retirados até 30 (trinta) dias após a divulgação dos resultados do julgamento, não se responsabilizando os organizadores pelos mesmos, após essa data.

Art. 24 - A participação no presente concurso importa, por parte do concorrente, em integral anuência ao presente Regulamento, em todos os seus termos e condições, com expressa renúncia a quaisquer outros direitos eventualmente existentes.

Art. 25 - Tendo em vista a necessidade do estabelecimento de prazos curtos, não será possível ao Representante da Prefeitura de Belo Horizonte oferecer detalhes sobre o local da obra, aconselhando-se, por isso, os concorrentes a visitarem a área.

Art. 26 - Para cumprimento deste Regulamento, a Prefeitura de Belo Horizonte poderá ajustar convênio com o IAB-MG.

QUADRO III - LEVANTAMENTO DE DADOS DA SITUAÇÃO, INFRAESTRUTURA E EQUIPAMENTOS

SITUAÇÃO	E	B	M	R	I
ÁREA EXTERNA					
Atividades na área externa			XX		
Equipamentos de apoio			XX		
Estacionamento			XX		

Lixeiras		XX			
Segurança					
Sinalização de acesso					XX
Transporte de acesso			XX		
Vias de acesso ao parque			XX		
ÁREA INTERNA					
Acesso para PNEs			XX		
Áreas de convivência e contemplação		XX			
Estacionamento interno					XX
Portaria			XX		
Taxa de visitação					XX
Trilhas					XX
Vias de acesso internas para os visitantes			XX		
INSTALAÇÕES E EQUIPAMENTOS					
Almoxarifado			XX		

Aparelhos para ginástica			XX		
Banheiros			XX		
Centro de visitantes			XX		
Guarita ou posto de guarda			XX		
Lanchonete					XX
Lixeiras			XX		
Loja de artesanato e souvenir					XX
Material educativo			XX		
Play ground ou parquinho			XX		
Quadras poliesportivas			XX		
Sede administrativa			XX		
Sinalização interna: Placas interpretativas; Placas educativas; Placas de orientação				XX	
Telefone de uso interno do parque					XX
Telefone público					XX
Vestiário			XX		

PESSOAL / FUNCIONÁRIOS					
Faxineiros			XX		
Fiscal			XX		
Gestor/gerente do parque			XX		
Guias ou monitores de visita			XX		
Jardineiros			XX		
Recreadores					XX
Segurança			XX		
Vigilância			XX		
Zelador			XX		
RECURSOS PAISAGÍSTICOS: NATURAIS E ARTIFICIAIS					
Cursos de água corrente				XX	
Espécies exóticas da fauna e da flora				XX	
Espécies nativas da fauna e da flora				XX	
Lagos					XX

Nascentes					XX
ATIVIDADES REALIZADAS					
Atividades culturais					XX
Atividades de educação e interpretação ambiental					XX
Atividades em parceria com ONGs e outras entidades					XX
Atividades recreativas					XX
Cursos e oficinas					XX
Visitas guiadas ou monitoradas					XX

SITUAÇÃO: E → excelente; B → Bom; M → Médio (Regular); R → Ruim; I → Inexistente;

Fonte: adaptado de Silva (2009)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Zona Oeste precisa de novas discussões e ações como a ampliação Maria do Socorro Moreira por todo o perímetro do aeroporto, a anexação da praça ao parque Vencesli Firmino da Silva. Uma nova redação ao decreto 2225 para criação do Parque na confluência das Ruas Santo Onofre e Tenente Geraldo Barbosa, Bairro Manacás, bem como nova redação à lei 7928 para mini-parque no bosque urbano da rua dos Geólogos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Parques de papel**. In Site Direito Ambiental Com. Disponível em <<https://direitoambiental.com/parques-de-papel/>> Acesso em 04. Mai. 2022

ARQUIVO PÚBLICO DE BELO HORIZONTE. **Histórias de bairros [de] Belo Horizonte: Regional Noroeste**, Cintia Aparecida Chagas Arreguy, Raphael Rajão Ribeiro. – Belo Horizonte: APCBH; ACAP-BH, 2008. 62 p.: il. Disponível em <http://www.pbh.gov.br/historia_bairros/NoroesteCompleto.pdf> Acesso em 04. MAI. 2022

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **AUDIÊNCIA PÚBLICA: Comissão vai debater situação de parque cedido pela Infraero ao município**. Disponível em <<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2017/04/comiss%C3%A3o-vai-debater-situa%C3%A7%C3%A3o-de-parque-cedido-pela-infraero-ao>> Acesso em 04. Mai. 2022

CORRÊA, Rafael. **O fim dos parques de papel?** In: Site O ECO. Disponível em <<https://oeco.org.br/colunas/742-oeco-16452/>> Acesso em 04. Mai. 2022

PIMENTEL, Douglas de Souza. **Os "parques de papel" e o papel social dos parques**. Tese (Doutorado em Recursos Florestais) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2008. Disponível em <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11150/tde-13102008-134757/pt-br.php>> Acesso em 04. Mai. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Cartilha Orçamento Participativo: Unidades de Planejamento (1993-2008)**. Disponível em <http://www.pbh.gov.br/comunicacao/CARTILHA_METODOLOGIA.pdf> Acesso em 04. Mai. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Cartilha Orçamento Participativo: 15 anos (1993-2008)**. Disponível em <http://www.pbh.gov.br/comunicacao/pdfs/publicacoesop/revista_15anos_portugues.pdf> Acesso em 04. Mai. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Livro Parques de Belo Horizonte**. SMMA/DPJ, julho de 1998.

SEM CHORO. **Parque Maria do Socorro Moreira**. Disponível em <<https://semchoro.com.br/guia/parque-maria-do-socorro-moreira/>> Acesso em 04. Mai. 2022

SITE LEIS MUNICIPAIS. **DECRETO Nº 3693, DE 25 DE MARÇO DE 1980: denomina vias públicas localizadas no Conjunto Habitacional Alípio de Melo, na capital**. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo->

[horizonte/decreto/1980/370/3693/decreto-n-3693-1980-denomina-vias-publicas-localizadas-no-conjunto-habitacional-alipio-de-melo-na-capital?q=+Avenida+Alfa](https://www.conteudojuridico.com.br/horizonte/decreto/1980/370/3693/decreto-n-3693-1980-denomina-vias-publicas-localizadas-no-conjunto-habitacional-alipio-de-melo-na-capital?q=+Avenida+Alfa)>

Acesso em 04. Mai. 2022

SITE LEIS MUNICIPAIS. **DECRETO Nº 2225, DE 27 DE JUNHO DE 1972: declara de utilidade pública, para fins de desapropriação, áreas de terreno no lugar denominado "Fazenda São José", nas proximidades: do Bairro Padre Eustáquio nesta capital.**

Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/decreto/1972/223/2225/decreto-n-2225-1972-declara-de-utilidade-publica-para-fins-de-desapropriacao-areas-de-terreno-no-lugar-denominado-fazenda-sao-jose-nas-proximidades-do-bairro-padre-eustaquio-nesta-capital?q=2225>> Acesso em 04. Mai. 2022

SITE LEIS MUNICIPAIS. **LEI Nº 2804 DE 10 DE OUTUBRO DE 1977: "declara imunes de corte áreas verdes em Belo Horizonte".** Disponível em

<<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/1977/281/2804/lei-ordinaria-n-2804-1977-declara-imunes-de-corte-areas-verdes-em-belo-horizonte?q=2804>> Acesso em 04. Mai. 2022

SITE LEIS MUNICIPAIS. **LEI Nº 7928/99 DE 28 DE DEZEMBRO DE 1999 (Projeto de Lei nº 1.298/99 - Executivo): dispõe sobre operações urbanas para implementação de estações de integração de ônibus do BHBUS.** Disponível em

<<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/1999/793/7928/lei-ordinaria-n-7928-1999-dispoe-sobre-operacoes-urbanas-para-implementacao-de-estacoes-de-integracao-de-onibus-do-bhbus?q=7928#:~:text=ANEXO%20C3%9ANICO%0AMEMORIAL,vi%C3%A1ria%20abaixo%20relacionada.>> Acesso em 04. Mai. 2022

SITE LEIS MUNICIPAIS. **DECRETO Nº 4360 DE 12 DE NOVEMBRO DE 1982: aprova o regulamento do concurso de projetos de arquitetura e paisagismo para o Parque de Lazer Carlos Prates.** Disponível em

<<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/decreto/1982/436/4360/decreto-n-4360-1982-aprova-o-regulamento-do-concurso-de-projetos-de-arquitetura-e-paisagismo-para-o-parque-de-lazer-carlos-prates?q=+AEROPORTO+CARLOS+PRATES>> Acesso em 04. Mai. 2022

SOS MATA ATLÂNTICA. **OS PARQUES DE PAPEL AMEAÇAM A MATA ATLÂNTICA.**

Disponível em <<https://www.sosma.org.br/noticias/os-parques-de-papel-ameacam-mata-atlantica/>> Acesso em 04. Mai. 2022

VICÁRIA, Luciana. **Parques de papel: Pesquisa inédita revela que já foi desmatado o equivalente ao Estado de Sergipe em áreas protegidas. Rondônia tem a pior situação.**



In: Site Instituto Socioambiental. Disponível em <<https://uc.socioambiental.org/pt-br/noticia/37861>> Acesso em 04. Mai. 2022

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO CIVIL

CARLA GIOVANNA ALMEIDA MOURA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL, pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio.

RESUMO: O presente trabalho analisa a Lei 13.146/15, frente às inovações e mudanças que ela trouxe para o Código Civil. Também conhecida como “Lei de Inclusão”, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é sinônimo de troféu para aqueles que travam uma luta diária contra o preconceito e a acessibilidade, no entanto, as alterações ainda são objeto de discussão entre os Civilistas, pois a referida lei parte da premissa de que a deficiência não é, a princípio, causadora de limitações à capacidade civil, sendo assim, revoga expressamente os incisos II e III do artigo 3º do Código Civil, permanecendo no rol de absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos. Dessa forma, aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, incluindo-se nesta definição os deficientes mentais, são considerados relativamente incapazes, portanto, capazes para exercer os atos da vida civil como casar-se, necessitando de curatela somente para os atos de caráter negocial e patrimonial. O objetivo do trabalho é o debate, a reflexão sobre os elementos que envolvem a problemática, bem como demonstrar que existem soluções de equilíbrio para garantir direitos fundamentais e civis de forma proporcional, garantindo um mundo mais igualitário. Serão analisadas as alterações provocadas no Direito Civil quanto a capacidade civil, conjugando os conceitos e influências processuais, utilizando-se o método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Capacidade civil; Estatuto da pessoa com deficiência; Inclusão social; Incapacidade absoluta e relativa; Curatela;

ABSTRACT: This work analyzes the law 13.146/15 facing the changes and innovations it brought to the civil code. Also known as the “inclusion law”, the disabled person state is synonymous to a trophy for those who have a daily fight against prejudice and lack of accessibility, however, the alterations are still object of discussion between the ones who makes the laws, that is because the referred law’s main premise is that disability is not, on its own, the cause for civil capacities limitations, thus, it repeals the subsections II and III of the third article of the civil code. Just remaining in the hall of the absolutely incapable only the ones under 16 years old. On this scenario, those whom may not, permanently or transitorily, express their will, including for mental diseases, are considered relatively capable, therefore, capable of perform civil life acts such as get marry, the need for tutorship only come on business and patrimony situations. The main objective of this work is the

debate, the reflection over the elements that surround the issue, as to demonstrate that there are balanced solutions to assure fundamental civil rights in a proportional way, assuring a more equal world. The analyses of the changes on the civil rights concerning the civil capacities, summoning the concepts and process influences, will be made using the deductive-hypothetical method.

Key words: Capacities limitations; Disabled person state; Social inclusion; Absolute and relative disability; Curate.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 – BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. 1.1 Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 1.2 Direitos das Pessoas com deficiência nas Constituições do Brasil. 1.3 Constituição Brasileira de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana. 2 - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI 13.146/15. 2.1 Medidas de promoção à igualdade e proteção dos direitos fundamentais. 2.2 Acesso à justiça e igualdade perante a lei. 2.3 Criminalização de condutas no combate ao preconceito. 2.4 Alterações no Código Civil Brasileiro. 3 – CAPACIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO E A LEI DE INCLUSÃO. 3.1 Teoria da Incapacidade. 3.2 Absolutamente Incapazes. 3.3 Relativamente Incapazes. 4 – ALTERAÇÕES NOS INSTITUTOS ASSISTENCIAIS. 4.1 Da interdição. 4.2 Da curatela. 4.3 Da tomada de decisão apoiada. 5 – DISCUSSÕES PROMOVIDAS E SUPERAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA. 5.1 Nova visão e discussão da pessoa com deficiência. 5.2 Julgados sobre o assunto. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O Direito está presente em cada aspecto da vida do ser humano, mesmo que de forma discreta, ele consegue regular e guiar as condutas e, até mesmo quando estas desviam do padrão, ele tem uma solução, uma forma de intervir. Através do direito, a convivência tende a ser mais pacífica, cordial, humana, porque de uma forma ou de outra ele busca respeitar a particularidade de cada um e constrói o caminho à igualdade, liberdade e fraternidade.

Por este motivo, o direito está em constante mudança, porque a sociedade evolui, a tecnologia avança, o acesso à informação é fácil, e para manter a ordem é necessário que o direito se renove a cada dia, através de novas leis, discussões, reflexões dos doutrinadores e através da Justiça que se depara todos os dias com essa evolução de forma concreta através dos casos que chegam às salas de audiências.

O princípio da dignidade humana é a base do ordenamento jurídico brasileiro, então todas essas mudanças são balizadas com o intuito de conferir ao ser humano todas as garantias fundamentais decorrentes deste princípio.

O Estatuto da pessoa com deficiência surgiu em meio a um grande histórico de preconceito e limitações às pessoas com deficiência, e faz parte dessa evolução do direito em busca de um país mais igualitário, como bem cita Maurício Requião “Não é necessário realizar grande esforço para mostrar como foi tal sujeito tratado como cidadão de segunda classe, encarcerado sem julgamento, submetido a tratamentos sub-humanos.”.¹²¹

O Estatuto da Pessoa com deficiência trouxe mudanças significativas em todos os aspectos, desde a regulamentação da acessibilidade ao instituto da incapacidade no Direito Civil brasileiro, esta última, ainda é objeto de discussão entre os Civilistas e tema de constantes recursos judiciais, devido as profundas alterações.

Em suma, tal debate gira em torno da premissa trazida pela lei de que a deficiência não é, em princípio, causadora de limitações à capacidade civil, sendo assim, revogou expressamente os incisos II e III do artigo 3º do Código Civil, permanecendo no rol de absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos. Devido a essas mudanças, ao lado da curatela surgiu o processo de tomada de decisão apoiada para os relativamente incapazes.

O referido Estatuto preceitua que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive, para casar-se e constituir união estável, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, bem como, exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

O Estatuto dispôs sobre o acesso à saúde, transporte, previdência social, moradia, educação, entre outros, tratando sobre reserva de vagas, percentual de participação, prioridade e formas de inclusão. Também tratou do acesso à justiça e acessibilidade, trazendo à tona o conceito de tecnologia assistiva, grande aliada nessa missão e obrigatória para participação das pessoas portadoras de deficiência nos atos jurisdicionais, tanto para juiz, quanto para testemunha.

A partir do conteúdo e análise de situações concretas, pode-se perceber que apesar das alterações e alegado impasse que o Estatuto trouxe, os benefícios atinentes a acessibilidade e inclusão são de extrema importância ao ordenamento jurídico, como forma de garantia de Direitos Fundamentais.

¹²¹ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência.** Disponível em:

<<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia5.pdf>>. Acesso em: 25 Mai 2018. p.1.

Concomitante as alterações, surgiram mecanismos de auxílio que unidos ao já existentes, são capazes de suprir e dá suporte às exigências das novas regras de capacidade, como a tomada de decisão apoiada já citada. Dessa forma, o Estatuto é considerado um grande avanço em meio a um país com tanta desigualdade econômica e social, em prol dessas pessoas que tanto lutam por igualdade.

Apesar disso, a discussão é maior porque a sociedade está acostumada com o instituto da curatela de forma ilimitada, quando a maioria das pessoas eram consideradas absolutamente incapazes e todos os seus poderes eram conferidas a um curador que os exercia de forma plena. Para questionar os dispositivos alegam a inconstitucionalidade dos artigos, condenando o Estatuto de abandonar as pessoas com deficiência que não podem exercer os atos comuns da vida civil.

Outro ponto que questionam sobre o Estatuto diz respeito a obrigação das instituições de ensino privadas e particulares de proporcionar a acessibilidade e inclusão para as pessoas com deficiência, proibida a cobrança de qualquer tipo de taxa, para que estas tenham acesso ao ensino média, superior e técnico. O argumento é sobre a onerosidade excessiva que as adaptações trarão para as instituições, principalmente as privadas.

Ocorre que o alicerce dessas reclamações se constitui em um preconceito mascarado de boa vontade, portanto, é necessário acreditar numa evolução e mudança de pensamento para que as normas sejam realmente implementadas.

Apesar da discussão, o debate quanto ao assunto é importante para desmistificar a ideia de que deficiente físico ou mental não tem capacidade “para nada” e que deve viver às margens da sociedade. O Estatuto, ainda visto com preconceito por muitos, deve ser cada vez mais implantado e utilizado, sem embaraços. Novamente o ordenamento jurídico vem sendo inovado através de novas leis e discussões, objetivando fazer justiça através da concretização de direitos e imposição de deveres, pois a dignidade da pessoa humana deve prevalecer.

A jurisprudência tem caminhado no sentido de implementar cada vez mais o Estatuto e os Tribunais têm sido importantes aliados nessa busca pela igualdade.

O presente trabalho busca explicar e debater, de forma objetiva, os direitos e garantias das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos e os avanços promovidos pela lei nº 13.146/15. Além de discutir as alterações provocadas no instituto das capacidades previsto no Código Civil Brasileiro.

1 – BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As pessoas portadoras de necessidades especiais sempre foram alvo de preconceito e repulsa na sociedade, principalmente nos séculos passados onde eram vistas como “monstros” e “castigo de Deus”. Durante a Idade Média, segundo Marilu Dicher e Elisaide Trevisam:

A população sofria diante das precárias condições de vida e de saúde. O povo, de maneira geral, supunha ser um “castigo de Deus” o nascimento de uma criança com deficiência, acreditando, também, que um corpo malformado era a morada de uma mente igualmente malformada, supersticiosamente vista como feiticeiros ou bruxos. Assim, aos indivíduos que apresentavam alguma deficiência somente restava o abandono, a discriminação, a manutenção à distância e a prática da mendicância.¹²²

De forma lenta e tímida, as pessoas com deficiência foram conquistando espaço na sociedade através da criação de hospitais, do braille e da oportunidade de emprego. No entanto, esses direitos só ganharam espaço de forma concreta após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, pela Organização das Nações Unidas.

Referida Declaração, além de ter sido um importante documento para garantia dos direitos humanos para população mundial e manutenção da paz, fez menção expressa à pessoa com deficiência, denominando-a como “inválida” em seu art. 25:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.¹²³

Apesar da previsão das garantias, sua efetivação dependia da criação e regularização de políticas públicas suficientes, e esse foi o grande entrave, principalmente no Brasil.

¹²² DICHER, Marilu; TREVISAM, Elisaide. **A jornada histórica da pessoa com deficiência: inclusão como exercício do direito à dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=572f88dee7e2502b>>. Acesso em: 26 Mai 2018. p. 09;

¹²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 26 Mai 2018. p. 8.

Não só a regularização de atividades e serviços de inclusão, mas a proteção da pessoa com deficiência frente a prática dos atos da vida civil também era necessária. Há quem diga que a incapacidade, desde que surgiu no ordenamento jurídico, serviu como um instrumento protetivo àqueles que possuíam alguma limitação que impedisse o pleno ou parcial exercício dos direitos, pois uma vez considerado incapaz, não mais se prejudicaria durante a prática dos atos da vida civil, pois exigidos mais requisitos devido a limitação. Para outros, essa classificação seria uma penalidade ao sujeito que estaria impedido de assumir pessoalmente certas obrigações e tomar decisões, devido a isto o instituto da incapacidade, como é conhecido no Direito brasileiro, se aperfeiçoou ao longo dos anos.

Paralelo a incapacidade, mas não distante desta, estão os direitos fundamentais, estes com a incansável missão de promover a igualdade perante a lei e de garantir a dignidade da pessoa humana. Para isso, ao longo do tempo, foram elaboradas muitas leis com o intuito de estabelecer a acessibilidade, assistência e promover políticas públicas de integração.

É possível perceber também, junto a todas estas transformações, uma mudança na nomenclatura para se referir às pessoas com limitação física ou mental, pois antes eram utilizadas expressões como excepcionais, inválidos ou incapazes, até que a Constituição Federal de 1988 incorporou a expressão pessoa portadora de deficiência, atualmente utilizada e que revela a mudança de pensamento, atitude e inclusão. Também é adotada a expressão: pessoas com necessidades especiais.

1.1 Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo

Em dezembro de 2006, na cidade de Nova York, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tal convenção foi elaborada ao longo de 4 anos, e contou com a participação de 192 países membros da ONU, além de centenas de representantes da sociedade civil de todo o mundo.

O mencionado Tratado Internacional, tem como escopo a proteção dos direitos e garantias fundamentais das pessoas portadoras de deficiência, em especial atenção, a observância da Dignidade da Pessoa Humana. Os países signatários deste Tratado se comprometem a cumprir o estipulado na convenção, a saber, promover, proteger e assegurar o exercício pleno dos direitos humanos das pessoas com deficiência e assegurar que gozem de plena igualdade perante a lei. O artigo 1º da Convenção traz o seu propósito, além de definir pessoa com deficiência:

O propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.¹²⁴

A palavra-chave do artigo 1º é a igualdade, que chama atenção para o fato de que a ausência de políticas públicas e condições para pôr fim as barreiras, é um grande atentado às garantias fundamentais das pessoas com deficiência. Como explica Geraldo Oliveira ao tecer comentários sobre a Convenção:

Igualdade é um composto que pressupõe o respeito às diferenças pessoais, não significando o nivelamento de personalidades individuais. Pelo contrário, não se ganha uma efetiva e substancial igualdade sem que se tenha em conta as distintas condições das pessoas.¹²⁵

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é um importante documento jurídico e histórico, que, além de dispor sobre os direitos humanos das pessoas com deficiência, ratifica que deve ser proibida toda e qualquer discriminação em qualquer aspecto de sua vida, seja quanto a saúde, educação, serviços públicos, acesso a informação, entre outros. Destacando que é dever de todos garantir esses direitos e zelar pelo seu fiel cumprimento. Todas essas disposições são balizadas pelos princípios disponíveis no art. 4º da Convenção:

Os princípios da presente Convenção são: a. O respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual. b. A não-

¹²⁴ CENTRO DE INFORMAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e protocolo facultativo**. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf> Acesso em: 27Mai. 2018. p. 5.

¹²⁵ RESENDE, Ana Paula Crosara de Resende. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada** / Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: <<https://www.governodigital.gov.br/documentos-earquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf>>. Acesso em: 27 Mai 2018. p. 27

discriminação; c. A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d. O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e. A igualdade de oportunidades; f. A acessibilidade; g. A igualdade entre o homem e a mulher; e h. O respeito pelas capacidades em desenvolvimento de crianças com deficiência e respeito pelo seu direito a preservar sua identidade.¹²⁶

Entre tantas garantias, a Convenção assegurou às pessoas com deficiência o respeito pelo lar e pela família, em seu artigo 23, alínea 1, dispondo:

Os Estados Partes deverão tomar medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: a. Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes; b. Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre eles e de ter acesso a informações adequadas à idade e a orientações sobre planejamento reprodutivo e familiar, bem como os meios necessários para exercer estes direitos; e c. As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas.¹²⁷

Importante observar que a garantia acima delineada só foi prevista de forma efetiva na legislação brasileira após o Estatuto da Pessoa com deficiência.

No dia 25 de agosto de 2009, através do Decreto nº 6949, o texto da Convenção foi promulgado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e passou a ter o status de Emenda Constitucional por força do §3º do art. 5º da Carta de 1988. Foi um grande avanço no que

¹²⁶ CENTRO DE INFORMAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e protocolo facultativo**. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf> Acesso em: 27 Mai. 2018. p. 6.

¹²⁷ CENTRO DE INFORMAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e protocolo facultativo**. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf> Acesso em: 27 Mai. 2018. p. 6.

se refere aos direitos das pessoas com deficiência, pois fora implantado um modelo social de direitos humanos, que pretende mudar a visão da sociedade, a fim de eliminar toda e qualquer barreira existente, dando oportunidade para inclusão dos deficientes na sociedade de forma efetiva.

Cabe mencionar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tem marco histórico no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado nos termos do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conferindo ao mesmo status de emenda constitucional.

1.2 Direitos das Pessoas com deficiência nas Constituições do Brasil

Inicialmente, tratando-se de norma constitucional, verifica-se que nas Constituições de 1824 e 1891, nada foi abordado sobre o tema, somente na Constituição de 1934, no artigo 138, surgiu “um embrião do conteúdo do direito à integração social da pessoa deficiente”¹²⁸, ao assegurar que:

Art. 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar; (...) ¹²⁹

As Constituições de 1937, 1946 e 1967, não trazem novidades sobre a matéria, em contrapartida, trataram do direito à igualdade que, por si só, já abarca uma série de direitos à pessoa com deficiência. Tal princípio já havia sido mencionado na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e como preceitua Nery Júnior:

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais

¹²⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997, pg. 58.

¹²⁹ BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 10 Abril 2018.

e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.¹³⁰

Ainda, segundo Montesquieu “(...)os homens nascem na igualdade, porém não podem permanecer nesse estado. A sociedade faz com que eles percam essa igualdade, a qual somente é reencontrada por intermédio das leis.”^{131 132}

Já a Constituição de 1988 trouxe de forma mais presente o princípio da igualdade, este, além de expresso no art. 5º da CF, ainda está disposto em diversos dispositivos, inclusive no que diz respeito as pessoas com deficiência, um exemplo disso é o art. 7º, inciso XXXI, art. 23, II, e em dispositivos que tratam da previdência e assistência social, vejamos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
- II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...)

¹³⁰ NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹³¹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martins Claret, 2004. p. 126.

¹³² Essa citação chama atenção para uma situação pouco lembrada quando se fala em deficiência, pois, em um primeiro momento se pensa na pessoa com deficiência decorrente de doença, pós nascimento, quando, na verdade, grande parte da população deficiente mundial decorre do aumento da violência urbana, acidentes de trânsito, lesões que acarretam problemas físicos e mentais. A verdade é que houve essa mudança no parâmetro e estatística. Portanto, ao falar em pessoa com deficiência é necessário ter esse conceito em mente.

Em 1989 foi criada a Lei nº 7.853/89, que criou o CORDE - Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, esta lei disciplinou o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social.

No decorrer dos anos foram surgindo outras leis como lei 8.213/91 e lei 10.048/00, além dos decretos 3.298/99 e 5.296/04. Por fim, surgiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, objeto do presente trabalho, que será mais bem delineado em capítulo próprio.

1.3 Constituição Brasileira de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está presente no art.1º, inciso III, da Constituição da República de 1988, e hoje é considerado o princípio primordial, aquele que serve de base a todos os outros e que enseja a disposição e implantação de políticas públicas, novas leis e todos os mecanismos necessários à sua promoção.

A discussão ao longo dos anos a respeito desse princípio, vem aprimorando-o de forma a adaptá-lo à realidade social e chegou às pessoas portadoras de deficiência, culminando na elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como forma de trazer mais igualdade e dignidade a essas pessoas que sofrem muito preconceito, além de serem vítimas da falta de acessibilidade. Incluir as pessoas com necessidades especiais é uma forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

O autor INGO WOLFGANG SARLET trata deste princípio definindo-o como:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede vida.(...) ¹³³

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9º. ed. 2011, p. 73.

No Brasil existe uma enorme dificuldade da sociedade brasileira de conviver com o diferente, com o que foge dos padrões sociais, daí a importância de inclusão da pessoa com deficiência no meio social. Como dizem Marilu Dicher e Elisaide Trevisam:

Portanto, garantir e promover a plena inclusão da pessoa com deficiência é efetivar os direitos consagrados constitucionalmente, com vistas à construção da “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” que os brasileiros vislumbraram ao ratificar a tão almejada Constituição do país.¹³⁴

Ocorre que para que esses direitos sejam efetivamente promovidos é importante que a sociedade mude a maneira de enxergar as pessoas com deficiência, pois o preconceito ainda é um grande entrave às mudanças. Preconceito este que se esconde de várias formas, através de justificativas que não procedem, daí a importância de lutar por esses direitos sem ceder à qualquer entrave.

O Princípio da Dignidade Humana é basilar em qualquer Constituição moderna, então é necessário o respeito à honra, dignidade, moralidade, princípios éticos que estão implícitos na condição de cidadão.

Aliado ao Estatuto da Pessoa com deficiência, o princípio da dignidade da pessoa humana traça uma luta paralela a vulnerabilidade e tornou-se alvo de discussões sobre qual condição deve prevalecer, qual a mais benigna, qual protege realmente a pessoa com deficiência?

A questão é que o princípio da dignidade da pessoa humana, dotado de todas as garantias fundamentais, é capaz de suprir a vulnerabilidade e não pode ser diminuído devido aos questionamentos contra a lei 13.146/15.

2 - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI 13.146/15

O Estatuto da Pessoa com deficiência, lei 13.146/15, passou a vigorar no Brasil em 02 de janeiro de 2016, e representa um grande avanço na legislação brasileira sobre os direitos e garantias das pessoas com deficiência.

¹³⁴ DICHER, Marilu; TREVISAM, Elisaide. **A jornada histórica da pessoa com deficiência: inclusão como exercício do direito à dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <[http://publicadireito.com.br/artigos/?](http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=572f88dee7e2502b)

cod=572f88dee7e2502b>. Acesso em: 28 Mai 2018. p. 19

O referido estatuto, além de regulamentar importantes aspectos como saúde, educação e acessibilidade, trouxe instrumentos e conceitos que ajudaram o direito brasileiro a dar um tratamento efetivo as garantias constitucionais e previsões dos tratados internacionais como a Convenção Internacional das Pessoas com deficiência.

Podemos dividir o Estatuto em três grandes partes. A primeira trata das disposições gerais, conceituando pessoa com deficiência e demais termos essenciais à compreensão da lei, além de trazer direitos fundamentais das pessoas com deficiência, como educação, transporte, saúde, moradia, trabalho, assistência e previdência social, entre outros. Vejamos alguns dispositivos importantes:

Art. 18. É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário.

Art. 20. As operadoras de planos e seguros privados de saúde são obrigadas a garantir à pessoa com deficiência, no mínimo, todos os serviços e produtos ofertados aos demais clientes

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

(...)

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

(...)

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em

igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

(...)

XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;

Art. 32. Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, a pessoa com deficiência ou o seu responsável goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte:

I - reserva de, no mínimo, 3% (três por cento) das unidades habitacionais para pessoa com deficiência;

Art. 40. É assegurado à pessoa com deficiência que não possua meios para prover sua subsistência nem de tê-la provida por sua família o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

Art. 46. O direito ao transporte e à mobilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida será assegurado em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, por meio de identificação e de eliminação de todos os obstáculos e barreiras ao seu acesso.

A segunda parte fala sobre acessibilidade e ciência e tecnologia, tratando basicamente do acesso à tecnologia, informação e comunicação e de como esses recursos

devem ser acessíveis. Importante relatar o quanto a acessibilidade é um assunto importante nesse Estatuto, pois ainda é um grande entrave à inclusão.

O princípio da acessibilidade determina que as concepções de todos os espaços e formatos de produtos e serviços devam permitir que os cidadãos com deficiência possam ser seus usuários legítimos e dignos. Como princípio, a acessibilidade é uma verdadeira espinha dorsal, na medida em que complementa todos os outros princípios e direitos, impondo sua observância como máxima para toda a sua aplicação.¹³⁵

Infelizmente, há uma resistência quanto a adaptação de ambientes, máquinas e serviços, reservas de espaços e lugares de acordo com as previsões legais, devido, também, à rigidez das normas, como a prevista na ABNT NBR 9050¹³⁶, às despesas decorrentes da adaptação, entre outros motivos como a falta de conscientização, então, ainda existe muito trabalho a ser feito. Como bem expressou Ismael Rodrigues:

Acessibilidade é desafio para pessoas com deficiência em todo o país. Muita coisa ainda precisa ser implantada, muitos conhecimentos a serem difundidos e muito material de comunicação a ser instalado. A sinalização de acessibilidade, composta por piso tátil, informações em braille e fotoluminescente ainda é pouco utilizada no Brasil e necessita ser conhecida em todos os municípios. Ainda não existe no Brasil uma cidade que possa ser apontada como modelo de acessibilidade. Além disso, a fiscalização ainda é muito deficiente, de forma que pouco se cobra em relação ao atendimento da legislação e das normas regulamentares. É possível perceber que, apesar de os meios de transporte principais e suas áreas básicas de acesso já estarem em boa parte sinalizados e adaptados, a qualidade de sinalização se deteriora e poucas vezes é mantida em boas condições de uso. Isso ocorre motivado pela deficiência que o próprio governo encontra na preparação de fiscais. De acordo com pesquisa realizada pelas autoras do livro “Promovendo acessibilidade espacial nos edifícios públicos”, lançado em 2013 pelo Ministério Público de Santa Catarina, há deficiência na quantidade de fiscais qualificados para

¹³⁵ SETUBAL, Joyce Marquezini; FAYAN, Regiane Alves Costa (orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016. Disponível em: <<http://www.feac.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Lei-brasileira-de-inclusao-comentada-baixa-min-2.pdf>>. Acesso em: 01 de Jun 2018. p. 21.

¹³⁶ ABNT NBR 9050 é a norma técnica de acessibilidade e trata de critérios de acessibilidade para edificações, mobiliários, espaços e equipamentos urbanos. Foi elaborada no Comitê Brasileiro de Acessibilidade pela Comissão de Estudo de Acessibilidade em Edificações.

vistoria de espaços públicos e privados e veículos de transporte. Assim, além do desenvolvimento da cultura de acessibilidade no país, também será necessário desenvolver a conscientização do próprio governo e das autoridades para a devida fiscalização e cobrança.¹³⁷

A discussão sobre acessibilidade vai muito além da adaptação de ambientes e porcentagens, pois envolve também uma ética de inclusão e de igualdade que deve partir da população, pois somente com a participação e empenho de todos, as previsões legislativas poderão ser efetivamente praticadas. Como bem preceitua Anna Paula Feminella e Laís de Figueirêdo Lopes:

Para garantir a concretização dos direitos das pessoas com deficiência é preciso reconhecer sua identidade própria e prover os recursos necessários para possibilitar sua plena e efetiva participação na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. Nessa esteira, a sociedade é corresponsável pela inclusão das pessoas com deficiência.¹³⁸

A respeito dos dispositivos previstos no Estatuto da Pessoa com Deficiência nessa segunda parte, observamos que, na verdade, as normas sobre acessibilidade encontram-se dispersas por todo o Estatuto, vejamos alguns artigos:

Art. 25. Os espaços dos serviços de saúde, tanto públicos quanto privados, devem assegurar o acesso da pessoa com deficiência, em conformidade com a legislação em vigor, mediante a remoção de barreiras, por meio de projetos arquitetônico, de ambientação de interior e de comunicação que atendam às especificidades das pessoas com deficiência física, sensorial, intelectual e mental.

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

(...)

¹³⁷ RODRIGUES, Ismael. **Acessibilidade no Brasil é amparada pela lei e normas regulamentadoras da ABNT**. Disponível em: < <http://www.advcomm.com.br/acessibilidade-no-brasil/>>. Acesso em: 01 Jun 2018.

¹³⁸ SETUBAL, Joyce Marquizein; FAYAN, Regiane Alves Costa (orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016. Disponível em: < <http://www.feac.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Lei-brasileira-de-inclusao-comentada-baixa-min-2.pdf>>. Acesso em: 01 de Jun 2018, p. 15.

XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;

Art. 44. Nos teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esporte, locais de espetáculos e de conferências e similares, serão reservados espaços livres e assentos para a pessoa com deficiência, de acordo com a capacidade de lotação da edificação, observado o disposto em regulamento.

Art. 45. Os hotéis, pousadas e similares devem ser construídos observando-se os princípios do desenho universal, além de adotar todos os meios de acessibilidade, conforme legislação em vigor.

§ 1º Os estabelecimentos já existentes deverão disponibilizar, pelo menos, 10% (dez por cento) de seus dormitórios acessíveis, garantida, no mínimo, 1 (uma) unidade acessível.

§ 2º Os dormitórios mencionados no § 1º deste artigo deverão ser localizados em rotas acessíveis.

Art. 47. Em todas as áreas de estacionamento aberto ao público, de uso público ou privado de uso coletivo e em vias públicas, devem ser reservadas vagas próximas aos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoa com deficiência com comprometimento de mobilidade, desde que devidamente identificados.

§ 1º As vagas a que se refere o caput deste artigo devem equivaler a 2% (dois por cento) do total, garantida, no mínimo, 1 (uma) vaga devidamente sinalizada e com as especificações de desenho e traçado de acordo com as normas técnicas vigentes de acessibilidade.

Art. 63. É obrigatória a acessibilidade nos sítios da internet mantidos por empresas com sede ou representação comercial no País ou por órgãos de governo, para uso da pessoa com deficiência, garantindo-lhe acesso às informações disponíveis, conforme as melhores práticas e diretrizes de acessibilidade adotadas internacionalmente.

Art. 67. Os serviços de radiodifusão de sons e imagens devem permitir o uso dos seguintes recursos, entre outros:

- I - subtítuloção por meio de legenda oculta;
- II - janela com intérprete da Libras; III – audiodescrição.

Por fim, a terceira parte fala sobre o acesso à justiça, os crimes e infrações administrativas, que serão mais bem delineadas nas próximas linhas do trabalho.

2.1 Medidas de promoção à igualdade e proteção dos direitos fundamentais

O Estatuto das Pessoas com Deficiência prevê medidas de promoção à igualdade e proteção de direitos fundamentais ao longo de todos os dispositivos, e não só no capítulo destinado. Na verdade, referido capítulo é uma introdução às grandes mudanças promovidas pela lei, que se reveste em verdadeira defesa dos direitos humanos e promoção das garantias previstas constitucionalmente e em tratados internacionais de direitos humanos.

Como bem tratado anteriormente, são garantidas as necessidades básicas de todos os seres humanos às pessoas com deficiência de forma especial e cuidadosa, impondo ao Estado e aos particulares deveres até então não previstos. É certo que para que ocorra verdadeiramente a realização dessas ações é necessário a promoção de políticas públicas pelo Estado, incentivo este também previsto no Estatuto.

Aliado a estas previsões, o estatuto reveste-se de um caráter conscientizador, pois “abre os olhos” da população para a importância de dispensar cuidados especiais a essas pessoas portadoras de necessidades especiais, situação que, a primeira vista, é recebida com repulsa por muitos.

No entanto, é preciso atentar-se ao objetivo do Estatuto, este objetiva a proteção das garantias fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana. Como preceitua o art. 4º da referida lei “Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.”. Não é exagero falar que todas as disposições previstas no Estatuto seguem e trabalham em prol desse dispositivo.

2.2 Acesso à justiça e igualdade perante a lei

O Estatuto prevê que o poder público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, bem como, o exercício de sua capacidade legal, em igualdade de

oportunidades e condições com as demais pessoas, garantindo as adaptações e recursos de tecnologia assistiva necessários.

A falta de acesso à justiça sempre foi/é uma questão grave que resulta em impunidade e contínua violação à dignidade da pessoa com deficiência. As barreiras ao acesso à justiça ocorrem de diversas formas, mas atinge principalmente àquelas em maior condição de pobreza.¹³⁹

Para Felipe Hotz de Macedo Cunha, o direito de acesso à justiça das pessoas com deficiência, deve compreender muito mais que o simples acesso, mas superar as “ondas de acesso à justiça” que são: a assistência jurídica e gratuidade da justiça, a tutela de interesses difusos e coletivos e o “novo enfoque do acesso à justiça” que seriam os mecanismos extrajudiciais de acesso à justiça. Então, o conceito previsto no Estatuto precisa ser interpretado da forma mais abrangente possível.¹⁴⁰

No capítulo que garante o acesso à justiça, o estatuto define que o poder público deverá capacitar, quanto aos direitos das pessoas com deficiência, os membros e os servidores que atuam no Poder Judiciário, no Ministério Público, na Defensoria Pública, nos órgãos de segurança pública e no sistema penitenciário. Também devem ser oferecidos, para garantia do acesso à justiça, a todas as partes da ação que necessitem, seja autor, juiz, testemunha, todos os recursos de tecnologia assistiva¹⁴¹ disponíveis.

Ademais, prevê que todos esses direitos também devem ser resguardados aos deficientes sujeitos a medida restritiva de liberdade.

Por fim, no que concerne ao acesso à justiça, o estatuto prevê a capacitação dos servidores, presença de intérprete de libras e utilização de todos os recursos necessários ao pleno exercício das pessoas portadoras de deficiência no processo.

¹³⁹ SETUBAL, Joyce Marquezim; FAYAN, Regiane Alves Costa (orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016. Disponível em: <<http://www.feac.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Lei-brasileira-de-inclusao-comentada-baixa-min-2.pdf>>. Acesso em: 01 de Jun 2018, p. 25.

¹⁴⁰ SETUBAL, Joyce Marquezim; FAYAN, Regiane Alves Costa (orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016. Disponível em: <<http://www.feac.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Lei-brasileira-de-inclusao-comentada-baixa-min-2.pdf>>. Acesso em: 01 de Jun 2018, p. 232.

¹⁴¹ Tecnologia Assistiva é uma área do conhecimento, de característica interdisciplinar, que engloba produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social.

Quanto a igualdade perante a lei, o capítulo busca frisar o reconhecimento dos deficientes físicos como pessoas e titulares de direito em qualquer lugar, com capacidade para colocá-los em prática, chegando a conceitos como a personalidade jurídica e a capacidade jurídica. A capacidade legal pode ser entendida como capacidade de ter direitos ou de exercer direitos, até mesmo, uma combinação das duas. Segundo Stella Camlot Reicher:

Ao explicitar que as pessoas com deficiência têm o direito de exercer sua capacidade legal a Lei Brasileira de Inclusão expressou a opção feita pelo legislador no sentido de reconhecer que em âmbito nacional a capacidade legal engloba tanto a capacidade de ter direitos, de ser titular de direitos e assim, reconhecido como pessoa perante a Lei (o que corresponde ao reconhecimento da personalidade jurídica), como a capacidade para exercitar esses direitos em igualdade de condições com as demais pessoas (leia-se, as pessoas sem deficiência). Sob esta perspectiva, o conceito de capacidade legal defendido pela Lei Brasileira de Inclusão reflete a noção de capacidade legal como um direito em si mesmo e como ferramenta necessária ao exercício de outros direitos.¹⁴²

Nesse diapasão, chega-se ao assunto da teoria das incapacidades que foi modificada pelo Estatuto da Pessoa com deficiência e que será melhor delineado em outro tópico.

2.3 Criminalização de condutas no combate ao preconceito

Conforme ensinado nos aspectos introdutórios da matéria de Direito Penal, toda norma de conduta deve prever a hipótese, a conduta esperada e a sanção pelo seu descumprimento, logo, quando desviada a consequência prevista, aplica-se a sanção.

Como um Estatuto que prevê inúmeras normas de condutas e caminhos para inclusão, a previsão de norma penalizadora é um meio coercitivo para que haja a efetivação desta inclusão, de modo a diminuir a desigualdade material das pessoas com deficiência em relação aos demais indivíduos, bem como, a eliminação da discriminação.

¹⁴² SETUBAL, Joyce Marquezin; FAYAN, Regiane Alves Costa (orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016. Disponível em: <<http://www.feac.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Lei-brasileira-de-inclusao-comentada-baixa-min-2.pdf>>. Acesso em: 01 de Jun 2018, p. 249.

É necessária uma mudança de comportamentos culturais e sociais em nossa sociedade, e a previsão normativa vinculada às sanções extrapenais e penais, na ocorrência de violações dos direitos das pessoas com deficiência, tanto por parte do poder público, quanto dos demais partícipes da sociedade, faz parte dessa mudança.

O Estatuto prevê basicamente quatro artigos com penas aplicáveis a condutas, em suma, são eles:

Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

(...)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

(...)

Art. 89. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(...)

Art. 90. Abandonar pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde, entidades de abrigo ou congêneres:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem não prover as necessidades básicas de pessoa com deficiência quando obrigado por lei ou mandado.

Art. 91. Reter ou utilizar cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento de pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização

de operações financeiras, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se o crime é cometido por tutor ou curador.

Embora tipificadas criminalmente algumas condutas para proteção das garantias fundamentais das pessoas com deficiência, necessário lembrar que elas também são vítimas de crimes previstos no Código Penal e enfrentam grandes dificuldades de acesso aos órgãos responsáveis pelo registro e processamento de ocorrências, como bem relatam Anna Paula Feminella e Laís de Figueirêdo Lopes:

Estima-se que a real incidência das violências sofridas pelas pessoas com deficiência, sejam "subnotificadas". Alguns fatores que podem ocasionar a ausência de registro de denúncias são a falta de acesso à informação sobre direitos ou de acessibilidade para a pessoa com deficiência fazer a reclamação nas delegacias. Se uma pessoa com surdez e que só se comunica em Libras não encontra intérpretes nas delegacias, por exemplo, esta perde o canal de comunicação com o agente público. As pessoas cegas também encontram dificuldade para garantir que seu depoimento tenha sido registrado em conformidade com o informado de forma autônoma, pois as delegacias, em geral, não dispõem de tecnologias assistivas. Tampouco os boletins de ocorrência têm campo próprio para informar se a vítima tem deficiência. E o maior agravante é que, muitas vezes, a pessoa com deficiência discriminada depende dos cuidados da pessoa que pratica a violência no interior dos lares, fato que dificulta seu processo de denúncia.¹⁴³

A situação relatada reforça a ideia de que é necessária que exista uma união e conscientização da população para que busque efetivamente a melhoria de acordo com as previsões do Estatuto, este, apesar de estar em vigor há pouco mais de dois anos, carece de recursos para efetivação através dos órgãos de execução.

¹⁴³ SETUBAL, Joyce Marquezin; FAYAN, Regiane Alves Costa (orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016. Disponível em: <<http://www.feac.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Lei-brasileira-de-inclusao-comentada-baixa-min-2.pdf>>. Acesso em: 01 de Jun 2018, p. 25

2.4 Alterações no Código Civil Brasileiro

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, criado pela Lei nº 13.146/15, que passou a vigorar no dia 02 de janeiro de 2016, modificou alguns dispositivos do Código Civil de 2002 que tratavam da capacidade civil. Os artigos 114 e 123, inciso II do referido Estatuto, revogaram os incisos do artigo 3º do Código Civil, e alteraram seu *caput*, como também acabaram modificando os incisos II e III, artigo 4º, do Código Civil. Vejamos como eram os artigos do Código Civil e logo após os artigos do Estatuto que balizaram essas mudanças:

Código Civil

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.¹⁴⁴

Estatuto da Pessoa com Deficiência

¹⁴⁴ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 Mai 2018.

Art. 114. A Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

- I - (Revogado);
- II - (Revogado);
- III - (Revogado).” (NR)

“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

-
- II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
 - III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

.....

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.” (NR)

Art. 123. Revogam-se os seguintes dispositivos:

(...)

II – os incisos I, II e III do art. 3º da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);¹⁴⁵

Com isso, atualmente, são absolutamente incapazes apenas as pessoas menores de 16 (dezesseis) anos, já as pessoas entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos são considerados relativamente incapazes, assim como, os ébrios habituais, os pródigos, os viciados em tóxicos, e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

¹⁴⁵ BRASIL. **Estatuto da pessoa com deficiência**. Lei nº13146, de 06 de julho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em 26 Mai 2018.

Entre outras mudanças, a deficiência não é mais impedimento para a prática de determinados atos da vida civil, como bem explica o art. 6º do Estatuto.

Art.6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.¹⁴⁶

Essa previsão ajuda a orientar que mesmo em casos que se avalie que é preciso fazer uma interdição parcial por conta de aspectos financeiros ou patrimoniais, não mais se deve retirar da pessoa com deficiência direitos inerentes a condição humana.

Tais atos podem ser praticados pelo portador de deficiência sem qualquer restrição. São direitos que possuem um forte caráter existencial, trazendo dignidade aos portadores de deficiência.

O Estatuto preocupa-se primordialmente com a garantia das questões existenciais da pessoa com deficiência, assegurando sua dignidade.

Além dessas mudanças, houve também adaptações aos institutos da interdição e curatela, surgindo o instituto da tomada de decisão apoiada, uma vez que a curatela não pode mais ser deferida indefinidamente.

Para Carlos Roberto Gonçalves:

¹⁴⁶ BRASIL. **Estatuto da pessoa com deficiência**. Lei nº13146, de 06 de julho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em 26 Mai 2018.

Pretendeu o legislador, com essas inovações, impedir que a pessoa deficiente seja considerada e tratada como incapaz, tendo em vista os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana. Todavia, têm elas sido objeto de pesadas críticas formuladas pela doutrina, pelo fato, principalmente, de desproteger aqueles que merecem a proteção legal.¹⁴⁷

Essas duras críticas mencionadas pelo autor têm levado a discussão do Estatuto aos tribunais e contrapondo a dignidade da pessoa humana à vulnerabilidade. Como exposto por Flávio Tartuce:

Como se nota, o trabalho dos civilistas e processualistas – sem falar dos operadores e julgadores que lidam com os casos práticos no seu cotidiano jurídico – será grande e intenso nos próximos anos, com o fim de sanar todas essas controvérsias e curar os feridos pelos *atropelamentos da lei*. Tudo está muito confuso, deixando-nos perdidos.¹⁴⁸

Como se vê, o Estatuto da pessoa com deficiência dispõe sobre questões que visam efetivar direitos e garantias constitucionais, inclusive, alguns já previstos em tratados internacionais, mas a grande dificuldade está em absorver essas normas e pôr todas em prática com a estrutura precária que temos atualmente no país. Isso tudo se torna em entrave, prejudicando, inclusive, a aceitação.

Portanto, essas foram, em suma, as mudanças proporcionadas pelo estatuto ao Código Civil Brasileiro, que será mais bem delineada no próximo capítulo.

3. CAPACIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO E A LEI DE INCLUSÃO

Antes de falar em capacidade civil, importante entender alguns aspectos sobre a personalidade jurídica. A personalidade jurídica é, em suma, a aptidão genérica para se titularizar direitos e contrair obrigações na órbita jurídica. Tanto a pessoa física quanto a jurídica são dotadas de personalidade. A discussão gira em torno do momento em que é

¹⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017;

¹⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/15. Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o novo CPC**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 05 de Mai. 2018.

adquirida essa personalidade, segundo o art. 2º do Código Civil “começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”, portanto, a partir do funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, nascendo, portanto, com vida, considera-se adquirida a personalidade.

O Código Civil adota a Teoria Natalista, a qual preceitua que a personalidade jurídica só se inicia com o nascimento, não abrangendo o nascituro, este teria mera expectativa de direito. Existem outras duas teorias que tentam explicar a aquisição da personalidade, são elas: Teoria da personalidade condicional e Teoria Concepcionista.

A Teoria da personalidade condicional é defendida por autores como Washington de Barros Monteiro e Arnaldo Rizzardo, segundo esta teoria a personalidade civil também começa com o nascimento com vida, mas o nascituro titulariza direitos submetidos à condição suspensiva, ou seja, do nascimento com vida, enquanto isso titularizaria o direito personalíssimo à vida, mas não direitos materiais.

Já a Teoria Concepcionista, nas palavras de Cristiano Vieira Sobral Pinto:

Para essa teoria se adquire a personalidade desde a concepção, e o nascituro já possui personalidade jurídica (teoria que encontra mais adeptos na doutrina). Transcrevemos a seguir o Enunciado de n. 1 da I Jornada de Direito Civil: Art. 2º A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.¹⁴⁹

A teoria concepcionista, defendida por autores como Clóvis Beviláqua e Silmara Chinelato), vem ganhando mais espaço na doutrina brasileira. Ela considera o nascituro pessoa desde a concepção, inclusive em face de direitos materiais. Ganhou força a partir da aprovação da Lei nº 11.804/08 (lei dos alimentos gravídicos), quando o nascituro passou a titularizar direito material mesmo sem ter nascido. Vem ocupando espaço cada vez mais, principalmente através dos julgados do STJ que reconhecem o dano moral¹⁵⁰ ao

¹⁴⁹ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 7. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 45.

¹⁵⁰ Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Morte. Indenização por dano moral. Filho nascituro. Fixação do *quantum* indenizatório. *Dies a quo*. Correção monetária. Data da fixação pelo juiz. Juros de mora. Data do evento danoso. Processo civil. Juntada de documento na fase recursal. Possibilidade, desde que não configurada a má-fé da parte e oportunizado o contraditório. Anulação do processo. Inexistência de dano. Desnecessidade. Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do *de cujus*, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. – Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação

nascituro, além de pagamento do DPVAT¹⁵¹ quando da morte deste em acidente de trânsito.

Após conceituar a personalidade, é preciso entender a capacidade, esta última, considerada a medida da primeira, e pode ser classificada em capacidade de direito e de fato, como será melhor demonstrado no tópico a seguir.

3.1 Teoria da Incapacidade

A capacidade é a medida da personalidade. Todas as pessoas possuem a capacidade de direito, ou seja, todos são capazes de adquirir direitos e deles gozar. No entanto, nem todos são capazes de exercer seus direitos e os atos da vida civil, que consiste na capacidade de fato.

Nas exatas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com este sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao homem, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. Só não há capacidade de aquisição

da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação. – É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes. – Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula n. 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes. – É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte, e seja observado o contraditório. Precedentes. – A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes. Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido (REsp n. 931.556/RS, rel.^a Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 17.06.2008, DJe, 05.08.2008).

¹⁵¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp nº: 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 04.09.2014. (Info 547)

de direitos onde falta personalidade, como no caso do nascituro, por exemplo.¹⁵²

Segundo Cristiano Sobral, nem todos possuem a capacidade de fato, exercício ou ação, esta é a aptidão para exercer, pessoalmente, os atos da vida civil e somente é adquirida com a plenitude da consciência e da vontade, pois é possível que uma pessoa tenha alcançado a maioridade, mas ainda assim não possa exercer os atos da vida civil pessoalmente.¹⁵³ Então, quem possui a capacidade de fato e de direito, tem a capacidade denominada plena.

Para Carlos Roberto Gonçalves:

No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos (CC, art. 1º). Há, portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos. Somente por exceção expressamente consignada na lei é que se sonega ao indivíduo a capacidade de ação.¹⁵⁴

Assim, a incapacidade civil é a restrição legal imposta ao exercício dos atos da vida civil, capacidade de fato, e esse instituto foi alvo de grande mudança após a entrada em vigor do Estatuto das Pessoas com Deficiência, pois houve uma mudança no rol taxativo, mas não na classificação. Conforme o Código Civil, quanto as pessoas que não possuem capacidade plena, ou seja, não possuem de forma absoluta a capacidade de fato, são classificadas em absolutamente incapazes ou relativamente incapazes.

3.2 Absolutamente Incapazes

Os absolutamente incapazes são os menores de 16 anos, conforme previsto no art. 3º do Código Civil "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da

¹⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017;

¹⁵³ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 7. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 45

¹⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, P. 110;

vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.” Esses menores, portanto, não podem, por si mesmos, exercer os atos da vida civil, senão quando representados legalmente por pai, mãe ou tutor, dependendo da situação. Percebe-se claramente que a legislação brasileira optou pelo método etário.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa “Ao estabelecer essa idade de 16 anos, o legislador considerou não a simples aptidão genética, isto é, de procriação, porém o desenvolvimento intelectual que, em tese, torna o indivíduo plenamente apto para reger sua vida.”¹⁵⁵. Então, os atos praticados por essas pessoas são considerados nulos, situação que é bem contestada nos dias de hoje, devido a existência de negócios jurídicos realizados por menores de 16 anos, que são socialmente aceitos. Ainda, nas palavras do mesmo autor “ Os limites de idade mereceriam novo estudo legislativo para acompanhar a época em que vivemos, tanto do ponto de vista civil como do ponto de vista penal, o que foi parcialmente atendido pelo atual Código.”¹⁵⁶

A nulidade destes atos é anunciada pelo inciso I do art. 166 c/c o art. 104, I, ambos do Código Civil, vejamos:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I - agente capaz;
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

(...)¹⁵⁷

Uma vez que o negócio é nulo, qualquer interessado e os membros do MP têm legitimidade para arguir essa nulidade, conforme menciona art. 168 do Código Civil:

¹⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral** – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 146

¹⁵⁶ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 7. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 147;

¹⁵⁷ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 Mai 2018.

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Importante destacar que é adotada a teoria do ato-fato, pois nem todos os atos praticados por menores de 16 (dezesesseis) anos são nulos. Àqueles negócios realizados para satisfazer as atividades do dia a dia como ir ao cinema, comprar um lanche, pegar um ônibus são inerentes à própria subsistência da pessoa, necessitando de representação para os atos mais complexos. Nas palavras de Cristiano Sobral:

O suprimento dessa incapacidade se dá através do instituto da representação, ou seja, o ordenamento jurídico prevê um sistema em que alguém representa o incapaz, substituindo sua vontade. Essa noção da substituição é muito boa, porque serve para distinguir a representação em sentido estrito da assistência. O representante substitui, enquanto o assistente é mero coadjuvante. O representante age no lugar do representado, enquanto o assistente age ao lado desse.¹⁵⁸

O Código Civil de 1916 considerava, em seu art. 5º, como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: os menores de dezesseis anos; os loucos de todo o gênero; os surdos-mudos, os que não pudessem exprimir a sua vontade; e os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Como destacado anteriormente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou de forma significativa o instituto da incapacidade. No rol dos absolutamente incapazes, previsto no Código Civil de 2002, antes constavam os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Todas essas pessoas precisariam de representante para praticar os atos da vida civil, sob pena de nulidade. A lei de inclusão, mudando o panorama das pessoas com

¹⁵⁸ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 7. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 47

deficiência, de forma a incluí-las na sociedade de forma efetiva, dando-lhes autonomia para decidir sobre aspectos particulares da vida e promovendo o efetivo cumprimento do artigo 6º da referida lei, eliminou deste rol as pessoas que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Ocorre que o instituto da incapacidade foi idealizado justamente para proteger as pessoas com deficiência contra abusos que porventura ocorreriam devido a sua menor capacidade de compreensão e discernimento, e por esse motivo as mudanças não foram, inicialmente, bem aceitas no mundo jurídico.

O deficiente foi excluído do rol dos incapazes, equiparando-se a pessoa capaz, porque para a referida lei o deficiente tem uma qualidade que o difere das demais pessoas, mas não uma doença, portanto é capaz, salvo se não puder exprimir sua vontade, caso em que será considerado relativamente incapaz, podendo, quando necessário, ter um curador nomeado em processo judicial, como será detalhado no tópico a seguir.

3.3 Relativamente Incapazes

Com o advento do Estatuto, o rol das pessoas consideradas relativamente incapazes dispostas no art. 4º do Código Civil, ficou da seguinte forma:

Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- IV - os pródigos.¹⁵⁹

Antes do Estatuto da Pessoa com deficiência, este rol se apresentava da seguinte maneira:

¹⁵⁹ BRASIL.

Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 Mai 2018.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

Como detalhado em capítulo anterior, a lei nº 13.146/15 modificou expressamente os incisos de forma a atender a nova forma de pensar e de considerar as pessoas com deficiência, conferindo-lhes maior autonomia, uma vez que, por serem consideradas relativamente incapazes, há uma maior dificuldade de controlar seus atos.

Importante entender como enquadrar cada pessoa nesses requisitos. Quanto aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, Carlos Roberto Gonçalves leciona que:

Os referidos menores figuram nas relações jurídicas e delas participam pessoalmente, assinando documentos, se necessário. Contudo, não podem fazê-lo sozinhos, mas acompanhados, ou seja, assistidos por seu representante legal (pai, mãe ou tutor), assinando ambos os documentos concernentes ao ato ou negócio jurídico. Para propor ações judiciais também necessitam de assistência, devendo ser citados, quando figurarem como réus, juntamente com o respectivo assistente. Num e noutro casos, devem constituir procurador conjuntamente com este. Se houver conflito de interesse entre ambos, como na hipótese, por exemplo, em que o menor tenha necessidade de promover ação contra seu genitor, o juiz lhe dará curador especial.¹⁶⁰

Quanto aos ébrios habituais, o mesmo autor dispõe que:

Somente, porém, os alcoólatras ou dipsômanos (os que têm impulsão irresistível para beber) e os toxicômanos, isto é, os viciados no uso e dependentes de substâncias alcoólicas ou entorpecentes, se enquadram no inciso II do art. 4º. Os usuários eventuais que, por efeito transitório dessas substâncias, ficarem impedidos de exprimir

¹⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, P. 117;

plenamente sua vontade ajustam-se no art. 4º, III, do aludido diploma. Os viciados em tóxico que venham a sofrer redução da capacidade de entendimento, dependendo do grau de intoxicação e dependência, poderão ser, excepcionalmente, colocados sob curatela pelo juiz, que procederá à graduação da medida, na sentença, conforme o nível de intoxicação e comprometimento mental (Lei n. 13.146/2015, art. 84 e parágrafos). Assim também procederá o juiz se a embriaguez houver evoluído para um quadro patológico, aniquilando a capacidade de autodeterminação do viciado.¹⁶¹

As pessoas que por causa permanente ou transitória não puderem exprimir sua vontade, inclui aquelas que em virtude de alguma patologia, como por exemplo, arteriosclerose, excessiva pressão arterial, paralisia, embriaguez não habitual, uso eventual e excessivo de entorpecentes ou de substâncias alucinógenas, hipnose ou outras causas semelhantes, mesmo não permanentes, não possam exercer os atos de vida civil livremente. Em casos de pessoa embriagada completamente, o ato será considerado nulo, como explica Carlos Roberto Gonçalves:

É anulável, assim, o ato jurídico exercido pela pessoa de condição psíquica normal, mas que se encontrava completamente embriagada no momento em que o praticou e que, em virtude dessa situação transitória, não se encontrava em perfeitas condições de exprimir a sua vontade.⁴²

Quanto aos pródigos, estes são aqueles que dissipam o seu patrimônio desvairadamente. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Trata-se de um desvio da personalidade, comumente ligado à prática do jogo e à dipsomania (alcoolismo), e não, propriamente, de um estado de alienação mental. O pródigo só passará à condição de relativamente incapaz depois de declarado tal, em sentença de interdição. Nem todos concordam em considerá-lo relativamente incapaz e sujeitá-lo à interdição, alegando que a nomeação de curador, privando-o de gerir os seus próprios bens como lhe convier, constitui violência à liberdade individual.¹⁶²

¹⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 117. ⁴² Ibidem, p.118;

¹⁶² Ibidem, p. 118.

Nas palavras de Cesar Fiuza:

No caso dos pródigos, a interdição os proíbe tão-somente de praticar, sem a autorização do curador, atos que importem diminuição patrimonial, como venda, troca, doação, perdão de dívidas etc. Para outros atos, não necessitam qualquer assistência.¹⁶³

Portanto, os relativamente incapazes podem exercer os atos da vida civil livremente, com exceção daqueles de caráter patrimonial e negocial, necessitando de auxílio através da curatela ou tomada de decisão apoiada, somente quando não puderem exprimir vontade por algum motivo.

A questão dos relativamente incapazes é a que gera mais polêmicas na jurisprudência atual, devido as limitações impostas quanto a assistência. Muitas pessoas não aceitam as mudanças e insistem na comprovação de que aquela pessoa relativamente incapaz, na verdade, não tem capacidade de exercer nenhum ato da vida civil, sendo prejudicada pela limitação, restando, portanto, vulnerável.

A jurisprudência tem sustentado a previsão legal e limitando a curatela, como poderá ser visto no último capítulo do presente trabalho.

4. ALTERAÇÕES NOS INSTITUTOS ASSISTENCIAIS

Para que as pessoas absolutamente incapazes e relativamente incapazes possam exercer os atos da vida civil, é necessário que haja assistência, seja através de curatela, através do processo de interdição, ou da chamada tomada de decisão apoiada, instituto assistencial trazido pelo Estatuto da Pessoa com deficiência.

A lei de inclusão impôs limitações para os atos patrimoniais e negociais, e não para os existenciais, estes visam a promoção da pessoa humana, sendo a curatela medida extraordinária, devendo constar na sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

Abaixo será delineado mais sobre interdição, curatela e tomada de decisão apoiada.

4.1 Da interdição

Conforme exposto anteriormente no início deste capítulo, a Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da pessoa com deficiência, trouxe diversas alterações sobre a referida

¹⁶³ FIÚZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

matéria, principalmente no que se diz respeito aos institutos assistências, diga-se de passagem – excepcionais¹⁶⁴, no caso, a curatela e como veremos logo após, inovando com a chamada Tomada de decisão apoiada.

Tais mudanças foram de tal forma tão significativa, visto que modificou o núcleo estrutural da antiga teoria das incapacidades, onde, repercutiu de forma direta em diversas áreas do âmbito civil, especialmente os institutos do Direito de família.

Antes de adentrarmos no cerne destes institutos assistências, necessário se faz, demonstrar como restou a questão da interdição. A respeito da Interdição, a nosso ver, o Estatuto da Pessoa com Deficiência pode ter marcado o fim desse instituto no Direito Civil Brasileiro.

Calha rememorar o conceito de Interdição, qual seja, a privação legal do gozo e exercício do direito de determinada pessoa, a qual encontra-se em situação que a impossibilite de administrar sua própria vida e seus negócios, e conseqüentemente responder por seus atos em função de suas limitações, necessitando, portanto, da intervenção de um terceiro legalmente habilitado e encarregado de desempenhar tais funções de gerência, após nomeação em um processo judicial.

Ademais, a Interdição poderia se dar de duas formas, parcial ou Absoluta, sendo que a primeira permite que o interditado continuasse a exercer os atos a que não foi considerado incapaz, nos limites fixados na sentença, ao passo em que a interdição absoluta não permite que o interditado exerça qualquer ato da vida civil que não seja através de seu curador.

Seguindo a linha de raciocínio, após o advento do Estatuto da pessoa com deficiência, e a revogação quase que total do artigo 3º do CC/02, combinado com o art. 84 do referido Estatuto¹⁶⁵, há de se subsumir que o deficiente é, agora, considerado uma pessoa capaz, podendo exercer todos os atos da vida civil, restando somente os menores de 16 anos, como absolutamente incapazes.

Nesse contexto, após essa desconstrução ideológica de que o deficiente, por si só, seria incapaz, e a reformulação de um novo conceito de capacidade civil, em respeito, como já dito no início, ao princípio da Dignidade da pessoa humana, e a mencionada

¹⁶⁴ Art. 84 da Lei 13.146/15 (...)

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

¹⁶⁵ Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

legislação, o deficiente é “dotado de plena capacidade legal, ainda que haja necessidade de institutos assistências específicos”.

Assim, diante de tais considerações, em decorrência da pessoa com deficiência não ser mais considerada absolutamente incapaz, compreende-se, que a partir da entrada em vigor do Estatuto, a figura da Interdição Absoluta não mais subsiste.

Porém, em situações excepcionais, o deficiente poderá ser submetido a curatela, podendo assim ser entendida como uma “interdição parcial”, que em sentido contrário à interdição absoluta, possui natureza protetiva e não mais de interdição de direitos, pois é referente a interesse exclusivo do deficiente (finalidade específica) e não de terceiros, como antigamente era possível.

Assim, a nova perspectiva da legislação processual é a preocupação com a dignidade da pessoa humana, permanecendo o procedimento de “Interdição” (Curatela), limitada aos atos de cunho econômico ou patrimonial relacionados ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.

4.2 Da curatela

Superado o entendimento acerca da Interdição, tem-se agora o instituto da Curatela, que é a responsabilidade atribuída a uma pessoa pelo juiz, para qual toma a responsabilidade de zelar e se responsabilizar pelos bens e atos jurídicos da pessoa que se encontra incapaz de realizar e decidir atos da sua vida civil.

Este conceito, trazendo para nossa realidade, não está equivocado, porém, o Estatuto da pessoa com deficiência, o fez com uma nova roupagem, restringindo, limitando, os poderes do curador, bem como sobre o que o mesmo pode administrar ou não, conforme se vê no art. 85, do referido Estatuto “A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”. Nas palavras de Flávio Tartuce:

(...) constata-se que, para que a curatela esteja presente, há necessidade de uma ação judicial específica, com enquadramento em uma das hipóteses do novo art. 4.º do CC/2002, especialmente no seu inciso III. No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha

vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.
166

Desta feita, observa-se que a curatela, agora, não mais tem poderes ilimitados sobre todos os aspectos da vida do curatelado, pois, de acordo com o §1º do art. 85, “A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”.

4.3 Da tomada de decisão apoiada

Ante o advento do Estatuto da pessoa com deficiência, para aquele que se encontrava enfermo, ou mesmo possuía alguma deficiência física, enfim, fosse capaz, mas no momento em que se encontrava estaria inapto para gerir suas atividades normais da vida civil, poderia se valer do que preconizava o art. 1.780, do CC/02, onde seria nomeado curador para cuidar de seus bens e negócios.

Porém, ao entrar em vigor o Estatuto, tal artigo foi revogado expressamente, conforme a inteligência do art. 123, VII do Estatuto e, podemos dizer, uma nova e melhor “reformulação” desse artigo, fora introduzido e podemos encontrá-lo no art. 1.783-A do CC/02¹⁶⁷ e seus parágrafos, sendo nomeado de Tomada de Decisão Apoiada, onde a pessoa que possui alguma deficiência, elege ao menos duas pessoas de sua confiança para auxiliar sobre atos da vida civil. Sobre o instituto leciona Flávio Tartuce.

(...) foi inserida no sistema a figura da tomada de decisão apoiada a favor de todas as pessoas com deficiência, pelo menos como regra. Essa figura jurídica consta do art. 1.783-A do Código Civil, também incluído pela Lei 13.146/2015. A categoria visa o auxílio da pessoa com deficiência para a celebração de atos mais complexos, caso dos contratos. Conforme o caput da norma, a tomada de decisão apoiada é o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de

¹⁶⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral** / Flávio Tartuce. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 72;

¹⁶⁷ Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessárias para que possa exercer sua capacidade.

decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. ¹⁶⁸

Tal dispositivo aplica-se aos casos de pessoas que possuem algum tipo de deficiência mas podem, todavia, exprimir a sua vontade. O caso mais apontado pela doutrina é o do portador da Síndrome de Down, que o torna uma pessoa deficiente, mas não acarreta, necessariamente, impedimento para a manifestação da vontade. Tendo como finalidade, a de promover e proteger a autonomia do ser humano.

Podemos concluir que a Tomada de decisão apoiada seria direcionado às pessoas que, embora apresentem algum tipo de deficiência, podem exprimir sua vontade, porém, em determinados atos, a seu próprio pedido, poderá indicar ao menos duas pessoas, idôneas e de sua confiança para lhe auxiliar em determinadas ações.

5 – DISCUSSÕES PROMOVIDAS E SUPERAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA

Como acontece com toda lei nova, a sociedade, principalmente a jurídica, se divide em opiniões e não foi diferente com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Apesar de ser relativamente nova, existem inúmeras decisões fundamentadas na Lei de inclusão, as quais se desdobram sobre a importância da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e sobre a alteração do instituto da incapacidade.

Há também indagações quanto a constitucionalidade de alguns dispositivos, como será visto a seguir.

5.1 Nova visão e discussão da pessoa com deficiência

O Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas alterações realizadas, trouxe uma nova visão sobre a incapacidade, alterando dispositivos do Código Civil como já foi amplamente discutido nos capítulos anteriores.

Ocorre que ainda há um intenso debate sobre a aplicabilidade e efetividade desses artigos, uma vez que alterou a curatela, impedindo que esta seja concebida de forma ilimitada e sim, apenas para atos negociais e patrimoniais, conforme art. 85 da lei 13.146/15. A discussão e indagação gira em torno dos demais atos que precisam ser executados, como não conceder a curatela de forma ilimitada se a pessoa não é capaz de exercer quaisquer atos da vida civil?

¹⁶⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral** / Flávio Tartuce. – 13. ed. rev., atual. e ampl. –Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 74;

Através do Poder Judiciário, os jurisdicionados questionam a constitucionalidade dessas normas, como no julgado a seguir:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE ARTIGOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - LEI 13.146/15 - E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 ARTIGOS 84, "CAPUT" E SEU § 3º, E 85, §§ 1º E 2º, AMBOS DA LEI 13.146/2015, E AINDA DO ART. 4º, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL, ALTERADO PELA LEI MENCIONADA - PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO - SUBMISSÃO DA MATÉRIA AO ÓRGÃO ESPECIAL. Diante do princípio da reserva de plenário inculcado no art. 97 da Constituição Federal, a questão da inconstitucionalidade de artigos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e do Código Civil, deve ser submetida ao Órgão Especial, nos termos do art. 33, I, c, do Regimento Interno deste Tribunal. Suscitaram incidente de inconstitucionalidade. (TJ-MG - AC: 10000170344196001 MG, Relator: Ana Paula Caixeta, Data de julgamento: 25/07/2017, Câmaras Cíveis/ 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação:27/07/2017)

A leitura do inteiro teor do julgado acima transcrito, constitui-se em rica contribuição ao debate ora proposto, de forma que através de sua leitura é possível entender a discussão ora debatida, além de implicar em grande conhecimento de lei e argumentos, por isso, ousou transcrevê-lo abaixo, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.17.034419-6/001 - COMARCA DE UBERABA APELANTE (S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS APELADO (A)(S): CARLOS HUMBERTO AZEVEDO CURY - INTERESSADO:

MARIA HELENA PRADO DE AZEVEDO CURY

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do

Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em SUSCITAR INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O ÓRGÃO ESPECIAL.

DESA. ANA PAULA CAIXETA

RELATORA.

DESA. ANA PAULA CAIXETA (RELATORA)

V O T O

Cuida-se de apelação cível interposta em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberaba, Dr. Fausto Bawden de Castro Silva, nos autos de ação de interdição movida por Carlo Humberto Azevedo Cury em face de Maria Helena Prado de Azevedo Cury, sua genitora (doc. de ordem nº 81).

Adoto o relatório da sentença, acrescentando que foi julgado improcedente o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade e julgado procedente o pedido inicial para reconhecer a incapacidade relativa de Maria Helena Prado de Azevedo Cury, na forma do art. 4º, III, do CC/2002, nomeando-lhe curador o Sr. Carlos Humberto Azevedo Cury. Foi registrado que a decisão fica limitada aos atos de natureza não patrimonial como os elencados no § 1º do artigo 85 da Lei 13.146/15. A parte autora foi condenada ao pagamento das custas processuais, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da gratuidade de justiça.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais recorreu para esta Superior Instância. Em suas razões, afirmou que não pode concordar com a sentença, "não só pelo não acatamento da tese da inconstitucionalidade sustentada, como também, pelo fato de a sentença deixar de definir se a curatela tem ou não condições de exprimir sua vontade, relegando essa apreciação para momento posterior indefinido, não especificando de quem será a competência". Em relação à Lei 13.146/15 aduziu que o legislador criou situações absurdas e complexas que precisam ser corrigidas; que a permanecer a redação atual dos dispositivos tidos como inconstitucionais, os curatelados poderão praticar atos não negociais; que, pessoas que não conseguem exprimir sua vontade consciente, não podem ser consideradas relativamente incapazes; que o Estatuto contraria princípios constitucionais estampados nos artigos 3º e 5º da Carta Magna.

O Parquet ainda reiterou o parecer de ID 18740050 e apontou que, pelas provas dos autos, verifica-se que a requerida é absolutamente incapaz para a prática dos atos normais da vida civil, o que a impede de exprimir sua vontade livre e consciente. Questionou "como permitir que a curatelada somente nos atos negociais seja assistida? Como ficará sua vida em relação a diversos outros atos como, por exemplo, tratamentos médicos, administração de medicamentos, voto e vida sexual?". Ventilou, assim, ser necessária a declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 84, "caput" e seu § 3º, e 85, §§ 1º e 2º, ambos da Lei 13.146/2015, e ainda do art. 4º, inciso III, do Código Civil, alterado pela Lei mencionada.

Ainda que refutada a tese de inconstitucionalidade, o Ministério Público asseverou que não há como prevalecer a restrição à prática de atos de natureza não patrimonial, sob pena de afronta ao disposto no art. 85, § 1º, da Lei 13.146/15, eis que "se o julgador parte do pressuposto de que referido dispositivo não é inconstitucional, deve permitir que a curatelada pratique todos os atos não negociais já que tal está garantido pelo texto legal mencionado". Pelo exposto, o Parquet pediu a reforma da sentença, com a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos supramencionados e, no mérito, seja reconhecida a procedência do pedido inicial, declarando a requerida totalmente incapaz para reger sua pessoa e bens, nomeando-lhe representante legal.

Contrarrazões foram apresentadas pelo requerente (doc. de ordem nº 100).

Intervindo no feito, o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Saulo de Tarso Paixão Maciel, opinou pelo desprovimento do recurso (doc. de ordem nº 102).

Recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo (art. 1.012, § 1º, VI, do CPC/15).

Conheço do apelo, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Insurge-se o Ministério Público contra sentença que declarou a incapacidade relativa da requerida, nomeando-lhe curador o requerente, seu filho, Carlos Humberto Azevedo Cury. Nesse sentido, pretende o apelante a declaração de inconstitucionalidade dos

artigos 84, "caput" e seu § 3º, e 85, §§ 1º e 2º, ambos da Lei 13.146/2015, e ainda do art. 4º, inciso III, do Código Civil, alterado pela Lei mencionada e, no mérito, a procedência do pedido com a declaração de incapacidade absoluta da requerida.

Peço vênia para transcrever o inteiro teor dos dispositivos cuja constitucionalidade é debatida pelo Ministério Público:

Lei 13.146/15:

"Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

[...]

§ 3o A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

[...]

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1o A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2o A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. Código Civil de 2002:

"Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

[...]

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº13.146, de 2015)".

Pois bem.

Em janeiro de 2016 entrou em vigor a Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da

Pessoa com Deficiência e promoveu alterações significativas no Código Civil de 2002, especificamente no que concerne à teoria da incapacidade civil e aos limites do exercício da curatela.

Hodiernamente, somente são tidos por absolutamente incapazes os menores de 16 (dezesseis) anos, pelo que deixou de existir a figura do maior absolutamente incapaz. A norma em questão teria a finalidade de promover a completa inclusão social da pessoa com algum tipo de deficiência, alinhando-se a diploma internacional recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio com força de emenda à constituição, como bem explicita Flávio Tartuce:

"Em verdade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência acaba por consolidar ideias constantes na Convenção de Nova York, tratado internacional de direitos humanos do qual o país é signatário e que entrou no sistema jurídico com efeitos de Emenda à Constituição por força do art. 5º, § 3º, da CF/88 e do Decreto 6.949/2009. O art. 3º da Convenção consagra como princípios a igualdade plena das pessoas com deficiência e sua inclusão com autonomia, recomendando o dispositivo seguinte a revogação de todos os diplomas legais que tratam as pessoas com deficiência de forma discriminatória.

[...]

Deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis, o que era retirado do sistema anterior. Em outras palavras, a dignidade-liberdade substituiu a dignidade-vulnerabilidade"(In, Manual de Direito Civil. 6.ed. 2016, pág. 103) – g.n.

Sob essa ótica, e na forma do art. 6º da Lei 13.146/2015, tem-se que os deficientes encontram-se aptos para o exercício de atos não negociais, tais como casar-se e constituir união estável, exercer direitos sexuais reprodutivos, dentre outros. Via de consequência, a curatela limita-se aos atos de natureza patrimonial e negocial (art. 85 da Lei 13.146/2015).

Com efeito, a curatela é instituto de direito assistencial em favor dos maiores relativamente incapazes. Não há mais que se falar em

interdição para todos os atos da vida civil e sim em nomeação de curador para assistência nos atos negociais.

Atualmente, o Código Civil, alterado pela Lei 13.146/15, prevê a nomeação de curador para aqueles que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir sua vontade, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos e os pródigos (art. 1.767, do CC/2002), todos entendidos como relativamente incapazes (art. 4º, do CC/2002). Os maiores de dezesseis anos e os menores de dezoito anos continuam sujeitos ao instituto da tutela.

Recentemente, esta Eg. 4ª Câmara Cível foi chamada a se pronunciar sobre o tema e, em julgamento do qual não participei, concluiu pela constitucionalidade dos artigos do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código Civil ora impugnados pelo Ministério Público, em acórdão assim ementado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - CURATELA - INTERDITANDO PORTADOR DE RETARDO MENTAL MODERADO A GRAVE - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 84,"CAPUT"E SEU § 3º, E 85, §§ 1º E 2º, AMBOS DA LEI 13.146/2015, E DO ARTIGO 4º, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADEQUAÇÃO DA LEI À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA STATUS CONSTITUCIONAL - INCAPACIDADE RELATIVA - ART. 4º, III, CÓDIGO CIVIL - COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE DO INTERDITANDO PARA O EXERCÍCIO DOS ATOS DA VIDA CIVIL - CURATELA NECESSIDADE DA MEDIDA; 1 - A Lei nº 13.146/15, no que tange ao estabelecimento da incapacidade relativa para os portadores de deficiência, está em conformidade com a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, e com status equivalente ao de emenda constitucional (art.5º,§ 3º,CF); 2 - Considerando que a prova pericial atesta a incapacidade do interditando para gerir os atos da vida civil, já que sofre de retardo mental, patologia que afeta seu juízo e discernimento, deve ser mantida a sentença de procedência do pedido de interdição. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.16.0868949/001, Relator (a): Des.(a) Renato Dresch , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/04/0017, publicação da súmula em 27/04/2017)

Confira-se trechos do judicioso voto proferido pelo eminente Relator, Desembargador Renato Dresch:

"Infere-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº13.146/15) está de acordo com a Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, com status equivalente ao de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Referida Convenção tem o propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua dignidade inerente (art. 1º).

E, nos termos do art. 12.4, a Convenção assegura que os "Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida".

A Lei nº 13.146/15, em conformidade com os ditames da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, limitou a hipótese de incapacidade civil absoluta apenas aos menores de 16 anos, ou seja, ao critério etário, afastando as situações de deficiência.

Não houve, outrossim, restrição dos direitos inerentes ao exercício da capacidade pelas pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, mas verdadeira ampliação, já que a finalidade da norma é promover a integração, a participação em sociedade e o exercício dos direitos e liberdades fundamentais por tais indivíduos.

Vale ressaltar, ainda, que o art. 85, da Lei nº 13.146/15, ao estabelecer que a "curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial", não alcançando "o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto" (§ 1º), nada mais fez do que assegurar os direitos que já eram resguardados pela Convenção de status constitucional.

Transcreve-se, a título de exemplo, os seguintes dispositivos da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa Com Deficiência:

"Art. 22.1. Nenhuma pessoa com deficiência, qualquer que seja seu local de residência ou tipo de moradia, estará sujeita a interferência arbitrária ou ilegal em sua privacidade, família, lar, correspondência ou outros tipos de comunicação, nem a ataques ilícitos à sua honra e reputação. As pessoas com deficiência têm o direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

"Art. 23.1. Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que:

- a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes;
- b) Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos.
- c) As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas."

"Art. 29. Os Estados Partes garantirão às pessoas com deficiência direitos políticos e oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas, e deverão:

- a) Assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas, mediante, entre outros:
 - i) Garantia de que os procedimentos, instalações e materiais e equipamentos para votação serão apropriados, acessíveis e de fácil compreensão e uso;

- ii) Proteção do direito das pessoas com deficiência ao voto secreto em eleições e plebiscitos, sem intimidação, e a candidatar-se nas eleições, efetivamente ocupar cargos eletivos e desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, usando novas tecnologias assistivas, quando apropriado;
- iii) Garantia da livre expressão de vontade das pessoas com deficiência como eleitores e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que elas sejam auxiliadas na votação por uma pessoa de sua escolha;

(...)"

Não se pode perder de vista que a adequação da capacidade de absoluta para relativa, nos casos que se enquadrem no art. 4º, do Código Civil, ao mesmo tempo em que amplia as possibilidades de exercício dos direitos e deveres inerentes à personalidade jurídica pelo portador de deficiência, não deve implicar em mecanismo de abandono e desamparo à pessoa que não possa exprimir validamente a sua vontade.

E, nesse aspecto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência limitou-se a definir a área de atuação do curador (atos de natureza patrimonial e negocial), sem prejuízo de que a prática dos demais atos civis, penais, etc. pelo curatelado, fique sujeita à análise quanto ao preenchimento de todos os requisitos de validade.

[...]

Destaca-se, também, que a própria Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu dispositivo 12.4, estabelece a possibilidade de aplicação de medidas assecuratórias ao exercício da capacidade legal conforme as necessidades de cada caso concreto, de maneira que o ordenamento jurídico não deixa ao desamparo as pessoas portadoras de deficiência, ainda que agora classifique-as como relativamente capazes: "12.4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências

da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa."

Além disso, não podemos esquecer que a Lei n.º 13.146/2015 veio para efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, direcionando o olhar para o ser com limitação como sujeito de direitos, e não como objeto caracterizado como incapaz, termo este, aliás, de cunho pejorativo que, quando dirigido a uma pessoa, com o mínimo de discernimento, poderá ferir seu caráter e afetar, negativamente, sua personalidade e alto estima."

A despeito de todo o exposto, entendo que o tema deve ser levado à apreciação do Órgão Especial deste Sodalício, porquanto não me convenci da constitucionalidade das inovações e mudanças promovidas na legislação civil quanto à incapacidade das pessoas e aos limites do exercício da curatela.

Nesse particular, destaco que são relevantes as discussões trazidas pelo Ministério Público, notadamente quanto à ausência de classificação das deficiências, haja vista que há determinados graus que comprometem absolutamente a manifestação de

vontade e discernimento pelo indivíduo, como, ao que parece, é a hipótese do caso sub examine.

Com efeito, a partir do momento em que apurada a completa limitação mental de determinado indivíduo, é plausível o questionamento sobre "como ficará sua vida em relação a diversos outros atos como, por exemplo, tratamentos médicos, administração de medicamentos, voto e vida sexual?" - g.n.

Ora, somente os absolutamente incapazes podem ter suspensos os direitos políticos (art. 15, II, da CF/88). Nesse rumo, como fica a situação do deficiente, maior de idade, que não tem o necessário discernimento para votar e ser votado e, ainda assim, continua

regularmente alistado na forma da lei eleitoral, pois só pode ser considerado relativamente incapaz nos termos da atual legislação?

O multicitado jurista Flávio Tartuce também aponta discussão relevante:

"Aliás, aqui pode ser feita uma crítica em relação ao novo sistema de interdição inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Isso porque não só o socioapata, como também o psicopata, anteriormente enquadrados como absolutamente incapazes, deveriam continuar a ser interditados.

Com a mudança engendrada pela Lei 13.146/2015, somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, não sendo possível enquadrar tais pessoas no rol dos relativamente incapazes do art. 4º do CC/2002. Em suma, serão tais pessoas plenamente capazes, para os fins civis, o que não parece fazer sentido. Infelizmente, o legislador pensou apenas na pessoa com deficiência, deixando de lado outras situações concretas."(Op. Cit. Pág. 1.453) – g.n.

De fato, a questão da inconstitucionalidade apresentada pelo Ministério Público é prejudicial ao julgamento do feito e, embora o nobre Magistrado a quo tenha rejeitado tal arguição, consta das razões de apelação que outros Magistrados das Comarcas de Uberlândia e Uberaba têm acolhido os incidentes.

Já esta Turma Julgadora não pode, sem ofensa ao princípio da reserva de plenário previsto no art. 97 da Constituição da República, declarar eventual inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos e também não pode afastar a incidência das normas, ainda que não declare sua inconstitucionalidade, visto que o expediente encontra óbice no disposto na Súmula Vinculante nº 10 do Excelso STF:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Desse modo, para consolidação da questão, faz-se necessário submetê-la ao Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, nos termos do art. 33, I, c, do RITJMG.

Pelo exposto, diante do princípio da reserva de plenário previsto no art. 97 da CF/88 e do disposto no art. 33, I, c do RITJMG, SUSCITO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE, determinado a remessa dos autos ao Órgão Especial para exame da inconstitucionalidade arguida.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o (a) Relator (a).

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo com o (a) Relator (a).

SÚMULA: "SUSCITARAM INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O ÓRGÃO ESPECIAL"

1 Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.¹⁶⁹

Outra discussão travada é sobre o artigo 28 e 30 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os quais tratam da inclusão das pessoas com deficiência nas escolas públicas e privadas, e de ensino técnico e superior, promovendo adaptações e vedando a cobrança de taxas. Conforme explicou Flávio Hermann Filho:

¹⁶⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC nº10000170344196001-MG, Rel. Ana Paula Caixeta. Julgado em: 25.07.2017. DJe: 27/07/2017.

A constitucionalidade desses artigos foi questionada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), perante o Supremo Tribunal Federal mediante a 194 ADI 5357 sob o argumento de que a norma estabelece medidas de alto custo econômico para as escolas privadas, violando vários dispositivos constitucionais, entre eles o art. 208, inciso III da CR, que prevê como dever do Estado o atendimento educacional aos deficientes. O Ministro Relator Edson Fachin (2016), acompanhado da maioria da corte, vencido parcialmente o ministro Marco Aurélio, julgou improcedente a ação e destacou em seu voto que, ao editar a lei 13.146, o Brasil atendeu o compromisso constitucional e internacional de proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência. Nesse sentido, considerou que deferir o pedido para declarar inconstitucional os arts. 28 e 30 do Estatuto da Pessoa com Deficiência conferiria um "privilégio odioso" às escolas particulares. Afinal, o ensino privado não deve privar os estudantes com e sem deficiência da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora transmutando-se em verdadeiro local de exclusão ao arrempio da ordem constitucional vigente.¹⁷⁰

A questão é que, apesar de vigente desde 2016, os debates ainda existem. Os posicionamentos divergem em duas vertentes: a primeira condena as modificações, porque entende que a dignidade de tais pessoas deveriam ser resguardadas por meio de um sistema mais intervencionista tendo em vista a necessidade de proteção dos vulneráveis (dignidade x vulnerabilidade). A segunda vertente aplaude a inovação, pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão social e da não discriminação, que sustentam a garantia de capacidade plena aos deficientes.

5.2 Julgados sobre o assunto

A jurisprudência é uma importante aliada na efetivação dos direitos previstos no Estatuto da Pessoa com deficiência, ou melhor, na efetivação de quaisquer direitos. Através delas é proporcionado um debate mais aprofundado sobre a lei, trazendo a tona temas não previstos no texto legal, mas que são recorrentes no dia a dia, e soluções a esses

¹⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; POLI, Luciana Costa; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini (cords.). **Direito de Família e Sucessões II**. Florianópolis: Conpendi, 2016. Disponível em: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/8v3pu3uq/NYDAj0p1T4e5J0fN.pdf> >. Acesso em: 09 de Jun 2018.

impasses. Através delas são firmados entendimentos que facilitam no julgamento de ações repetitivas, ajudando na celeridade processual.

Além de tudo isso, através dos debates surgem novas necessidades de regulamentação através de lei e criação de órgão de execução, muitas vezes, obrigando o Estado a promover tais medidas. Portanto, a formação de jurisprudência é mais um exemplo de que os poderes, apesar de independentes, trabalham de forma conjunta em prol da população.

Sobre o assunto do presente trabalho, a jurisprudência forma-se no sentido de que as pessoas com deficiência podem ser relativamente incapazes apenas para o exercício de direitos de natureza patrimonial e negocial, conforme disposto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, devendo-se, no entanto, delimitar com clareza os atos que não poderão ser exercidos sem assistência do curador, vedando-se a interdição para todos os atos da vida civil.

Merece atenção a situação de pessoas totalmente incapacitadas para manifestar sua vontade e que, anteriormente, seriam absolutamente incapazes.

Nos julgados abaixo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça do Distrito Federal, foi reconhecida a mudança promovida pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência quanto ao instituto da incapacidade, reconhecendo que a curatela não pode ser ilimitada diante da incapacidade relativa.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - CABIMENTO - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE RELATIVA - AMPLIAÇÃO DOS LIMITES DA CURATELA. 1 - O indivíduo não pode ser mais considerado absolutamente incapaz, para os atos da vida civil, diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146/2015. 2 - A patologia psiquiátrica descrita configura hipótese de incapacidade relativa, não sendo caso de curatela ilimitada (art. 4º, inciso III, e 1.767, inciso I do CC, com a redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência). 3 - A ampliação dos limites da curatela, para além dos atos patrimoniais e negociais, não é medida extraordinária, mas sim real, diante da incapacidade da parte (artigo 755, inciso I, do CPC/15).(TJ-MG - AC: 10245130114946001 MG, Relator: Alice Birchal, Data de Julgamento: 14/02/2017, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/02/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. DESCABIMENTO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RECONHECIMENTO DA

INCAPACIDADE RELATIVA, E NÃO MAIS ABSOLUTA, DO APELANTE.

LIMITES DA CURATELA. Diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o apelante não pode ser mais considerado absolutamente incapaz para os atos da vida civil. A sua patologia psiquiátrica - CID 10 F20.0, Esquizofrenia - configura hipótese de incapacidade relativa (art. 4º, inciso III, e 1.767, inciso I do CC, com a nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), não sendo caso de curatela ilimitada. Caso em que o recurso vai parcialmente provido, para reconhecer a incapacidade relativa do apelante, mantendo-lhe o mesmo curador e fixando-se a extensão da curatela, nos termos do artigo 755, inciso I, do CPC/15, à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde. DERAM

PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70069713683, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 15/09/2016) (TJ-RS - AC: 70069713683 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 15/09/2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/09/2016).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. INTERDIÇÃO. CURATELA INTEGRAL. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. MEDIDA EXCEPCIONAL. ATOS RELACIONADOS AOS DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E

NEGOCIAL. INCAPACIDADE RELATIVA. RECURSO CONHECIDO E

PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. As regras de incapacidade destinam a proteger a pessoa do incapaz, isto é, são para pessoas que merecem cuidados do direito para que não acabem sofrendo prejuízos em suas relações econômicas e jurídicas. 2. A incapacidade com interdição tem causas diversas da insuficiência de idade legal. E para que haja a interdição é preciso ter pelo menos uma situação descrita: a) prodigalidade; b) embriaguez habitual ou vício em tóxico; c) impedimento permanente ou temporário para a expressão da

vontade. 3. Como advento da lei 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com Deficiência), houve alterações no Código Civil trazendo grandes mudanças estruturais e funcionais na antiga teoria das incapacidades, o que repercute diretamente para institutos do Direito de Família, como o casamento, a interdição e a curatela. 4. Não mais existe pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Desse modo, não há que se falar em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados. Todas as pessoas com deficiência passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade. 5. O decreto da interdição deve ocorrer quando o interditado for considerado relativamente capaz, porquanto a assistência tem cabimento em favor dos relativamente incapazes e, diferentemente da representação, o assistente pratica o ato ou negócio jurídico em conjunto com o assistido. 6. Recurso CONHECIDO e PROVIDO. Sentença reformada. (TJ-DF 20160310153756 - Segredo de Justiça 0015024-34.2016.8.07.0003, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, Data de Julgamento: 12/07/2017, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 27/07/2017. Pág.: 313/319)

Percebe-se que em alguns julgados provenientes da matéria de direito previdenciário, prevalece o princípio da irretroatividade da lei, de forma que representantes de pessoas antes consideradas absolutamente incapazes que ingressaram com requerimentos e adquiriram a incapacidade antes da lei, continuaram classificadas de tal forma, vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRESCRIÇÃO. NÃO INCIDENTE. CONSECUTÓRIOS LEGAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. 1. Não corre a prescrição em desfavor dos deficientes, considerados absolutamente incapazes, pois não se há de interpretar as disposições da Lei nº 13.146/2015, norma protetiva, em desfavor dos indivíduos que se busca amparar, ainda mais quanto a deficiência se instaurou antes da referida alteração legal, como no caso, incidente, ainda, o princípio da irretroatividade. 2. Nos termos do julgamento do RE nº 870.947/SE (Tema 810), pelo STF, em 20/09/2017, a correção monetária dos débitos da Fazenda Pública se dá através do IPCA-e. Os juros moratórios devem atender a disciplina da Lei nº 11.960/09, contados a partir da citação. (TRF-4 - AC: 50009105320174047127 RS

5000910-53.2017.4.04.7127, Relator: ALTAIR ANTONIO GREGÓRIO,
Data de Julgamento: 08/05/2018, QUINTA TURMA)

O julgado abaixo, proveniente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconheceu de forma expressa direito da pessoa com deficiência exposto no art. 6º do Estatuto e reconheceu a união estável adquirida por pessoa incapaz.

PENSÃO. IPREM. São Paulo. Extinção do benefício. Art. 8º, IV e 16, V da LM nº 10.828/90. Art. 1.548, I do CC. LF nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Pensão por morte. Filha incapaz. União estável. Filha em comum com companheiro. – 1. Sentença citra petita. Nulidade. Pedido de anulação dos procedimentos administrativos. Improcedência que abarca o pedido. Questões tratadas nos procedimentos administrativo analisadas nestes autos, onde a autora pôde exercer plenamente o contraditório e seu direito de defesa, de modo que eventual nulidade estaria de toda forma superada. Preliminar rejeitada. – 2. União estável. Convivência marital estabelecida entre beneficiária e o pai de sua filha suficientemente comprovada nos autos. Depoimentos da curadora e do sobrinho da autora que perdem força diante dos demais elementos de prova. Existência de união estável reconhecida. – 3. União estável. Incapaz. A incapacidade para a prática dos atos da vida civil não pode ser considerada de forma absoluta. A despeito da interdição, a limitação do incapaz deve ser analisada de forma individualizada; a generalização, por impor barreira desnecessária ao pleno exercício de sua dignidade, resulta na violação de direitos e garantias fundamentais do incapaz. Evolução legislativa. O art. 1548 inciso I do Código Civil não considera nulo qualquer casamento do incapaz, mas apenas do incapaz 'sem discernimento'; e a prova demonstra o discernimento suficiente da autora, que criou a filha e tem vida autônoma faz muitos anos. Estatuto da pessoa com deficiência que, ao revogar o inciso I do art. 1.548 do CC, ratifica tal conclusão. – 3. Pensão. Filha incapaz. A união estável extingue o direito do beneficiário à pensão, nos termos do art. 16, V, da LM nº 10.828/90. – Improcedência. Recurso da autora desprovido.(TJ-SP - APL:

06083846020088260053 SP 0608384-60.2008.8.26.0053, Relator:
Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 03/04/2017, 10ª Câmara de
Direito Público, Data de Publicação: 05/04/2017).

A jurisprudência abaixo, do Tribunal de Justiça de São Paulo, reconhece o instituto da tomada de decisão apoiada e reconhece uma pessoa com deficiência visual como plenamente capaz, uma grande conquista para o direito das pessoas com deficiência.

Curatela – Interditando cego, em decorrência de diabetes mellitus – Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade – Laudo pericial que aponta pelo discernimento do periciando – Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela – Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima – Termo de curatela de beneficiário com deficiência que não mais pode ser exigido pelo INSS – Art. 110-A, da Lei nº 8.213/91 – Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados – Sentença mantida – Recurso improvido.(TJ-SP - APL: 00564088120128260554 SP 0056408-81.2012.8.26.0554, Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville, Data de Julgamento: 02/06/2016, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/06/2016)

Ainda, em decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia, foi determinada a conversão das ações de interdição para tomada de decisão apoiada ou limitação da curatela.

Apelação Cível. Interdição e curatela. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Conversão para tomada de decisão. Limites. Com a entrada em vigor do Estatuto da

Pessoa com Deficiência os processos de interdição em trâmite podem ser convertidos para tomada de decisão apoiada ou ainda consignado os limites da curatela. (Apelação, Processo nº 0001370-73.2015.822.0010, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator (a) do Acórdão: Des. Alexandre

Miguel, Data de julgamento: 28/04/2016)(TJ-RO - APL: 00013707320158220010 RO 0001370-73.2015.822.0010, Relator: Desembargador Alexandre Miguel, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 04/05/2016.)

Então, a jurisprudência tem se adaptado ao Estatuto da Pessoa com deficiência, sendo uma importante aliada na sua implementação e defesa, principalmente por ser uma lei relativamente nova e sofrer vários questionamentos através de ações, inclusive com arguição de inconstitucionalidade como foi visto acima.

Apesar de existir um clamor público pela execução dos direitos e prerrogativas previstos na Lei de inclusão e que dependem do esforço e empenho do Estado, como as medidas de inclusão em escolas públicas, acesso à saúde e transporte; os órgãos do Poder Judiciário também engatam nessa missão devido às mudanças promovidas no Código Civil, que interferem em inúmeras ações que tramitam diariamente, como também pelo incentivo à discussão e adaptação do Estatuto.

No entanto, não poderia ser diferente, o Poder Judiciário em seu papel de órgão transformador e resolutivo, deve acompanhar as mudanças em busca da justiça, e esta não é realizada se dissipada das garantias e direitos fundamentais.

O clamor é para que os Tribunais Superiores sigam essa linha de pensamento e firmem teses em defesa do Estatuto, bem como, imponham soluções vinculativas, podendo ir mais além através dos demais órgãos de execução como o Ministério Público e Defensoria Pública, com propostas de ações civis públicas como meio coercitivo de implementação dos demais direitos previstos no Estatuto.

Para isso, é necessário também uma aceitação maior do Estatuto, pois, como visto na ementa juntada anteriormente, as alegações de inconstitucionalidade partiram do Ministério Público Estadual. Portanto, a conscientização deve ser ainda maior, dentro das próprias instituições públicas que devem ser exemplo.

CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência possibilita uma nova realidade para as pessoas portadoras de deficiência, pois traz uma visão mais humanista, pautada na garantia dos direitos fundamentais, pela igualdade de oportunidades, trazendo dignidade para a vida das pessoas portadoras de deficiência.

De “monstro”, repudiado pela sociedade e “loucos de todo gênero” do Código Civil de 1916, à cidadão repleto de garantias e direitos fundamentais. A legislação brasileira realmente avançou muito quanto a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, pois, apesar da precariedade dos órgãos de execução, o Estatuto surgiu como uma luz no fim do túnel e como uma grande conquista para essas pessoas tão marginalizadas pela sociedade.

O quadro das pessoas com deficiência no Brasil tem evoluído de forma significativa, tanto em quantidade, como em “variedade”, pois há alguns anos as deficiências deixaram de ser provenientes apenas de doenças, devido a violência que se alastra pelo país a cada dia. Conforme bem citado no livro “Comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência.”

A população com deficiência no Brasil tem crescido em decorrência do aumento na expectativa de vida da população, e da violência urbana (assaltos, violência no trânsito, entre outros motivos), alterando paulatinamente o perfil desta população que, anteriormente, era o de deficiências geradas por doenças. Apesar do Brasil, ser um dos poucos países, menos de 50 no mundo, que têm uma legislação específica para este expressivo contingente populacional, ampla e avançada em relação às demais, continuam as pessoas com deficiência a compor as percentagens mais elevadas das estatísticas de exclusão social.¹⁷¹

Essa exclusão decorre, ainda, do preconceito que a sociedade cultiva em torno das pessoas portadoras de necessidades especiais, pois, apesar das campanhas de inclusão, a falta de colaboração da sociedade agrava ainda mais essa exclusão social.

Por todo o exposto ao longo do trabalho, é possível concluir que há uma necessidade enorme de conscientização da população quanto a igualdade e direito das pessoas com deficiência, pois são seres humanos como todos e merecem essa compreensão. Somente após essa conscientização será possível efetivar todos os direitos previstos nas legislações, enquanto isso não acontece, é preciso continuar lutando.

O preconceito encontra-se alastrado por todo lugar e se manifesta de todas as formas, seja na falta de paciência quando o cobrador do ônibus para o serviço para manusear o elevador em detrimento de um deficiente físico, seja ao esbarrar com uma pessoa com deficiência visual, até mesmo quando alguém passa na frente em fila única devido à prioridade. O preconceito se revela de forma clara quando as pessoas utilizam as

¹⁷¹ RESENDE, Ana Paula Crosara de Resende. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada** / Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: <<https://www.governodigital.gov.br/documentos-earquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf>>. Acesso em: 27 Mai 2018. p. 27.

vagas reservadas em estacionamentos, faltando o sentimento primordial à iniciação da inclusão que é a compaixão, amor pelo próximo e o entendimento.

Então, a lei 13.146/15 prevê muitos direitos e garantias que conferem a dignidade da pessoa humana às pessoas com deficiência, seja na área da saúde, transporte, moradia, lazer, até mesmo no acesso à justiça.

Outra mudança trazida pelo Estatuto e que foi objeto de análise pelo trabalho, diz respeito as alterações promovidas no instituto das incapacidades, uma vez que revogou incisos do Código Civil de forma a considerar absolutamente incapaz somente os menores de 16 anos e relativamente incapaz os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

Com essa mudança houve uma delimitação ao instituto da curatela que passou a ser deferida somente para realização de atos de natureza patrimonial ou negocial. Essa situação gerou e ainda gera muita discussão entre os civilistas e juristas brasileiros. Da análise dos julgados dispostos ao longo do trabalho, foi possível verificar que é levantada a inconstitucionalidade de dispositivos do Estatuto, por sobrepor a dignidade da pessoa humana à vulnerabilidade de pessoas incapazes, deixando-as, em tese, sem amparo.

Eis que a discussão coloca em conflito garantias constitucionais que parecem ser pequenas frente a necessidade de entregar as suas decisões e escolhas na mão de um curador, quando na verdade não é. Ocorre que essa mudança de parâmetro promovida pela lei, é também uma forma de combate aos abusos cometidos com o instituto da curadoria pois muitas pessoas que possuem discernimento para guiar questões pessoais e dispor sobre fatores da sua vida, estavam sendo interditas e impedidas de praticar quaisquer atos, inclusive, casar e constituir uma família.

Por esses e outros motivos o Estatuto foi criado, e não se pode dizer que foi fruto de um mero equívoco, pois existe uma lógica e uma estrutura que concretiza valores já previstos há muitos anos em tratados internacionais. Também, por essa razão, como pode ser extraído da leitura da ementa colacionada ao trabalho, a jurisprudência majoritária tem se mantido firme nas decisões em defesa do Estatuto.

Outro ponto de debate mantido no trabalho, diz respeito a obrigação de inclusão proposta para as escolas públicas e privadas, as quais devem adaptar suas instalações e programações de forma a proporcionar acessibilidade e inclusão às pessoas com deficiência, sem cobrar taxas.

Tal discussão foi levada aos Tribunais sob argumento de inconstitucionalidade, frente a onerosidade excessiva do serviço para adaptação, no entanto, mais uma vez, os princípios constitucionais e a dignidade da pessoa humana prevalecem, conforme a jurisprudência, ganhando vez o Estatuto da Pessoa com deficiência.

O acesso à justiça também é um ponto de extrema importância para o trabalho, pois reafirma a necessidade e importância da capacitação dos servidores e adaptação dos prédios públicos. Atualmente as repartições públicas não possuem plenas condições de receber pessoas portadoras de necessidades especiais, pois possuir uma rampa, elevador, banheiro adaptado e reserva de vaga em estacionamento, não proporciona tudo que é necessário para garantir a igualdade de condições, e atualmente a acessibilidade se resume a isso.

Como exposto no trabalho, principalmente no que diz respeito aos crimes praticados contra pessoas com deficiência, há uma sub-notificação, tanto pela falta de informação quanto aos direitos, falta de profissionais capacitados, como também pelo comodismo consolidado quando o assunto é sobre os direitos dessas pessoas. Daí a necessidade de intérprete de libras, utilização de tecnologia assistiva e demais recursos.

Por todo o exposto, é necessário resistir a pressão do preconceito, da facilidade e da corrupção, para que o Estatuto possa ser difundido em sua plenitude.

Há por trás disso tudo um longo caminho percorrido de luta por igualdade de condições, por uma vida mais digna, por direito à inclusão no mercado de trabalho, em órgãos públicos, pelo direito de ir e vir sem barreiras ou constrangimentos. Por tudo isso, não é permitido retroceder ao nada, pois a dignidade da pessoa humana deve prevalecer com todas as suas prerrogativas

É perceptível que houve uma movimentação e exaltação maior após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois, até então, as leis que existiam para promoção da acessibilidade e igualdade, não propuseram medidas tão profundas quanto as da lei 13.146/15, e essas eram as alterações necessárias à libertação dessas pessoas.

Então é necessário conscientização, debate nos Tribunais, implementação, fiscalização das medidas, e, principalmente, a aceitação pela população de que as pessoas com deficiência são seres humanos como todos e possuem todos os direitos e garantias que qualquer pessoa possui.

Portanto, as pessoas com deficiência são capazes até que se prove o contrário, e podem decidir sobre qualquer assunto relacionado a condução de suas vidas, sem

impedimentos ou barreiras, sem preconceitos. Observa-se que quanto mais impedimentos existiam, maior o preconceito e isolamento da sociedade.

Em contrapartida, a lei de inclusão acertou ao limitar a curatela às decisões de caráter patrimonial e negocial, pois a mudança deve ser paulatina, principalmente porque tais decisões são mais arriscadas e exigem melhor discernimento, além de ter efeitos, muitas vezes, irreversíveis. Também revela o cuidado do Estatuto que não tem a intenção de “bagunçar” a ordem jurídica, e essa condição, claramente, desde que enquadrada a pessoa com relativamente incapaz, não contraria ao princípio da dignidade humana.

Então, apesar de relativamente recente, a Lei de inclusão tem sido um escudo e ao mesmo tempo a bandeira da igualdade para as pessoas com deficiência, e tem resistido às acusações, questionamentos e preconceito até o momento. Como mencionado na introdução, o direito está em constante mudança, e o Estatuto tem todos os requisitos para ser um verdadeiro transformador da realidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997;

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

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>;

BRASIL. **Estatuto da pessoa com deficiência**. Lei nº13146, de 06 de julho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>;

CENTRO DE INFORMAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e protocolo facultativo**. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf>;

DICHER, Marilu; TREVISAM, Elisaide. **A jornada histórica da pessoa com deficiência: inclusão como exercício do direito à dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=572f88dee7e2502b>>;

FIÚZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017;

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho**. Florianópolis:

Obra Jurídica, 2007;

LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais**

incapazes. Revista Consultor Jurídico. 16 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficienciamental-nao-sao-incapazes>> Acesso em 24 Maio 2018;

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; POLI, Luciana Costa; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini (cords.). **Direito de Família e Sucessões II**. Florianópolis: Conpendi, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/8v3pu3uq/NYDAj0p1T4e5J0fN.pdf>> ;

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martins Claret, 2004;

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos direitos humanos**.

Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 26 Mai 2018; PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 7. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016;

REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência**. Disponível em:

<<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia5.pdf>>. Acesso em: 25 Mai 2018;

RESENDE, Ana Paula Crosara de Resende. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada** / Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: <<https://www.governodigital.gov.br/documentos-e->

arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os
%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf>. Acesso em:
27 Mai 2018;

RODRIGUES, Ismael. **Acessibilidade no Brasil é amparada pela lei e normas regulamentadoras da ABNT**. Disponível em: <
<http://www.advcomm.com.br/acessibilidadeno-brasil/>>. Acesso em: 01 Jun 2018;

ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência**, out. 2015. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-comdeficiencia/>>. Acesso em 26 Maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9º. ed. 2011;

SETUBAL, Joyce Marquezin; FAYAN, Regiane Alves Costa (orgs.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016. Disponível em: < <http://www.feac.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Lei-brasileira-deinclusao-comentada-baixa-min-2.pdf>>. Acesso em: 01 de Jun 2018;

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade** . Revista Consultor Jurídico. Acesso em 29 Maio 2018. Disponível em: <
<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-trazmudancas>. Acesso em 24/02/16>;

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/15. Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o novo CPC**. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045->

[Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com](http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-)>. Acesso em:

05 de Mai. 2018;

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral** / Flávio Tartuce. – 13. ed. rev., atual. e ampl. –Rio de Janeiro: Forense, 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral** – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017;